Revista de Derecho Vol. XXIII - Nº 2 - Diciembre 2010 Páginas 83-112

INAPLICABILIDAD Y VICIOS DE FORMA. ¿UN PROBLEMA RESUELTO?

*Sergio Verdugo Ramírez**

Resumen

La discusión acerca de la idoneidad de la acción de inaplicabilidad para revisar los vicios de forma de las leyes generados en el proceso legislativo, que existía cuando esta acción era de competencia de la Corte Suprema, aún tiene asidero. El autor, luego de revisar la reacción de la doctrina a la reforma constitucional de 2005, de la cual se muestra crítico, detecta incoherencias en las sentencias del actual Tribunal Constitucional. Luego propone un marco para solucionar el problema, el que comienza cuestionando la manera en que se ha entendido la acción de inaplicabilidad y el control concreto y finaliza proponiendo posibles soluciones alternativas.

TRIBUNAL CONSTITUTIONAL – VICIO DE FORMA – INAPLICABILIDAD

Unconstitutionality and procedural defects. A problem solved?

Abstract

The debate related to the capacity of the action of unconstitutionality for reviewing the procedural defects of the statutes in the law making process, existing when this action was in the jurisdiction of the Supreme Court, still should remain. The author, after critically reviewing the reaction of the legal academia to the constitutional amendment of 2005, discovers that the decisions of the current Constitutional Court are contradictory. Then, he proposes a frame for finding a solution, which begins analyzing the scope of the action of unconstitutionality and the concrete judicial review, and ends with possible alternative solutions.

CONSTITUTIONAL COURT – PROCEDURAL DEFECT – UNCONSTITUTIONALITY

* Abogado, Magíster en Derecho, Profesor e investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Las Condes, Santiago de Chile. sverdugor@udd.cl. Agradezco la colaboración de los ayudantes de la Dirección de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Natalia Fajardo y Andrés Munizaga. Agradezco los comentarios de los profesores José Manuel Díaz de Valdés, Camila Boettiger, Ignacio Covarrubias, Mayra Feddersen y Nicolás Enteiche.

Artículo recibido el 29 de julio de 2010 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 27 de octubre de 2010.

Introducción

Cuando en el año 2008 el entonces presidente del Tribunal Constitucional (el "TC") planteó que "El [nuevo] Código Procesal Penal tenía por lo menos 60 normas orgánicas y no vino a control preventivo"[1], sus palabras despertaron fuertes críticas[2]. Una inconstitucionalidad como esa amenazaba el éxito de un conjunto de políticas públicas en materia criminal.

El Código Procesal Penal tiene algunos preceptos que son de naturaleza orgánica constitucional, en tanto disponen atribuciones de los tribunales (art. 77 de la Constitución Política de la República –la "CPR"–) o del Ministerio Público (art. 84 de la CPR) y, por esa razón, dichos preceptos debieron someterse a trámites especiales en su formación legislativa (art. 93 Nº 1 de la CPR). Al omitirse el trámite del control preventivo obligatorio ante el TC, el legislador habría incurrido en un vicio de forma. ¿Tiene el TC facultades represivas para controlar la juridicidad formal de las leyes? ¿Deberían algunos jueces constitucionales revisar los procedimientos de un grupo de políticos electos democráticamente que forman parte de un poder independiente?

La realidad práctica planteaba una compleja disyuntiva: por un lado, si se dejaban sin control dichos preceptos, entonces se asumiría que existen normas constitucionales que no es necesario obedecer. Y entonces el Congreso habría sido juez de sus propios actos. Por otro, si se declaraba la inaplicabilidad (y una eventual inconstitucionalidad con efectos generales) de los preceptos legales respectivos, entonces se habría originado un significativo daño al sistema de persecución criminal y se habría invadido el procedimiento de un poder independiente del Estado.

Con la reforma de 2005 la doctrina parecía estar de acuerdo en que las dificultades planteadas habían finalizado (Ley Nº 20.050). La situación anterior a dicha reforma, donde la Corte Suprema se inhibía de declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de forma, había finalizado. Ahora el TC tendría las herramientas para controlar el cumplimiento legislativo de la juridicidad formal.

En este trabajo persigo demostrar que las dificultades experimentadas antes de la reforma del año 2005 aún no han finalizado. Como se verá, hoy es posible advertir la existencia de varias tendencias jurisprudenciales dentro de un mismo TC. Dichas tendencias encuentran contradicciones difíciles de justificar, razón por la cual la acción de inaplicabilidad se encuentra cuestionada en este ámbito. A ello se suma la existencia de una doctrina jurisprudencial del control concreto, pretendidamente cercana al caso y alejada de las consideraciones abstractas, lo que hace más difícil la revisión del vicio de forma.

---

[1] Entrevista otorgada por Juan Colombo en "La Segunda", 10 de septiembre de 2008, p. 4.

[2] Véase, por ejemplo, la crítica que realizó el profesor y decano de la Universidad Diego Portales, Juan Enrique Vargas: "Es la primera vez que veo a un juez pidiendo casos para fallar de una determinada manera. Esto es insólito. Los jueces tienen un rol bastante más pasivo, precisamente para darles seguridad a las partes de que fallarán con independencia y de que no tienen ideas preconcebidas y una agenda propia que quieren inculcar. Esto no lo había visto nunca". "La Segunda", 11 de septiembre de 2008, p. 4.

La doctrina no ha dedicado, en general, grandes esfuerzos por entender lo que ha sucedido con la jurisprudencia del TC en la materia. Por su parte, las diferencias anotadas en las respuestas del TC sólo alimentan la incertidumbre, ya que éste no ha logrado explicar los motivos que justifican dichas diferencias. Así las cosas, se hace necesario revisar las prácticas jurisprudenciales y elaborar nuevas teorías que permitan compatibilizar el respeto por la CPR y la prudencia en el ejercicio del control constitucional.

Para enfrentar estos problemas, se seguirá el siguiente orden. En primer lugar (I) se tratará brevemente la teoría de los vicios de forma. Enseguida (II), se abordará la discusión existente antes de la reforma constitucional de 2005. Luego (III) revisaré la respuesta de la doctrina frente a la reforma de 2005. Examinaré (IV) la jurisprudencia del TC, dividiendo las sentencias de acuerdo al tipo de control existentes (preventivo o represivo) y revisando eventuales contradicciones. Finalmente (V) revisaré la teoría del control concreto y su conexión con los vicios de forma, proponiendo alternativas para responder al problema.

I. Acerca de la inconstitucionalidad de forma

El vicio de forma se configura durante el proceso legislativo al omitirse ciertos trámites indispensables para la formación de la ley contemplados en la CPR[3]. En consecuencia, la inconstitucionalidad de forma no está presente en el texto o enunciado normativo, ni en la interpretación que los autores o la jurisprudencia puedan elaborar del mismo. Por el contrario, la inconstitucionalidad de forma se encuentra en la his-

[3] Patricio Zapata dice que un "[…] proyecto de norma jurídica adolecerá de un vicio de inconstitucionalidad de forma cuando en su proceso de generación se haya omitido algunos de los requisitos de procedimiento exigidos por la Carta Fundamental para su tramitación válida". Zapata, P., *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Biblioteca Americana Universidad Andrés Bello, Santiago, 2002, p. 108. Esta idea la reitera en Zapata, P., *Justicia Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 317. Por su parte, y en un sentido similar, Mariela Rubano ha señalado que la inconstitucionalidad de forma se produce por "[…] no haberse elaborado [el precepto legal] a través del procedimiento correcto". Rubano, M., "¿Procede la inconstitucionalidad de fondo y forma, o solo la primera?", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. VII, 1996, pp. 85-98. Por otra parte, Mario Verdugo y Emilio Pfeffer han sostenido que "En la generación de las leyes se podría omitir, por cualquier causa, el cumplimiento de algunas de las formalidades que establezca la Constitución. En este evento se produce lo que comúnmente se denomina 'vicio formal' de la norma jurídica". Verdugo *et al.*, *Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, Tomo II, p. 254. Asimismo, Francisco Vega y Francisco Zúñiga han señalado que "La inconstitucionalidad de forma se produce cuando el precepto legal infringe normas constitucionales relativas al procedimiento de formación de la ley o normas orgánicas relativas a los órganos colegisladores, esto es, el Presidente de la República y el Congreso Nacional". Vega, F. y Zúñiga, F., "El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y práctica", en *Estudios Constitucionales*, año IV Nº 2, 2006, p. 159. Por su parte, Alejandro Silva Bascuñán ha sostenido que la inconstitucionalidad de forma es "[…] el no haberse gestado en el hecho el precepto legal ajustándose a las reglas orgánicas, de competencia, formalidad o procedimiento que debieron respetarse en su formación". Silva, A., *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, Tomo VIII, p. 193.

toria de creación de la ley[4, 5]. Es el proyecto de norma la que adolecerá del vicio, y no su disposición normativa. Por ello, es posible advertir que un precepto legal se puede encontrar ajustado a la CPR en su contenido normativo y, al mismo tiempo, ser inconstitucional por haber sido creado sin obedecer los trámites constitucionales necesarios para su perfeccionamiento.

El vicio de forma se produce antes de que el precepto legal exista, lo que lo aleja de los efectos que la norma jurídica producirá una vez que entre en vigencia. El vicio de forma, entonces, no se relaciona con los casos que se presenten ante el juez[6]. Como se verá más adelante, el tipo de instrumento de control se vuelve relevante para saber si los preceptos legales pueden o no ser controlados en su juridicidad formal o procedimental. Por ello, la utilización de un control demasiado concreto le quitará posibilidades a la acción de inaplicabilidad para transformarse en un instrumento adecuado. Así, la interpretación que el TC realice de sus propias herramientas de control resulta fundamental.

En la teoría de los vicios de forma en las leyes existen dos problemas elementales: en primer lugar, no resulta fácil definir cuáles son los trámites cuyo incumplimiento puede dar origen a una inconstitucionalidad formal[7]. En segundo lugar, la teoría de los vicios de forma advierte la existencia de una tensión entre la autonomía del legislador

[4] Para Humberto Nogueira, la inconstitucionalidad de forma "[…] se produce cuando la norma se elabora por una autoridad diferente de la que está determinada constitucionalmente, o cuando la autoridad competente para establecer la norma en el procedimiento de su elaboración, aprobación, promulgación o publicación no se realizó de acuerdo al procedimiento contemplado en la Constitución". Nogueira, H., *La Justicia y los Tribunales Constitucionales de Indoiberoamérica del Sur*, Lexis Nexis, Santiago, 2005, pp. 233-234. En un sentido idéntico se había pronunciado Andrade, C., *Elementos de Derecho Constitucional Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1971, p. 633.

[5] Lo anterior ha llevado a autores como Patricio Zapata a asimilar los vicios de forma con los "vicios de procedimiento". Zapata, P., *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Biblioteca Americana Universidad Andrés Bello, Santiago, 2002, p. 108. Este mismo lenguaje es utilizado por Humberto Nogueira, donde señala que el "vicio de procedimiento […] Consiste en que el acto, si bien emana de un órgano competente, no ha sido adoptado conforme a las condiciones y formas establecidas". Nogueira, H., "La justicia constitucional como defensa de la Constitución, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. XX Nº 2-3, 1993, p. 427.

[6] En consecuencia, resulta lógico que si coexisten reparos de forma y de fondo, sean examinadas en primer lugar las de forma. Así, cuando el TC constata la existencia de un vicio formal, no debiera entrar al fondo. Esto ha sido sostenido reiteradamente por la jurisprudencia del TC. A modo ejemplar, véanse: TC, sentencia rol Nº 132, de 9 de septiembre de 1991, considerando Nº 10; TC, sentencia rol Nº 259, de 26 de septiembre de 1997, parte resolutiva; TC, sentencia rol Nº 473, de 8 de mayo de 2007, considerando Nº 13; TC, sentencia rol Nº 1005, de 24 de diciembre de 2007, considerando Nº 8 y Nº 14; TC, sentencia rol Nº 1145, de 17 de marzo de 2009, considerando Nº 15. Véase también TC, sentencia rol Nº 1651, de 24 de marzo de 2010, considerando Nº 28 y Nº 29 (esta sentencia se conoce como sentencia recaída en el "Bono marzo").

[7] ¿Cuáles son las etapas de formación de la ley que deben considerarse como indispensables? Así, por ejemplo, Zapata se cuestiona si la infracción a las normas inferiores a la CPR, como la ley orgánica del Congreso Nacional y los reglamentos de las Cámaras, puede dar origen a una inconstitucionalidad de forma. Zapata, P., *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Biblioteca Americana Universidad Andrés Bello, Santiago, 2002, p. 109.

y las potestades de la justicia constitucional, ya que ésta podría invadir el proceso legislativo[8]. Trataré brevemente esta discusión en el acápite siguiente.

II. Corte Suprema e inconstitucionalidad de forma

Antes de la reforma constitucional del año 2005, la facultad de declarar la inaplicabilidad de las leyes vigentes estaba radicada en la Corte Suprema. Sin embargo, dicho tribunal evitaba declarar la inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad de forma. Ello porque durante la vigencia de la Constitución de 1925 se pensaba que el recurso de inaplicabilidad era sólo de carácter "doctrinario"[9]. Los autores contrarios a esta jurisprudencia estimaban que la inaplicabilidad debería proceder respecto de cualquier reparo constitucional, ya que el Constituyente no distinguía tipos de vicio diferentes[10]. Estas críticas tuvieron una respuesta política el año 1964, cuando el Presidente Alessandri R. presentó un proyecto donde proponía que el recurso procediera también por razones de forma, vía acción popular[11]. Con posterioridad, Alessandri insistiría, dentro del Consejo de Estado, con ideas similares[12]. En dicho Consejo de Estado, a raíz de una intervención de Philippi, se tuvo en consideración la crítica de los autores a la doctrina de la Corte Suprema, y se señaló que la insuficiencia de la inaplicabilidad se

[8] Cabe hacer presente que, para Hernán Molina, el fundamento de la supremacía constitucional formal consiste en que la CPR es aprobada por el soberano y, por consiguiente "[…] las autoridades establecidas en la Constitución deberán ajustarse a ellas, ya que serán autoridades subordinadas al soberano". Molina, H., *Instituciones Políticas*, Lexis Nexis, Santiago, 2006, pp. 284-285.

[9] Bertelsen, R., *Control de Constitucionalidad de la Ley*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1969, p. 159; Pfeffer, E., *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica Ediar Conosur, Santiago, 1990, p. 223; Verdugo, *et al.*, *Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, Tomo II, p. 248. Véase la jurisprudencia citada por Andrade, C., *Elementos de Derecho Constitucional Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1971, pp. 634-635 y por Saenger, F., "Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2003", en *Estudios Constitucionales*, año I Nº1, 2003, pp. 429-430.

[10] Entre ellos, destacaba la opinión de Fernando Alessandri Rodríguez, que consta en los apuntes de sus clases. Véanse los apuntes de las clases en Urrutia, M. y Filippi, O., *Curso de Procedimiento Civil. Profesado por don Fernando Alessandri R. en la Universidad de Chile*, Editorial Nascimento, Santiago, 1938, p. 228. Además, en este mismo sentido se pronunciaban Quinzio, J., *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1969, p. 509 y Andrade, C., *Elementos de Derecho Constitucional Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1971, p. 635.

[11] El proyecto disponía un plazo de 30 días para que la Corte dictara la sentencia, la que debería publicarse en el Diario Oficial y producir efectos generales hacia el futuro. Con ello, se intentaba impedir que el Congreso se extralimitara en sus facultades. Véase una reproducción del proyecto del Presidente Alessandri en Bertelsen, R., *Control de Constitucionalidad de la Ley*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1969, pp. 172-173, quien también se muestra crítico respecto del mismo.

[12] Véase el acta correspondiente a la sesión Nº 86, de 21 de agosto de 1979, pp. 554-555. Una indicación análoga sería presentada y aprobada por unanimidad de los consejeros. Véase la sesión del Consejo de Estado Nº 87, de 28 de agosto de 1979, p. 561. Dicha propuesta consideraba la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales por parte de la Corte Suprema, una vez que el mismo precepto legal hubiese sido declarado inaplicable en tres oportunidades sucesivas.

debía a que el control de la juridicidad formal era el rol del Tribunal Constitucional en su control preventivo[13].

Al dictarse la CPR de 1980, la doctrina mayoritaria se inclinaba por señalar que la inaplicabilidad debería proceder por razones de fondo y de forma, utilizando la misma razón entregada, consistente en que la CPR no distingue el tipo de vicio[14]. Sin embargo, la Corte Suprema no varió su posición[15]. El argumento para rechazar la inaplicabilidad de una ley por vicio de forma consiste en que la Corte no debería inmiscuirse dentro del proceso de formación de la ley, ya que ello es propio de otro poder del Estado[16]. Así, la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de forma podría significar una invasión de la justicia constitucional en el Poder Legislativo, infringiendo la separación de funciones[17]. En esta visión, sólo sería el TC, ejerciendo el control preventivo, el encargado de vigilar que se cumplan los requisitos de forma en la creación de las leyes. Como se verá, es cierto que el control preventivo disminuye las posibilidades de que se omitan ciertos requisitos constitucionales en el proceso legislativo, pero no elimina por completo la probabilidad[18].

---

[13] Véase el acta de la sesión Nº 86, de 21 de agosto de 1979, pp. 555-556. Sin embargo, el mismo Philippi diría enseguida 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 […]". Sesión Nº 86, de 21 de agosto de 1979, p. 556. Pese a ello, la tendencia mayoritaria se inclinaba por defender el monopolio de la Corte Suprema, excluyendo la idea de que otros jueces pudieran actuar. Véase, entre otros, la argumentación de Faúndez, J., *La Corte Suprema y el Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad*, Editorial GEA, Concepción, 1999, pp. 458-461.

[14] Véase, entre otros que afirman esta posición, a: Cea, J. L., *Tratado de la Constitución de 1980: características generales, garantías constitucionales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988, p. 321; Pfeffer, E., *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica Ediar Conosur, Santiago, 1990, p. 228; Benavente, D., *Derecho Procesal. Juicio Ordinario y Recursos Procesales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, 293 p. 275; Verdugo *et al.*, *Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, Tomo II, p. 255; Bulnes, L., "El recurso de inaplicabilidad y la reforma constitucional", en *Actualidad Jurídica*, año VI Nº 12, 2005, pp. 36-38; Cea, J. L., *Escritos de Justicia Constitucional*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago, 2006, p. 111. Aunque sin referirse al asunto en profundidad, también se muestra crítico Bertelsen, R., "Análisis y revisión del recurso de inaplicabilidad (modelo y jurisprudencia)", en Gómez, G. (edit.), *La Jurisdicción Constitucional Chilena ante la Reforma*, Universidad Diego Portales, Santiago, 1999, p. 163 y p. 168.

[15] Saenger, F. y Bruna, G., *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 96. Véase también a Pfeffer, E., *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica Ediar Conosur, Santiago, 1990, p. 228; Verdugo *et al.*, *Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, Tomo II, p. 254.

[16] Tal vez el ejemplo más emblemático es la sentencia de la Corte Suprema, de 31 de marzo de 1995. Véase un completo resumen de la misma sentencia en Rubano, M., "¿Procede la inconstitucionalidad de fondo y forma, o solo la primera?", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. VII, 1996, pp. 85-98.

[17] Véase, por ejemplo, la jurisprudencia citada por Saenger, F., "Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2003", en *Estudios Constitucionales*, año I Nº 1, 2003, p. 430 y pp. 451-452.

[18] Saenger, F. y Bruna, G., *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 96-97.

Los críticos de la primitiva Corte Suprema sostenían que dejar a las leyes vigentes sin control represivo de su juridicidad formal dejaría a la CPR sin un verdadero carácter normativo[19]. El Congreso debe adaptar sus procesos internos a la CPR[20].

Otros críticos han sostenido una posición más extrema: si la ley adolece de un vicio de forma, entonces no es una ley. Si no es una ley, no puede proceder el recurso de inaplicabilidad, ya que este exige el presupuesto de que exista un precepto legal susceptible de ser impugnado[21]. Alejandro Silva, uno de los defensores de esta posición, y fundado en las normas relativas a la nulidad de derecho público, ha llegado a sostener que la facultad para constatar esta inconstitucionalidad le pertenece a todos los jueces[22] [23].

Cabe hacer presente que las críticas que dirige la doctrina hacia la Corte Suprema no se agotan en el problema de los vicios de forma, ya que este sólo formaba parte de la excesiva timidez con que la Corte enfrentaba su tarea de controlar la constitucionalidad de las leyes[24]. Esto hizo que la reforma constitucional de 2005 privara a la Corte Suprema de la acción de inaplicabilidad y que le entregara al TC una atribución similar.

---

[19] Partiendo del argumento de la no distinción, el carácter normativo de la CPR es reforzado por Gastón Gómez, quien profundiza algo más en el punto. Gómez señala que la CPR es una sola, y no corresponde fracturarla en dos tipos de inconstitucionalidades diferentes. Ello sería, a su juicio, una discriminación. Se trata de una falsa distinción, ya que todas las normas tienen fondo y forma. Realizar esta distinción le quitaría el carácter obligatorio a la CPR. Como ejemplo, este autor indica que el art. de la CPR que fija el quórum a que deben someterse los proyectos de ley en su aprobación parlamentaria, tiene un fondo y no es meramente una regla procedimental. Véase Gómez, G., "La justicia constitucional en Chile", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 1997, p. 154.

[20] Véase Zapata, P., *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Biblioteca Americana Universidad Andrés Bello, Santiago, 2002, p. 108 y Zapata, P., *Justicia Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 317.

[21] En este sentido se pronunciaba Fernando Alessandri, ya que "[…] al faltar las condiciones de forma, habría inexistencia". Véase la opinión de Alessandri en los apuntes de sus clases, contenidos en Urrutia, M. y Filippi, O., *Curso de Procedimiento Civil. Profesado por don Fernando Alessandri R. en la Universidad de Chile*, Editorial Nascimento, Santiago, 1938, p. 228. Esta teoría había tenido algún asidero bajo la vigencia de la Constitución de 1833. Véase Peña, M., "El control de la constitucionalidad de la ley en Chile", en *Cuadernos del Instituto de Derecho Público*, 2007, p. 417, quien recuerda que el pleno de la Corte Suprema había sostenido esta posición frente a una disposición legal que se había promulgado sin la aprobación del Senado. Se trata, como puede apreciarse, de un vicio procedimental bastante grave.

[22] Silva, A., *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, Tomo VIII, p. 193 y p. 196.

[23] Una posición alternativa es la que sostenía Fernando Atria, para quien la acción de inaplicabilidad no era idónea para responder reproches de forma, ya que se trataba de una acción de carácter concreto. Así, Atria se mostraba crítico del tipo de razón que invocaba la Corte, pero no necesariamente de su consecuencia. Atria, F., "Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XII, 2001, p. 155. Cabe hacer presente que, y como se verá, el TC actual, comparando la nueva acción de inaplicabilidad con la primitiva que ejercía la Corte Suprema, concluye frecuentemente que esta última era una acción abstracta, y que esa es justamente la diferencia con la inaplicabilidad introducida por la reforma constitucional de 2005. Volveré sobre esta tesis cuando revise la influencia del control concreto en la revisión de la juridicidad formal.

[24] En efecto, y luego de examinar las cifras que muestran el bajo número de recursos acogidos (sólo 8 casos entre 1994 y 2004) y los motivos del alto número de inadmisibilidades (más de la mitad de los recursos que son fallados), Saenger y Bruna concluyen que la "Corte Suprema fue, de una u otra manera, produciendo

III. La reforma constitucional de 2005 y el vicio de forma

En los antecedentes de la historia fidedigna de la reforma constitucional aparece la idea de que el nuevo sistema de control represivo, en manos del TC, pueda examinar tanto las inconstitucionalidades de fondo como las inconstitucionalidades de forma[25]. Aunque sin profundizar en el problema, muchos autores coinciden en que la nueva acción de inaplicabilidad es una forma útil de control en la juridicidad formal de los preceptos legales[26] o simplemente asumen que dicha acción es procedente de manera tácita[27]. El único autor consultado que, de manera excepcional, trata con alguna mayor profundidad el problema, es Manuel Núñez[28].

En general, hoy el problema de los vicios de forma no representa una preocupación especial para los autores consultados. Ninguno de ellos cuestiona la atribución del TC

la eliminación de facto del recurso de inaplicabilidad, que tanta importancia doctrinal y práctica tiene para el control de la supremacía constitucional". Saenger, F. y Bruna, G., *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 247. Por su parte, Martínez indicaba que "[…] la situación del recurso de inaplicabilidad se hizo insostenible, y es evidente que la intención del constituyente derivado ha sido mejorarla, para volver a hacer de este instrumento un medio eficaz para velar por la supremacía constitucional". Martínez, J. I., "Recurso de inaplicabilidad, Tribunal Constitucional y juez ordinario en la reforma constitucional", en Nogueira, H. (coord.), *La Constitución Reformada de 2005*, Librotecnia, Santiago, 2005, p. 458.

[25] Del informe sobre la historia de la reforma, elaborado por la biblioteca del Congreso Nacional, pueden revisarse las siguientes páginas donde se afirma que la inaplicabilidad fue ideada para controlar ambos tipos de vicio: Intervención del ministro Valenzuela, pp. 547-549; intervención del senador Diez, p. 548 y p. 710; opinión del TC, p. 561; el texto literal que se propuso en un inicio, que establecía expresamente que la inaplicabilidad procedía por motivos de forma, p. 566; los principales objetivos de los proyectos de reforma, p. 683, entre otros.

[26] En este sentido, véase por ejemplo: Zúñiga, F., "Control concreto de constitucionalidad: Recurso de inaplicabilidad y cuestión de constitucionalidad en la Reforma Constitucional", en *Estudios Constitucionales*, año II Nº 1, 2004, p. 222; Bulnes, L., "El recurso de inaplicabilidad y la reforma constitucional", en *Actualidad Jurídica*, año VI Nº 12, 2005, p. 39; Gómez, G., "La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional. El nuevo Tribunal Constitucional chileno", en Zúñiga, F., (coord.), *Reforma Constitucional*, LexisNexis, Santiago, 2005, p. 675; Vega, F. y Zúñiga, F., "El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y práctica", en *Estudios Constitucionales*, año IV Nº 2, 2006, p. 170; Cea, J. L., *Escritos de Justicia Constitucional*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago, 2006, p. 225; Henríquez, M. y Núñez, J. I., *Manual de Estudio de Derecho Constitucional*, Editorial Metropolitana, Santiago, 2007, p. 427; Peña, M., "El control de la constitucionalidad de la ley en Chile", en *Cuadernos del Instituto de Derecho Público*, 2007, p. 432; Cazor, K. y Pica, R., "Tribunal Constitucional y control concreto en Chile: ¿Evolución hacia un amparo imperfecto?", en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. VII, 2009, p. 14.

[27] Entre otros, véase a Nogueira, H., "El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias", en Nogueira, H. (coord.), *La Constitución Reformada de 2005*, Librotecnia, Santiago, p. 434; Zúñiga, F., "La sentencia de 'inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad' y legislación", en *Estudios Constitucionales*, año III Nº 1, 2005, p. 51 y p. 53.

[28] Este autor sostiene que el carácter concreto del recurso de inaplicabilidad se relativiza tratándose de vicios de forma. Véase Núñez, M. A., "El control de la igualdad de la aplicación de la ley como factor de expansión del control concreto de constitucionalidad de las leyes", en *Sentencias Destacadas 2007*, Libertad y Desarrollo, 2008, p. 129 y p. 157. Sobre la interesante visión de este autor, me referiré más adelante.

de revisar los reparos de forma que puedan tener los preceptos legales, en circunstancias que, como se verá, la jurisprudencia del TC admite varias observaciones.

IV. El tribunal constitucional y los vicios de forma

En esta sección se revisará lo sucedido en aquellos casos en que, planteándose un problema derivado de una posible inconstitucionalidad de forma, el TC se ha visto en la necesidad de entregar una respuesta.

El TC ha sostenido diferentes posiciones dependiendo del instrumento de control con que se ha actuado. Por eso, hay que distinguir, por una parte (1) los casos presentados en el control preventivo y por otra (2) los ocasionados en el control represivo. Luego (3) analizaré la jurisprudencia del TC advirtiendo las tendencias observadas.

4.1. Vicios de forma en el control preventivo del Tribunal Constitucional

En el ejercicio de este instrumento de control, que opera durante el período de formación del proyecto de ley y antes de que las leyes entren en vigencia (*ex ante*, *a priori*) el TC ha mantenido una doctrina razonablemente coherente, tal vez porque, y a diferencia de lo que ocurría con la Corte Suprema en el primitivo recurso de inaplicabilidad, en el control preventivo no se ha planteado la posibilidad de que el TC no pueda revisar los eventuales vicios de forma en los proyectos de ley[29]. De hecho, y como ya se revisó, algunos incluso son partidarios de que el control preventivo sea el único instrumento encargado de evaluar la juridicidad formal de las leyes.

Como el control preventivo opera durante el procedimiento de formación de las leyes, y dicho control es un trámite que forma parte de dicho procedimiento, el TC se transforma en un buen observador de los vicios de forma. En consecuencia, se han producido varios casos en que el TC ha declarado la inconstitucionalidad de un precepto legal por razones de forma, tanto en el control eventual que opera a requerimiento facultativo (art. 93, Nº 3 de la CPR) como en el control obligatorio que se produce cuando el proyecto de ley pertenece a una materia que deba ser controlada por mandato constitucional (art. 93, Nº 1 de la CPR).

En materia de control eventual se han declarado inconstitucionales preceptos legales por diversas razones: no haber sido aprobados con la mayoría correspondiente a la ley

[29] Lo propio ha ocurrido en la doctrina, donde no se ha cuestionado que el TC tenga esta facultad en materia de control preventivo. Por ejemplo, véase a Bertelsen, R., "Análisis y revisión del recurso de inaplicabilidad (modelo y jurisprudencia)", en Gómez, G. (edit.), *La Jurisdicción Constitucional Chilena ante la Reforma*, Universidad Diego Portales, Santiago, 1999, p. 162; Gómez, G., "Algunas ideas críticas sobre la jurisdicción constitucional en Chile", en Gómez, G., (edit.), *La Jurisdicción Constitucional Chilena ante la Reforma*, Universidad Diego Portales, Santiago, 1999, p. 96 y Peña, M., *Cuatro estudios de Justicia Constitucional*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago, 2007, pp. 35-36.

orgánica constitucional (vulnera el art. 66 de la CPR)[30]; no haber sido oída la Corte Suprema infringiendo el mandato constitucional (art. 77 de la CPR); ambas razones anteriores en su conjunto[31]; indicaciones que exceden la idea matriz del proyecto de ley (vulnera el art. 69 de la CPR)[32] [33]. Las razones no son muy distintas tratándose del control obligatorio, donde el TC también ha declarado la inconstitucionalidad de preceptos legales por razones de forma. Los motivos son similares: no haber sido oída la Corte Suprema[34]; faltar las mayorías que la CPR exige para aprobar leyes de categoría especial[35]; por la concurrencia de ambas razones anteriores operando conjuntamente[36]; por existir indicaciones que vulneran las ideas matrices del proyecto de ley[37].

Si bien existen múltiples casos en que el TC ha logrado impedir que prospere la aprobación de un precepto legal que adolece de un vicio de forma, ello no significa necesariamente que el instrumento del control preventivo sea eficaz por completo para la protección de la supremacía constitucional. En efecto, existen cuatro dudas que se pueden plantear:

En primer lugar, el control preventivo no puede operar dentro de cualquier etapa del procedimiento de formación de la ley. En efecto, en el control obligatorio el TC ejerce su atribución después de que el proyecto de ley quede totalmente tramitado por el Congreso, luego de su remisión por parte de la Cámara de origen. Por su parte, el control eventual sólo puede operar si el requerimiento ha sido formulado antes de la promulgación en el caso de la ley, y antes de la comunicación de aprobación en el caso de los tratados internacionales. En consecuencia, el control preventivo no siempre procederá para examinar eventuales vicios originados en los trámites siguientes, como la promulgación y la publicación.

En segundo lugar, el control preventivo sólo opera cuando existe voluntad política para que se presente un requerimiento (lo que no puede asegurarse), o cuando se trata de un precepto legal que deba ser sometido al control obligatorio. Entonces, si el precepto no es de aquellos que deban ir a dicho control obligatorio, nadie garantiza que el control

---

[30] Puede consultarse, a modo de ejemplo: TC, sentencia rol Nº 437, de 21 de abril de 2005.

[31] Así, por ejemplo, puede verse: TC, sentencia rol Nº 115, de 3 de diciembre de 1990.

[32] Véase, por ejemplo: TC, sentencia rol Nº 259, de 26 de septiembre de 1997; TC, sentencia rol Nº 1005, de 24 de diciembre de 2007.

[33] Cabe hacer presente que también se han rechazado requerimientos preventivos de constitucionalidad que alegan vicios de forma. Véase, por ejemplo: TC, sentencia rol Nº 260, de 13 de octubre de 1997. Por supuesto, hay que hacer presente que existen otras razones posibles para configurar un vicio de forma.

[34] Por ejemplo, puede verse: TC, sentencia rol Nº 132, de 9 de septiembre de 1991. Este caso (denominado "Ministros Suplentes) ha sido comentado por Patricio Zapata. Véase, Zapata, P., *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Biblioteca Americana Universidad Andrés Bello, Santiago, 2002, pp. 110-111, y Zapata, P., *Justicia Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 318-320. Véase también TC, sentencia rol Nº 1651, de 24 de marzo de 2010, también denominada como "bono marzo".

[35] Véanse, a modo de ejemplo, las siguientes sentencias: TC, sentencia rol Nº 208, de 14 de marzo de 1995; TC, sentencia rol Nº 265, de 30 de octubre de 1997; TC, sentencia rol Nº 521, de 1 de agosto de 2006.

[36] Véase TC, sentencia rol Nº 1651, de 24 de marzo de 2010, también denominada como "bono marzo".

[37] Por ejemplo: TC, sentencia rol Nº 719, de 21 de enero de 2007.

efectivamente se ejerza. Por su parte, en el caso de los preceptos que sí se sujetan al control obligatorio (leyes orgánicas constitucionales, leyes interpretativas y tratados internacionales cuando regulan materias propias de leyes orgánicas), tampoco está garantizado que ellos sean controlados por el TC. Lo anterior se debe a que, en la práctica, el control del TC sólo se efectuará cuando los proyectos sean remitidos, lo que se produce cuando existe una calificación legislativa apropiada de los mismos[38].

En tercer lugar, el control preventivo ha mostrado problemas prácticos de difícil solución, especialmente cuando se ejerce de manera obligatoria, como ha ocurrido con la definición de la autoridad encargada de la calificación del tipo de norma que debe ser sometida[39].

En cuarto lugar, la existencia de múltiples leyes anteriores a la introducción del control preventivo en nuestro sistema, deja en evidencia que una buena cantidad de preceptos legales con posibles problemas no han sido sometidos a la revisión del TC. Es cierto que esto no es un problema demasiado importante si se consideran las normas transitorias de la CPR (especialmente las actuales disposiciones segunda, tercera, cuarta y quinta), ya que ellas, en su conjunto, persiguen solucionar algunos de estos eventuales vicios. Sin embargo, estas disposiciones no se hacen cargo de todas las posibles inconstitucionalidades de forma, sino que sólo de unas pocas[40-41].

---

[38] Así, es probable que existan casos en que proyectos de ley que debieran ser revisados obligatoriamente, nunca sean remitidos. Un buen ejemplo de ello fue la tramitación del Código Procesal Penal, el que contiene varios preceptos que son propios de leyes orgánicas constitucionales. Véase una excelente aproximación a este problema de la calificación de las leyes orgánicas en Zapata, P., *Justicia Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 435-448. Véase mi posición en Verdugo, S., "Control preventivo obligatorio: auge y caída de la toma de razón al legislador", en *Estudios Constitucionales*, año VIII Nº 1, 2010, pp. 217-218.

[39] Sobre los problemas prácticos que ha generado el control preventivo obligatorio, véase Pfeffer, E., "Algunos problemas que se derivan del Control Obligatorio de Constitucionalidad que ejerce el Tribunal Constitucional sobre las Leyes Orgánicas Constitucionales", en *Ius Et Praxis*, vol. 4 Nº 1, 1998, pp. 259-268; Aldunate, E., "Problemas del Control Preventivo de Constitucionalidad de las Leyes", en *Estudios Constitucionales*, año Nº III Nº 1, 2005, pp. 119-126; Buchheister, A., y Soto, S., "Criterios para la calificación de normas orgánico constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. XXXII N° 2, 2005, pp. 253-275; Zapata, P., *Justicia Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 432-448 y Verdugo, S., "El sello de constitucionalidad de los preceptos legales declarados constitucionales en el control preventivo", en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, núm. XIII, 2009, 57-81.

[40] Así, por ejemplo, la norma de la disposición cuarta, dirigida a solucionar el problema generado por la dictación de nuevas categorías de leyes en la Carta de 1980 (recordemos que antes de la CPR de 1980 no existían las leyes orgánicas constitucionales ni las leyes de quórum calificado, razón por la cual varias leyes simples regulaban –y continúan haciéndolo– algunas materias propias de estas leyes), no se hace cargo de problemas relacionados con las ideas matrices de los proyectos de ley, o de iniciativa exclusiva, entre otros asuntos de forma que pudieran plantearse. Otro ejemplo lo desarrollaré en el apartado siguiente, donde se resumen los problemas generados por el actual art. 96 del Código de Minería.

[41] Podría plantearse que, en quinto lugar, el control preventivo tiene un problema de diseño al que ya me he referido en otro trabajo (véase Verdugo, S., "Control preventivo obligatorio: auge y caída de la toma de razón al legislador", en *Estudios Constitucionales*, año VIII Nº 1, 2010, pp. 217-218. Véanse también los trabajos de Shapiro, M., "Revisión judicial *a priori* y *a posteriori*: los modelos norteamericano y europeo", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. XX Nº 2-3, 1993, pp. 475-479 y Bordalí, A., "Análisis crítico del control preventivo y represivo de constitucionalidad de las normas jurídicas por los Tribunales Constitucionales", en Nogueira, H. (coord.), *Jurisdicción Constitucional en Chile y América Latina: presente y prospectiva*, LexisNexis,

En conclusión, si bien el TC ha ejercido el control preventivo de manera razonablemente satisfactoria, ello no debe conducir en forma necesaria a sostener que el sistema da suficientes garantías de que no se vulnere la supremacía formal de la CPR. Los problemas detectados sugieren la posibilidad de que existan múltiples vicios de forma que no hayan sido controlados por el TC. En consecuencia, el control represivo de la juridicidad formal de las leyes vigentes (*ex post*, *a posteriori*) adquiere una importancia mayor.

4.2. Vicios de forma en el control represivo del Tribunal Constitucional

En este apartado analizaré de qué manera el TC se ha enfrentado a reproches de forma sobre preceptos legales que se encuentran vigentes[42]. Es importante distinguir el tipo de instrumento de control: (1) la acción de inaplicabilidad (art. 93 Nº 6 de la CPR) y (2) la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales (art. 93 Nº 7 de la CPR)[43]. Este trabajo se focaliza en la acción de inaplicabilidad, ya que el segundo tipo de control sólo operará cuando la inaplicabilidad haya prosperado, razón por la que depende de esta última.

Los casos en que el TC se ha pronunciado respecto a eventuales inconstitucionalidades de forma, pueden clasificarse en tres grupos: (2.1) los relativos al Código de Minería; (2.2) los derivados del Código Procesal Penal y (2.3) otros casos de materias diversas.

4.2.1. Vicios de forma en el Código de Minería observados en el control represivo

En mayo de 2007, el TC se enfrentó por primera vez, en materia de control represivo, a un problema de inconstitucionalidad de forma. Es el denominado caso "Código de Minería"[44]. En este caso, algunos propietarios mineros solicitaron la inaplicabilidad de un precepto legal con el objeto de defender sus derechos[45]. Se trata de un problema relativo

Santiago, 2005, pp. 213-254), por el cual resulta difícil que el TC encuentre una duda de constitucionalidad. Sin embargo, la naturaleza del vicio de forma hace poco probable que esta crítica tenga una completa aceptación. No obstante lo anterior, a lo menos se hace necesario revisar el tipo de vicio, que no aparece del texto de la norma, sino que de su historia legislativa, lo que obliga al TC a realizar un examen de oficio de la misma, la que muchas veces puede ser extensa y compleja.

[42] Cabe advertir que el TC, producto de la reforma constitucional de 2005, sólo pudo ejercer el control represivo a partir del año 2006, razón por la cual la historia en esta materia aún es reciente.

[43] Entre varias diferencias que tienen estas dos clases de control, debe recordarse que el primero es un control concreto, con efectos particulares, y el segundo es un control abstracto, con efectos absolutos. Sin embargo, estos dos controles se encuentran comunicados, ya que la declaración de inaplicabilidad es un requisito para que pueda declararse una sentencia con alcances derogatorios. Sobre una crítica a la comunicación entre estos dos controles, véase Couso, J. "La nueva ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional: encuentros y desencuentros", en *Anuario de Derecho Público 2010*, 2010, p. 50.

[44] TC, sentencia rol Nº 473, de 8 de mayo de 2007.

[45] El problema consistía en que los arts. 95 y 96 de dicho Código disponen la posibilidad de que las pertenencias mineras que hayan sido objeto de superposiciones, se extingan a menos que se interponga una acción de nulidad dentro de plazo. En efecto, la acción de nulidad de la concesión minera, que el Código les garantiza como mecanismo de protección frente a eventuales superposiciones (lo que da lugar a la concurrencia de varios derechos excluyentes sobre un bien), prescribirá en el plazo de cuatro años. De esta manera, si un propietario minero no ha ejercido la acción en dicho lapso de tiempo, entonces perderá, en los hechos, su

al derecho de propiedad que garantiza la CPR en su art. 19 Nº 24, lo que tiene una naturaleza de fondo.

Antes de responder los reproches de fondo, el TC se vio en la necesidad de hacerse cargo de un cuestionamiento de forma que se planteaba respecto de los citados artículos del Código de Minería: supuestamente dichos artículos eran materia de ley orgánica constitucional, en circunstancias que no habían sido sometidos a los trámites legislativos correspondientes. Con todo, el problema era complejo porque la CPR contenía (y contiene) dos disposiciones contradictorias en la materia[46].

El TC rechazó la duda de constitucionalidad de forma, argumentando que la disposición no era propia de ley orgánica. Así, no se configuraría un vicio procedimental en el Código de Minería[47]. Con ello, el TC modificó una jurisprudencia anterior sostenida en un control preventivo eventual que le había formulado la Junta de Gobierno el año 1983[48], donde había afirmado que estas materias eran propias de ley orgánica, por lo que los artículos del Código de Minería que regulan las mismas deben ser objeto de dicha categoría de ley[49, 50]. Con ello, el fallo no se aparta mayormente, en la práctica, de la primitiva doctrina

concesión. La acción de inaplicabilidad iba dirigida en contra de las normas que establecen la prescripción. Cabe hacer presente que Juan Luis Ossa señala que "[…] existe superposición cuando sobre un mismo terreno coexisten dos o más concesiones mineras". Ossa, J. L., *Derecho de Minería*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 83. Luego recuerda que la superposición está prohibida.

[46] El art. 19, Nº 24, inc. 7 de la CPR, dispone que una ley orgánica constitucional regulará, entre otras materias, la "duración", el "régimen de amparo" y las causales de "caducidad" y de "simple extinción". Agrega la norma que: "En todo caso dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de otorgarse la concesión". En consecuencia, si una ley simple regula "causales de extinción", entonces adolece de una inconstitucionalidad de forma, ya que dicha ley no habría sido creada con los trámites especiales que requiere la ley orgánica constitucional. El Código de Minería es una ley simple que se aparta de la ley orgánica de concesiones mineras y, por consiguiente, se plantea la duda respecto a si dicho Código puede o no disponer las normas de prescripción de la acción de nulidad que se citó más arriba. Sobre el régimen de superposiciones y las relaciones entre ellas bajo las normas transitorias de las leyes respectivas (ley orgánica de concesiones y Código de Minería), véase Ossa, J. L., *Derecho de Minería*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pp. 83-87.

[47] Según el TC, la disposición segunda transitoria de la CPR habilitó al nuevo Código de Minería (de 1983) para establecer dichas causales. Lo cierto, es que existe una contradicción de texto entre la norma del art. 19, Nº 24, inc. 7 y la disposición transitoria, ya que una norma exige la regulación por ley orgánica, y la otra no. Esta última regula la transición de los derechos existentes al momento de entrar en vigencia la CPR. El inciso segundo de esta disposición establece que: "Los derechos mineros a que se refiere el inciso anterior [aquellos que pasan a tener calidad de concesionarios, y que son anteriores al nuevo Código] subsistirán bajo el imperio del nuevo Código, pero en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones del nuevo Código de Minería. Este nuevo Código deberá otorgar plazo a los concesionarios para cumplir los nuevos requisitos que se establezcan para merecer amparo legal".

[48] Cabe hacer presente que la propia Junta de Gobierno se había apartado y no había respetado este fallo, promulgando el Código sin atender la exigencia impuesta por el TC. Véase Gómez, G., "Algunas ideas críticas sobre la jurisdicción constitucional en Chile", en Gómez, G., (edit.), *La Jurisdicción Constitucional Chilena ante la Reforma*, Universidad Diego Portales, Santiago, 1999, p. 96.

[49] TC, sentencia rol Nº 17, de 24 de agosto de 1983, considerando Nº 1 al Nº 6.

[50] El propio TC explica las razones de este cambio, argumentando que se trata de situaciones diferentes. Véase TC, sentencia rol Nº 473, de 8 de mayo de 2007, considerandos Nº 34 al Nº 44.

de la Corte Suprema, la que, en un fallo ya citado[51], se había negado a declarar inaplicable el art. 96 del Código de Minería[52].

¿Cuál fue, en definitiva, el aporte de esta sentencia para el problema de la inconstitucionalidad de forma? Que el TC entró a conocer del problema de forma, y lo rechazó de manera unánime[53], no obstante existir dudas razonablemente persuasivas. Con ello, se asume que la inaplicabilidad es el medio idóneo para revisar eventuales inconstitucionalidades de forma[54]. Esta doctrina del TC se repetiría en el futuro en múltiples casos adicionales que se decidirían en un sentido similar[55]. Algunos de ellos agregarían una nueva consideración relevante para el problema de los vicios de forma, mediante la cual en los casos en que se presente una inconstitucionalidad de forma disminuirá la importancia del caso concreto[56-57]. Volveré sobre el problema del control concreto más adelante.

---

[51] Corte Suprema, sentencia de 31 de marzo de 1995. Véase un completo resumen de la misma sentencia en Rubano, M., "¿Procede la inconstitucionalidad de fondo y forma, o solo la primera?", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. VII, 1996, pp. 85-98.

[52] Los antecedentes anteriores de este caso habían conducido a producir incertidumbre en la consolidación de los derechos de propiedad que se discutían. Por lo mismo, la sentencia entregó seguridad jurídica y económica, siendo celebrada por ciertos sectores. En efecto, se ha dicho que ella "(…) entrega certeza jurídica respecto del actual esquema de pertenencias mineras (y saneamientos de las mismas) y, por tanto, genera garantías e incentivos para los inversionistas (…)". Libertad y Desarrollo, "Pertenencias mineras, inversión y certeza jurídica", en *Fallos Públicos*, núm. XII, 2007, pp. 1-4. Por otra parte, también existen visiones críticas. Por ejemplo, véase a Nasser, M., "Reflexiones en espera de un fallo del nuevo Tribunal Constitucional", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. XXXIV Nº 2, 2007, p. 310, quien formuló su crítica con anterioridad a la dictación de la sentencia, anticipando la actitud del TC. Este autor agrega, citando a Alejandro Vergara, que la disposición segunda transitoria es una "traslación improlija (sic) del artículo 16 de la Constitución de 1925 sobre la misma materia, pero redactada en una época donde no existía la diferencia entre leyes simples y orgánicas constitucionales". Nasser, M., "Reflexiones en espera de un fallo del nuevo Tribunal Constitucional", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. XXXIV Nº 2, 2007, p. 307.

[53] Véase TC, sentencia rol Nº 473, de 8 de mayo de 2007, considerandos Nº 13 al 44.

[54] Lo declara expresamente en TC, sentencia rol Nº 473, de 8 de mayo de 2007, considerando Nº 9.

[55] Véanse: TC, sentencia rol Nº 517, de 8 de mayo de 2007; TC, sentencia rol Nº 588, de 26 de julio de 2007; TC, sentencia rol Nº 535, de 26 de julio de 2007; TC, sentencia rol Nº 623, de 10 de septiembre de 2007; TC, sentencia rol Nº 608 (acumulada con los roles Nº 609, 610, 611 y 612), de 2 de octubre de 2007; TC, sentencia rol Nº 741, de 30 de octubre de 2007; TC, sentencia rol Nº 1068 (acumulada con todos los roles entre el Nº 1069 y Nº 1128), de 2 de junio de 2009; TC, sentencia rol Nº 1180, de 2 de junio de 2009; TC, sentencia rol Nº 1148, de 2 de junio de 2009.

[56] "(…) el que en uno o más casos determinados se declare un precepto legal inaplicable por inconstitucional, no significa que siempre y en cualquier caso procederá igual declaración, característica que cobra mayor importancia cuando se trata de una inconstitucionalidad de fondo y cuya trascendencia decae tratándose de defectos en la formación del precepto impugnado, pues resulta obvio que si en determinado caso la inaplicabilidad se acoge por estimarse que el precepto impugnado adolece de inconstitucionalidad de forma, disminuirá la importancia del caso concreto y la declaración de inaplicabilidad adquirirá una dimensión más general". TC, sentencia rol Nº 588, de 26 de julio de 2007, considerando Nº 11; TC, sentencia rol Nº 589, de 21 de agosto de 2007, considerando Nº 10; TC, sentencia rol Nº 741, de 30 de octubre de 2007, considerando Nº 10.

[57] Manuel Núñez, comentando este texto reproducido, concluye que el "(…) carácter concreto [del recurso de inaplicabilidad] disminuye cuando el vicio del precepto es formal". Así, puede inferirse que la inaplicabilidad deja de ser un control concreto cuando se examina un vicio de forma. Núñez, M. A., "El control

En los casos "Código de Minería", el TC ha logrado elaborar una doctrina jurisprudencial coherente. Si los problemas de la inconstitucionalidad de forma se agotaran en estos casos, entonces estarían resueltas las dudas que formulo en la introducción de este trabajo. Sin embargo, y como se verá en el siguiente apartado, otros casos relativos a materias diferentes sugerirán que el TC no ha logrado extender su doctrina de "Código de Minería" para solucionar todos los problemas de constitucionalidad formal que se le han presentado.

4.2.2. Vicios de forma en el Código Procesal Penal observados en el control represivo

En octubre de 2007 el TC entró a conocer de una acción de inaplicabilidad interpuesta en contra del art. 416, inciso tercero, del Código Procesal Penal[58], caso que forma parte de la jurisprudencia relativa al problema del "Fuero Parlamentario". En este caso se alegaban infracciones al régimen constitucional del debido proceso, un problema de fondo. Sin embargo, antes de pronunciarse sobre esta materia, el TC realizó algunas declaraciones relativas a la naturaleza del recurso de inaplicabilidad. Entre esas declaraciones, el TC señaló que "[…] lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, es la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto […]"[59]. Así, el TC parece aceptar que la inaplicabilidad sea un medio idóneo para revisar los reparos de forma.

Enseguida, el TC entró al fondo del asunto y rechazó la acción de inaplicabilidad. Lo curioso es que no examinó en su sentencia el eventual vicio de forma que encerraba el precepto legal impugnado. Se trata de un artículo que incide en una atribución de las Cortes de Apelaciones en orden a declarar el desafuero de parlamentarios por delitos de acción penal privada a solicitud del querellante. Esta norma, por mandato del art. 77 de la CPR, podría ser catalogada como orgánica constitucional, razón por la cual debió haberse sometido al control preventivo obligatorio ante el propio TC. El problema es que, como ya se explicó, el Código Procesal Penal no fue sometido a dicho trámite. Cabe hacer presente que la misma declaración transcrita ha sido reiterada en múltiples oportunidades por el TC (incluso en los casos anteriores que cité)[60] y en casi todas estas oportunidades el TC ha tenido alguna actitud similar[61].

---

de la igualdad en la aplicación de la ley como factor de expansión del control concreto de constitucionalidad de las leyes", en *Sentencias Destacadas 2007*, Libertad y Desarrollo, 2008, p. 129 y p. 157.

[58] TC, sentencia rol Nº 596, de 5 de octubre de 2007.

[59] TC, sentencia rol Nº 596, de 5 de octubre de 2007, considerando Nº 7. Cabe hacer presente que en una sentencia anterior a esta el TC ya había sostenido lo mismo, aunque en conocimiento de un recurso de inaplicabilidad dirigido en contra de una norma que, aparentemente, no tiene vicios de forma, lo que lo diferencia del caso que comento. Véase TC, sentencia rol Nº 523, de 19 de junio de 2007, considerando Nº cuarto.

[60] Véanse los casos del Código de Minería que ya comenzamos, como TC, sentencia rol Nº 473, de 8 de mayo de 2007, considerando Nº 9.

[61] Véanse algunos casos en que el TC, de manera similar a la sentencia que comento, ha invocado esta frase en materias relacionadas con normas del Código Procesal Penal que también parecen ser propias de leyes orgánicas constitucionales. En todos ellos, el TC no ha entrado a analizar el eventual vicio de forma: TC, sentencia rol Nº 791, de 15 de enero de 2008, considerando Nº 27; TC, sentencia rol Nº 821, de 1 de

La contradicción del TC en el caso de "Fuero Parlamentario" es evidente: por un lado señala que debe conocer de inconstitucionalidades de forma, y por otro entra al fondo del asunto eludiendo considerar el vicio formal. En defensa del TC, y con el objeto de indicar que no existe un defecto formal, podría interpretarse el precepto legal de manera que no sea calificado como ley orgánica constitucional. Sin embargo, el TC tampoco realiza un análisis en dicho sentido, como sí lo había realizado el "Código de Minería". Otra diferencia con el "Código de Minería", es que en "Fuero Parlamentario" el requirente no habría planteado la existencia de ese vicio. ¿Debió el TC haber entrado a considerarlo?[62]

Como puede apreciarse, en este tipo de casos el TC se encuentra en una difícil disyuntiva, ya que cualquier camino que elija tendrá un costo alto: o se merma el sistema de control constitucional o se daña el sistema de política criminal elegido por el legislador.

En múltiples otras acciones de inaplicabilidad el TC se ha tenido que enfrentar con normas del Código Procesal Penal que se podrían haber calificado como orgánicas constitucionales. Sin embargo, y a diferencia de "fuero parlamentario", en estas sentencias el TC no realiza declaración alguna relativa a si se puede o no controlar la supremacía formal de la CPR, razón por la cual nuevamente son puestas en duda las verdaderas atribuciones del TC al respecto[63]. Sin embargo, esta práctica del TC de omitir cualquier referencia a la teoría de la inconstitucionalidad de forma cuando conoce de algún precepto que pudiera

abril de 2008, considerando Nº 4; TC, sentencia rol Nº 1314, de 24 de septiembre de 2009, considerando Nº 32; TC, sentencia rol Nº 1445, de 21 de enero de 2010, considerando Nº 26.

Por otra parte, véanse algunos casos que, sin tratarse de materias procesales penales, el TC ha invocado esta misma frase en circunstancias que no existía un problema de forma: TC, sentencia rol Nº 781, de 27 de septiembre de 2007, considerando Nº 4; TC, sentencia rol Nº 718, de 26 de noviembre de 2007, considerando Nº 44; TC, sentencia rol Nº 759, de 26 de noviembre de 2007, considerando Nº 44; TC, sentencia rol Nº 810, de 24 de enero de 2008, considerando Nº 7; TC, sentencia rol Nº 811, de 31 de enero de 2008, considerando Nº 3; TC, sentencia rol Nº 552, de 11 de marzo de 2008, considerando Nº 8; TC, sentencia rol Nº 976, de 26 de junio de 2008, considerando Nº 18; TC, sentencia rol Nº 1140, de 14 de enero de 2009, considerando Nº 56; TC, sentencia rol Nº 1273, de 20 de abril de 2010, considerando Nº 4.

[62] Desde una perspectiva diferente, podría advertirse que declarar la aplicabilidad de los preceptos legales correspondientes al Código Procesal Penal podría abrir las puertas a un golpe impactante y negativo en el sistema de persecución criminal. ¿Son estas consideraciones jurídicamente relevantes? Ilustrativas en cuanto a la actitud del TC son las palabras de Juan Colombo, quien, siendo presidente del TC, señalaba que "No se puede reformular por una sentencia todo un sistema que costó años construir y está funcionando. Tenemos que estar claramente conscientes de los efectos que producen las sentencias del tribunal. Hasta el momento se han rechazado todos los recursos de inaplicabilidad. Por ahora no habrá cambios, pero cambios puntuales sí. O sea, no entraremos al macro de la reforma penal". La Segunda, 10 de septiembre de 2008, p. 4.

[63] En lo relativo al art. 248 del Código Procesal Penal, que regula una atribución del Ministerio Público, razón por la cual podría ser entendida como orgánica constitucional de acuerdo al art. 84 de la CPR, puede verse la siguiente que cito a modo ejemplar: TC, sentencia rol Nº 1341, de 15 de abril de 2010. En lo relativo al art. 277, inc. 2º del Código Procesal Penal, que dispone que sólo el Ministerio Público podrá apelar del auto de apertura del juicio oral, que también puede ser entendida como orgánica constitucional, véase una sentencia que acoge el requerimiento sin referirse a los vicios de forma: TC, sentencia rol Nº 1535, de 28 de enero de 2010. Sobre el art. 230 del mismo Código, relativo a la atribución del fiscal de decidir la oportunidad en la formalización de la investigación, el TC ha entrado al fondo del problema sin realizar ninguna alusión a eventuales conflictos de forma: TC, sentencia rol Nº 1467, de 29 de diciembre de 2009.

tener algún reproche en este sentido, no siempre ha sido así. En efecto, en una sentencia de enero de 2008[64], que es anterior a las sentencias que omiten pronunciarse respecto de ello, el TC tuvo una posición diferente. En este caso el TC estuvo llamado a examinar la constitucionalidad del art. 387, inciso 2º, del Código Procesal Penal[65]. Este precepto dice relación con las facultades de los tribunales superiores de justicia de conocer de recursos procesales, razón por la cual trata acerca de atribuciones de tribunales. Así, de acuerdo al art. 77 de la CPR, este precepto debiera ser calificado como orgánico constitucional[66]. Al igual que los otros preceptos del Código Procesal Penal, este tampoco pasó por el trámite del control obligatorio ante el TC, debido a lo cual tiene una evidente inconstitucionalidad de forma.

En este caso, que denominaré "Improcedencia de Recursos", y según consta del texto de la sentencia, ninguno de los actores relevantes invocó la inconstitucionalidad de forma del precepto legal. Pese a la similitud existente con "Fuero Parlamentario", en "Improcedencia de Recursos" el TC tuvo una actitud diferente: hizo presente expresamente que el Código Procesal Penal no había sido sometido al control previo de constitucionalidad. Luego el TC justifica la razón por la cual el precepto impugnado debe ser calificado de orgánico constitucional. Enseguida, el TC indicó que "[…] este Tribunal razonará sólo en torno a la constitucionalidad de la aplicación de la norma cuestionada en el caso concreto y en el estricto marco del conflicto de constitucionalidad planteado, no formulando, por lo tanto, opinión acerca de la constitucionalidad en abstracto del precepto impugnado, ni tampoco de otras disposiciones de la normativa de enjuiciamiento criminal, especialmente la relativa al régimen de recurso"[67-68].

---

[64] TC, sentencia rol Nº 986, de 30 de enero de 2008.

[65] Esta disposición impide la procedencia de recursos de impugnación en contra de una sentencia dictada en un nuevo juicio oral que se realizare producto de la nulidad de un proceso penal anterior, siempre y cuando la segunda sentencia fuere condenatoria y la primera absolutoria. El legislador quiso beneficiar con un recurso al imputado que hubiere obtenido una primera sentencia favorable y una segunda sentencia que lo condene. En el proceso en cuestión, en el primer juicio el imputado había sido condenado por homicidio simple, acogiendo la tesis más favorable al imputado y que había sido sostenida por la defensa. El ministerio público alegaba homicidio calificado. Se trataba, no obstante a beneficiar al imputado, de una sentencia condenatoria. La Corte de Apelaciones respectiva anuló dicho juicio y ordenó repetirlo. En el segundo juicio prosperó la tesis del ministerio público, y el imputado fue condenado por homicidio calificado, con alevosía. Así las cosas, el imputado no podría impugnar la sentencia del segundo juicio, ya que la del primero fue condenatoria. Con ello, se alega, se vulneraría el régimen del debido proceso, que reconocería el derecho a recurrir en contra de resoluciones judiciales desfavorables.

[66] También podría decirse que este precepto es orgánico constitucional en atención a lo dispuesto en el art. 84 de la CPR, que dispone que la ley orgánica del ministerio público regulará el grado de independencia y responsabilidad de que tendrán los fiscales en la dirección de la investigación y en el ejercicio de la acción penal pública.

[67] Cabe hacer presente que esta sentencia fue redactada por el ministro Juan Colombo, el mismo que había advertido en la prensa la circunstancia de que el legislador había desobedecido la CPR al no enviar el Código Procesal Penal al control previo de constitucionalidad, tal como ya lo indiqué precedentemente.

[68] La doctrina sentada en esta sentencia sería reiterada de manera idéntica en otro fallo posterior, dictado en abril de 2008 y redactado por los ministros que la suscriben. Véase TC, sentencia rol Nº 821, de 1 de abril de 2008, considerandos Nº 8 y Nº 9.

Mientras en "Improcedencia de Recursos" el TC había realizado un breve estudio constatando la inconstitucionalidad de forma y, en seguida, había omitido declarar la inconstitucionalidad por la naturaleza concreta de la inaplicabilidad, en "Código de Minería" y en "Fuero Parlamentario" había tenido otra actitud: había afirmado la idoneidad de la inaplicabilidad para controlar la juridicidad formal de la ley. En "Código de Minería" había ido incluso más allá, analizando los eventuales vicios formales y rechazando con argumentos que ellos no se habían producido. De allí que "Improcedencia de Recursos" contraste con las otras: el TC había modificado su posición. Con este fallo se ponía en entredicho la aptitud del instrumento de control.

Finalmente, el TC adoptó la postura de no realizar declaración alguna relativa a la idoneidad de la inaplicabilidad citada en los fallos más recientes que ya mencioné[69]. No obstante existir vicios de forma, y a diferencia de "Código de Minería" el TC no los considera (ni siquiera para rechazarlos). Más aún, abandonó la tendencia de "Fuero Parlamentario" de declarar que son de su competencia. Por su parte, tampoco advierte que no es correcto revisar reproches de forma en el control concreto, como ocurrió en "Improcedencia de Recursos". Simplemente el TC omite cualquier declaración. Es difícil interpretar este silencio: ¿significa que el vicio no existe? ¿Significa que el TC no es competente?

En un caso reciente, no obstante, en un voto disidente, el ministro Mario Fernández abandonó la pasividad con que el TC ha enfrentado últimamente estos asuntos, y declaró en una posición minoritaria que el precepto legal impugnado en el recurso de inaplicabilidad no había sido sometido al control preventivo obligatorio, debiendo haberlo hecho[70]. Lo interesante de su posición, es que le asigna un efecto alternativo a este vicio de inconstitucionalidad de forma: "[…] tal circunstancia no obliga a esta magistratura a la presunción de constitucionalidad que acompaña a toda norma sujeta a la resolución de una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, como es la de la especie". Esta posición es bastante original, aunque no están muy claras cuáles serían las consecuencias de que la presunción de constitucionalidad del precepto legal impugnado no sea vinculante para el TC. Es necesario realizar ciertas precisiones para evaluar su tesis. Sólo por dejar algunas preguntas en torno a ella: ¿Se trata de desplazar la carga de la prueba argumentativa en torno a quien defiende la constitucionalidad de la norma? ¿La norma se presume inconstitucional? ¿Ello significa que, además del vicio de forma, el precepto requiere de una inconstitucionalidad (o aplicación inconstitucional) de fondo adicional? Si la respuesta a esta última pregunta es afirmativa, entonces la norma no tendría ningún problema constitucional al no infringir la supremacía material de la CPR, dejando igualmente a la supremacía formal en entredicho. Lo anterior lleva a cuestionarnos si el trámite del control preventivo obligatorio en el procedimiento de formación de las leyes orgánicas constitucionales (o de otros trámites que puedan tener consecuencias similares) es o no esencial en el acto legislativo, debiendo diferenciar el tipo de vicios que infringen la juridicidad de la ley con diversas consecuencias. ¿Es eso posible?

---

[69] Entre otras, véanse: TC, sentencia rol 1341, de 15 de abril de 2010; TC, sentencia rol Nº 1535, de 28 de enero de 2010; TC, sentencia rol 1467, de 29 de diciembre de 2009.

[70] TC, sentencia rol Nº 1404, de 13 de julio de 2010. Voto disidente del ministro Fernández, puntos considerativos Nº 1 y Nº 2.

4.2.3. Otros casos

Además de los casos analizados vinculados al Código de Minería y al Código Procesal Penal, el TC ha tenido que pronunciarse sobre posibles inconstitucionalidades de forma en al menos dos oportunidades adicionales, relacionadas con materias diferentes.

En diciembre de 2007, poco después de la dictación de las sentencias sobre "Código de Minería" y "Fuero Parlamentario", el TC dictó un fallo rechazando un recurso de inaplicabilidad deducido en contra del art. 11 del Decreto Ley ("D.L".) Nº 799[71], donde tuvo que hacerse cargo de una inconstitucionalidad de forma que fue invocada por el requirente, en un caso que denominaré "Atribuciones de Contraloría". A diferencia de los otros casos analizados antes, el requirente (Carlos López, alcalde de la Municipalidad de Sierra Gorda), esta vez argumentó explícitamente que el D.L. en cuestión (que es de 1974 y se califica como ley común), es inconstitucional en la forma, lo que obligó al TC a hacerse cargo de la cuestión. El argumento del requirente, no obstante, era débil[72], y fue fácilmente rechazado por el TC[73]. En "Atribuciones de Contraloría" el TC no realiza una declaración fundamentando si tiene o no competencia para declarar una inaplicabilidad por razones de forma. Sin embargo, al entrar a analizar y responder los argumentos del requirente, se podría deducir que, tácitamente, acepta que tiene competencia para resolver este tipo de problemas. Esta sentencia es de una fecha similar a los primeros casos analizados sobre "Código de Minería", razón por la cual no es de extrañar que el TC haya entrado a analizar los eventuales vicios. Por supuesto, si se contrasta el mismo con los fallos posteriores, donde el TC dice que tiene la facultad, pero no la ejerce ("Fuero Parlamentario"), o donde se constata la inconstitucionalidad sin declararla ("Improcedencia de Recursos") o donde el TC ni siquiera menciona la posibilidad de declararlos, fácil es advertir que la doctrina de "Atribuciones de Contraloría" fue posteriormente abandonada.

En marzo de 2009, poco más de un año después de "Improcedencia de Recursos" y antes que el TC dictara los fallos del Código Procesal Penal donde omite pronunciarse sobre eventuales inconstitucionalidades de forma, el TC se enfrentó a un requerimiento donde se impugnaba, entre otros preceptos, el art. 32, inciso 2º, de la ley orgánica constitucional de municipalidades[74]. Este caso, que denomino "Arresto de Alcalde"[75], el requirente alegó que

[71] TC, sentencia rol Nº 796, de 11 de diciembre de 2007.

[72] El razonamiento era el siguiente: Al regular atribuciones de la Contraloría General de la República, el D.L. regula una materia que debe ser orgánica constitucional debido al mandato del art. 98, inciso 1º y 99, inciso 4º, de la CPR. Las leyes orgánicas constitucionales fueron creadas por la CPR de 1980, con posterioridad a la dictación de este D.L., razón por la cual el mismo no pudo cumplir con los requisitos de formación de las leyes orgánicas.

[73] El TC respondió acertadamente en sus considerandos Nº 6 al 11, señalando que la disposición cuarta transitoria de la CPR mantuvo vigente el precepto legal, solucionando el problema derivado de la implementación de la nueva categoría de leyes. Así, el precepto legal impugnado adolece de una inconstitucionalidad en la forma que la propia CPR repara, debido a lo cual el argumento debe rechazarse.

[74] TC, sentencia rol Nº 1145, de 17 de marzo de 2009.

[75] La razón de esta denominación es que el precepto regula y limita esta medida de apremio que se puede generar por el no pago de deudas municipales, lo que representa, además, evidentes reproches de fondo.

esta norma modificó la ley orgánica de municipalidades y no fue aprobada por los trámites propios de este tipo de leyes (véanse los arts. 118, 119, 120, 121 y 122 de la CPR). Así, la norma adolecería de una inconstitucionalidad de forma. El TC contestó el argumento en sus considerandos Nº 14 al 22, señalando que: (1) la inaplicabilidad es un mecanismo apto para controlar la sujeción formal de la ley a la CPR y (2) que la modificación a la ley orgánica de municipalidades, que se impugna a través de la acción de inaplicabilidad, no es, en realidad, materia orgánica constitucional. En consecuencia, el TC rechazó la argumentación indicando que se trata de una ley simple que está insertada dentro del texto de la ley de municipalidades.

En "Arresto de Alcalde" el TC contradice la jurisprudencia de "Improcedencia de Recursos" y los casos posteriores del Código Procesal Penal, pero refuerza la tendencia de "Código de Minería" y, en menor medida, de "Atribuciones de Contraloría".

5. Conclusiones

¿Cuál es, finalmente, la doctrina del TC? Responder esta pregunta es bastante difícil, porque si bien dicha magistratura ha actuado en silencio en los casos más recientes, no puede desconocerse que todos ellos tratan acerca de normas contenidas en el Código Procesal Penal. Un ataque de inaplicabilidades en contra de preceptos de dicho Código podría generar un impacto muy alto, como ya se explicó, en el sistema de políticas criminales que dependen del mismo. Tal vez esta es la verdadera razón que explica lo reacio del TC. Esta razón no se encuentra presente necesariamente en las otras causas, donde el TC generalmente no ha eludido el problema. En efecto, todos los casos analizados que son de materias diferentes a las procesales penales ("Código de Minería", "Atribuciones de la Contraloría y "Arresto de Alcalde") sugieren que el TC sí está en condiciones de controlar la juridicidad formal de una ley, lo que contrasta con la doctrina de "Improcedencia de Recursos", que relativiza el tipo de vicio que la inaplicabilidad puede conocer, asociándose al control concreto.

Esta última doctrina, ya abandonada, parece haber dado paso a dos tendencias paralelas, coexistentes pero contradictorias: la del Código Procesal Penal, que no se pronuncia sobre la inconstitucionalidad de forma; y la de los otros casos, que entra a conocer de la misma como si tuviera competencia para ello. Cabe hacer presente, no obstante, que el TC jamás ha declarado inaplicable un precepto legal por razones formales, lo que resulta ser un dato desalentador para quienes pretender utilizar la acción de inaplicabilidad como mecanismo de control. Así las cosas, el control preventivo parece ser más eficaz que el represivo en esta materia, lo que nos devuelve a los cuatro problemas de este control, ya indicados.

En materia de control represivo no deja de llamar la atención el hecho de que el TC omita no explicar las razones que lo han llevado a distinguir estos grupos de casos. A lo mejor la explicación se encuentra en argumentos de razonabilidad o de políticas públicas, pero no es algo que pueda asegurarse. ¿Cuáles son, finalmente, los fundamentos de la diferenciación?

V. Control concreto y vicio de forma: ¿una inconsistencia?

Como ya se ha advertido, cabe preguntarse si acaso siendo la inaplicabilidad un control concreto, entonces ella pueda no ser apta para controlar los reparos de forma. Por supuesto,

la procedencia de este enunciado dependerá del concepto que tengamos del control concreto. Por ello, en primer lugar (1) examinaré el concepto del control concreto. Luego (2) revisaré de manera crítica lo que ha dicho la doctrina en materia de los vicios de forma. Finalmente (3) concluiré advirtiendo la contradicción y el carácter ineludible de la misma.

5.1. El control concreto

En una primera etapa de la acción de inaplicabilidad la doctrina aún no había advertido el verdadero carácter concreto de este instrumento. Así, por ejemplo, Gómez indicaba que la inaplicabilidad es una "[…] técnica de control de normas o preceptos legales […] funciona como control de interpretaciones o significados de los enunciados (normas) aplicables a casos"[76]. Esta conceptualización se acerca más a un examen abstracto. De hecho, el mismo Gómez después indicaba que el TC está facultado para, mediante la declaración de inaplicabilidad, controlar la juridicidad de forma de los preceptos legales[77]. En un sentido similar, Zúñiga señalaba que el control concreto es "[…] un examen de constitucionalidad de normas legales relevantes y pertinentes para fallar un conflicto o gestión seguido ante un tribunal ordinario o especial"[78]. Por su parte, Martínez vinculaba la naturaleza del control concreto con el origen histórico del control constitucional: el modelo norteamericano. La "[…] principal característica es que su conocimiento está entregado a todos los jueces en casos concretos de que se conocen. Por ello se dice que se trata de un mecanismo de control concreto y difuso"[79]. Más adelante, este autor dice no entender las razones del cambio de redacción del nuevo texto[80], y señala que, si el objeto era enfatizar el carácter concreto del control, entonces la redacción nueva era innecesaria por cuanto la primitiva acción de inaplicabilidad también se refería a un control concreto[81-82]. Evidentemente

---

[76] Gómez, G., "La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional. El nuevo Tribunal Constitucional chileno", en Zúñiga, F., (coord.), *Reforma Constitucional*, LexisNexis, Santiago, 2005, p. 669.

[77] Gómez, G., "La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional. El nuevo Tribunal Constitucional chileno", en Zúñiga, F., (coord.), *Reforma Constitucional*, LexisNexis, Santiago, 2005, p. 675.

[78] Zúñiga, F., "Control concreto de constitucionalidad: Recurso de inaplicabilidad y cuestión de constitucionalidad en la Reforma Constitucional", en *Estudios Constitucionales*, año II Nº 1, 2004, p. 210. Más adelante agrega que este es un control que se utiliza en "[…] el momento en el que se aplica a un caso concreto, que usualmente cristaliza la cuestión de constitucionalidad". Zúñiga, F., "Control concreto de constitucionalidad: Recurso de inaplicabilidad y cuestión de constitucionalidad en la Reforma Constitucional", en *Estudios Constitucionales*, año II Nº 1, 2004, p. 217.

[79] Martínez, J. I., "Recurso de inaplicabilidad, Tribunal Constitucional y juez ordinario en la reforma constitucional", en Nogueira, H. (coord.), *La Constitución Reformada de 2005*, Librotecnia, Santiago, 2005, p. 459.

[80] Recuérdese que a diferencia del antiguo texto constitucional, la nueva redacción se refiere a un precepto legal "cuya aplicación" sea contraria a la CPR, mientras que el primitivo se refería a los preceptos legales "contrarios" a la CPR.

[81] Martínez, J. I., "Recurso de inaplicabilidad, Tribunal Constitucional y juez ordinario en la reforma constitucional", en Nogueira, H. (coord.), *La Constitución Reformada de 2005*, Librotecnia, Santiago, 2005, p. 461.

[82] Cabe hacer presente la tesis más provocadora de Martínez: si el juez del fondo tiene la convicción de que un precepto legal es inconstitucional, entonces "[…] simplemente no debe aplicarlo". Martínez,

que estas visiones tempranas sobre el control concreto desconocían lo que sucedería en la jurisprudencia en una segunda etapa. Por ello, la visión de Gómez, Zúñiga y Martínez, entre otros, contrasta fuertemente con la descripción de los trabajos académicos posteriores, los que correspondían a una etapa en que la jurisprudencia del TC en la materia ya había alcanzado cierta (relativa) madurez[83-84].

En una segunda etapa del control concreto, la doctrina ha llegado a coincidencias relevantes en su interpretación de la jurisprudencia del TC. Así, por ejemplo, pueden verse las opiniones de Manuel Núñez[85], Cazor y Pica[86], Colombo[87] y Saenger[88]. Todos ellos, observando la jurisprudencia del TC, concluyen que el juicio de inaplicabilidad es un control concreto que se opone al control abstracto. Este control concreto implicaría el examen de los efectos del precepto legal impugnado en el caso particular. No se trataría, entonces, de una comparación de normas (ley y CPR) sino que de determinar si la aplicación específica de la norma legal puede resultar contraria a la CPR. Sin embargo, las declaraciones que el TC realiza en sus sentencias contrastan con su práctica, donde de manera frecuente se realizan

J. I., "Recurso de inaplicabilidad, Tribunal Constitucional y juez ordinario en la reforma constitucional", en Nogueira, H. (coord.), *La Constitución Reformada de 2005*, Librotecnia, Santiago, 2005, p. 465. En esta visión, el juez del fondo sólo está obligado a solicitar la inaplicabilidad al TC cuando tenga una duda. Lo anterior significa quebrar el monopolio de la justicia constitucional en el TC.

[83] Así, por ejemplo, el desconocimiento de Martínez por el significado del cambio de redacción contrasta con las palabras de Arturo Fermandois: "[…] el control anterior jamás fue concreto, porque no se nutría de las circunstancias fácticas de la aplicación de la norma". Fermandois, A., "Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley", en *Actualidad Jurídica*, año IX Nº 17, 2008, p. 178.

[84] Así, y como lo describe Arturo Fermandois, las diferencias entre los conceptos de control concreto se deben a que algunos autores tienden a "[…] equiparar el control concreto de constitucionalidad, aquel que recae en la sentencia o análisis de inaplicabilidad, a los efectos *inter partes*". Fermandois, A., "Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley", en *Actualidad Jurídica*, año IX Nº 17, 2008, p. 181. Cabe hacer presente que Fermandois cita un trabajo de Humberto Nogueira para formular su crítica.

[85] Para este autor, el cambio en la redacción implicó un texto nuevo que es "[…] claro en el énfasis puesto en la aplicación del precepto, y no en su formulación abstracta". Núñez, M. A., "El control de la igualdad en la aplicación de la ley como factor de expansión del control concreto de constitucionalidad de las leyes", en *Sentencias Destacadas 2007*, Libertad y Desarrollo, 2008, p. 126.

[86] Ellos han señalado que para la declaración de inaplicabilidad se "[…] exige un acto de aplicación y un resultado producido por el precepto legal que se declara inconstitucional". Cazor, K. y Pica, R., "Tribunal Constitucional y control concreto en Chile: ¿Evolución hacia un amparo imperfecto?", en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. VII, 2009.

[87] Este autor señala que en la inaplicabilidad "[…] no es el precepto legal el que será declarado inconstitucional, sino que su aplicación, lo que relativizará el examen abstracto de constitucionalidad que sobre el precepto se realice". Colombo, J., "El requerimiento de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional", en Asociación Chilena de Derecho Constitucional (Pfeffer, E., coord.), *Temas Actuales de Derecho* Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 71.

[88] Quien indica que la inaplicabilidad es "[…] un medio de accionar en contra de la aplicación de normas legales determinadas". Saenger, F., "Control abstracto y concreto en la nueva inaplicabilidad", en Asociación Chilena de Derecho Constitucional (Pfeffer, E., coord.), *Temas Actuales de Derecho* Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 280. Este autor agrega luego que las "[…] circunstancias y antecedentes de hecho o fácticas juegan un rol fundamental y esencial".

consideraciones abstractas que se separan de la aplicación específica del precepto legal al caso particular, tal como lo han demostrado los mismos Cazor y Pica[89]. Según esta crítica, el TC declara ejercer un control concreto, pero en los hechos no lo practica.

Fuera de lo anterior, una teoría distinta del control concreto ha sido elaborada por el mismo Arturo Fermandois. Según él, el control concreto se centra en las circunstancias de hecho, vinculándose a las mismas de modo indisoluble[90], constituyéndose en un "llamado al Tribunal Constitucional para ponderar la arbitrariedad en la aplicación de la norma respectiva"[91], examinando cuán razonablemente se está aplicando dicha norma ante otro tribunal[92-93]. Esta posición no resulta muy satisfactoria con el diseño de la acción de inaplicabilidad: en efecto, la inaplicabilidad tiene por objetivo revisar una aplicación judicial de la ley antes de que esta aplicación se produzca, lo que hace que el examen de constitucionalidad sea prospectivo. Frente a ello, se hace muy difícil que el TC pueda enjuiciar una eventual arbitrariedad en la aplicación de la ley. Por otro lado, y como se verá, esta posición es incompatible con el control de la juridicidad formal de la ley.

5.2. Inaplicabilidad y vicios de forma en los ojos de la doctrina

Como ya lo examiné, un número importante de autores se manifiestan favorables a que la idea de que la inaplicabilidad es idónea para revisar la juridicidad formal de la ley[94]. No consta que alguno de ellos se manifieste con la idea contraria. Para encontrar algún

---

[89] Cazor, K. y Pica, R., "Tribunal Constitucional y control concreto en Chile: ¿Evolución hacia un amparo imperfecto?", en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. VII, 2009.

[90] Fermandois, A., "Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley", en *Actualidad Jurídica*, año IX Nº 17, 2008, p. 176.

[91] Fermandois, A., "Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley", en *Actualidad Jurídica*, año IX Nº 17, 2008, p. 176.

[92] Posiciones parecidas a esta han sido formuladas por Martínez, J. I., "Inaplicabilidad y control de aplicación de la ley", en *La Semana Jurídica*, núm 359, 2007, p. 3, y por Núñez, M. A., "El control de la igualdad en la aplicación de la ley como factor de expansión del control concreto de constitucionalidad de las leyes", en *Sentencias Destacadas 2007*, Libertad y Desarrollo, 2008, pp. 158-159. Para este último, la "[…] inaplicabilidad es un procedimiento que permite al Tribunal Constitucional revisar la arbitrariedad en la aplicación de la ley (…) es posible constatar cómo el Tribunal previene, vía inaplicabilidad, que la aplicación de una ley más allá de sus fines constitucionalmente legítimos genera una discriminación arbitraria".

[93] Fermandois agrega más adelante que este control es "[…] indisoluble de los efectos prácticos de la norma y de su aplicación bajo las tres máximas del principio de proporcionalidad". Fermandois, A., "Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley", en *Actualidad Jurídica*, año IX Nº 17, 2008, p. 187.

[94] En este sentido, véase por ejemplo: Zúñiga, F., "Control concreto de constitucionalidad: Recurso de inaplicabilidad y cuestión de constitucionalidad en la Reforma Constitucional", en *Estudios Constitucionales*, año II Nº 1, 2004, p. 222; Bulnes, L., "El recurso de inaplicabilidad y la reforma constitucional", en *Actualidad Jurídica*, año VI Nº 12, 2005, p. 39; Gómez, G., "La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional. El nuevo Tribunal Constitucional chileno", en Zúñiga, F., (coord.), *Reforma Constitucional*, LexisNexis, Santiago, 2005, p. 675; Vega, F. y Zúñiga, F., "El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y práctica", en *Estudios Constitucionales*, año IV Nº 2, 2006, p. 170; Cea, J. L., *Escritos de Justicia Constitucional*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago, 2006, p. 225; Henríquez, M. y Núñez, J. I., *Manual de Estudio de Derecho Constitucional*, Editorial Metropolitana, Santiago,

contradictor, útil es mirar las posiciones que se sostenían durante la vigencia de la primitiva acción de inaplicabilidad, en manos de la Corte Suprema. Tal vez una de las posiciones que puede ser relevante en el contexto actual es la que realizaba Fernando Atria. Este autor, comentando el actuar de la Corte Suprema bajo la primitiva acción de inaplicabilidad, señaló que la Corte podría haberse resistido a ejercer el control de forma de los preceptos legales invocando la naturaleza concreta de la misma[95]. No obstante, Atria se muestra crítico de las otras razones invocadas por la Corte Suprema en aquella época, las que, al alejarse del argumento del control concreto, parecen ser (en su opinión) oportunistas[96].

Pensando en la actual formulación del control concreto, la posición de Atria podría cobrar fuerza. En efecto, hay una similitud entre ella y lo establecido en "Improcedencia de Recursos", donde el TC relativizó el control de los vicios de forma fundado en el carácter concreto de la acción de inaplicabilidad[97]. Sin perjuicio de que la doctrina de este caso ya parece estar abandonada en el TC, la misma resulta consistente con las declaraciones generales del TC cuando describe las características del control concreto (aunque finalmente no siempre las aplique).

En respuesta a Atria y a "Improcedencia de Recursos", podría sostenerse que no es constitucionalmente admisible permitir que existan normas de la CPR sin aplicación. Por eso, podría argumentarse, una interpretación finalista asociada al principio de supremacía constitucional sugiere la necesidad de interpretar las normas regulatorias de la inaplicabilidad de tal manera que su sentido se oriente a no dejar desprotegida la CPR en su integridad. Así, el sistema de mecanismos de control de la supremacía constitucional debe conducir a entregar una solución al problema, aceptando que existe un instrumento para poner freno a leyes vigentes que presentan una inconstitucionalidad de forma. Esta es la única manera de que el art. 7 de la CPR tenga aplicación completa. La pregunta, entonces, es si estamos o no dispuestos a darle mayor amplitud al recurso de inaplicabilidad y, al mismo tiempo, permitir que estructuras estatales importantes teman una merma importante, como ocurre con los casos del Código Procesal Penal.

La naturaleza del vicio de forma, que ya examiné con anterioridad, aconseja que, si el propósito es que el TC controle la juridicidad formal de la ley, entonces se modifique

2007, p. 427; Peña, M., "El control de la constitucionalidad de la ley en Chile", en *Cuadernos del Instituto de Derecho Público*, vol. XX, 2007, p. 432; Núñez, M. A., "El control de la igualdad en la aplicación de la ley como factor de expansión del control concreto de constitucionalidad de las leyes", en *Sentencias Destacadas 2007*, Libertad y Desarrollo, 2008, p. 126 y p. 157; Cazor, K. y Pica, R., "Tribunal Constitucional y control concreto en Chile: ¿Evolución hacia un amparo imperfecto?", en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. VII, 2009, p. 14.

[95] Atria, F., "Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XII, 2001, p. 155.

[96] Frente a esta posición, podría decirse que la jurisprudencia del TC observa frecuentemente a la primitiva acción de inaplicabilidad como un control abstracto, de manera de diferenciarla de la inaplicabilidad nueva.

[97] TC, sentencia rol Nº 986, de 30 de enero de 2008. La doctrina sentada en esta sentencia sería reiterada de manera idéntica en otro fallo posterior, dictado en abril de 2008 y redactado por los ministros que la suscriben. Véase TC, sentencia rol Nº 821, de 1 de abril de 2008, considerandos Nº 8 y Nº 9.

la teoría del control concreto, ya que ella atiende a características que alejan el examen de constitucionalidad de la historia de formación del proyecto de ley y lo acercan a la aplicación judicial del mismo en un caso, donde lo que importa es el contenido del precepto y no las etapas de generación de la ley que tuvieron lugar.

Frente a esta alternativa, útil es la posición de Manuel Núñez, para quien el carácter concreto del recurso de inaplicabilidad simplemente no tiene lugar tratándose del examen de la juridicidad formal de un precepto legal[98]. Este autor no pretende modificar la teoría del control concreto, sino que solamente dejar de aplicarla para ciertos casos, lo que de hecho se ha observado en algunas sentencias relativas a "Código de Minería". En estas causas el TC había dicho que si el precepto legal impugnado adolece de una inconstitucionalidad de forma, entonces "[…] disminuirá la importancia del caso concreto y la declaración de inaplicabilidad adquirirá una dimensión más general"[99].

La tesis de Núñez y de "Código de Minería" tiene una posible inconsistencia: no se ven razones jurídicamente admisibles para diferenciar los casos en que la teoría del control concreto puede aplicarse y cuáles no. Ello se debe a que no está con suficiencia explicada la diferenciación, lo que no responde en forma satisfactoria al argumento de la no distinción constitucional de vicios. Con todo, esta tesis soluciona un problema práctico. Sin embargo, si el TC elige volver a ella, debe considerarse que ella abre otros problemas: (1) la distinción con los vicios de fondo; (2) la incoherencia que representa con el resto de la jurisprudencia del TC, y (3) no se respondería de modo adecuado a la preocupación sobre los efectos dañinos de la inconstitucionalidad (como lo que ocurriría con el sistema de persecución penal).

Otra posición que podría utilizarse hoy, aunque audaz, es la que sostuvo Alejandro Silva bajo el esquema anterior a la reforma del año 2005[100]. Para este autor, los vicios de forma hacen que el precepto legal sea inexistente, cuestión que todo juez puede constatar sin la necesidad de que exista un recurso de inaplicabilidad. Esta tesis podría apoyarse en la posición de Martínez, para quien todos los jueces pueden declarar inaplicable una ley cuando no tengan dudas respecto a su inconstitucionalidad[101]. Sin perjuicio de lo interesante de esta propuesta, es poco probable que ella sea exitosa en el corto plazo, ya que ella implicaría modificar la manera que tiene el Poder Judicial de entender el sistema de control constitucional. Además, si se acepta que los jueces están facultados para constatar

---

[98] Núñez, M. A., "El control de la igualdad en la aplicación de la ley como factor de expansión del control concreto de constitucionalidad de las leyes", en *Sentencias Destacadas 2007*, Libertad y Desarrollo, 2008, p. 129 y p. 157.

[99] TC, sentencia rol Nº 588, de 26 de julio de 2007, considerando Nº 11; TC, sentencia rol Nº 589, de 21 de agosto de 2007, considerando Nº 10; TC, sentencia rol Nº 741, de 30 de octubre de 2007, considerando Nº 10.

[100] Silva, A., *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, Tomo VIII, p. 193 y p. 196. En un sentido similar se pronunciaba muchos años antes don Fernando Alessandri. Véase la opinión de Alessandri en los apuntes de sus clases, contenidos en Urrutia, M. y Filippi, O., *Curso de Procedimiento Civil. Profesado por don Fernando Alessandri R. en la Universidad de Chile*, Editorial Nascimento, Santiago, 1938, p. 228.

[101] Martínez, J. I., "Recurso de inaplicabilidad, Tribunal Constitucional y juez ordinario en la reforma constitucional", en Nogueira, H. (coord.), *La Constitución Reformada de 2005*, Librotecnia, Santiago, 2005, p. 465.

inexistencias o declarar inaplicabilidades por vicios de forma, surgen otras preocupaciones: ¿se harían menos predecibles las decisiones al respecto? ¿Podría ello generar mayor inestabilidad y menor seguridad respecto de instituciones jurídicas? Por otra parte, ¿podrían los jueces controlar también los vicios de fondo? Martínez diría que sí, Silva probablemente respondería que no. ¿Qué sucedería si los jueces tienen interpretaciones diferentes respecto de un problema similar?[102].

5.3. La contradicción ineludible y las alternativas de solución

En síntesis, sostener que la inaplicabilidad es un control concreto (en el significado que le han atribuido a este tipo de control los autores citados y el TC) implica reconocer que la misma no es un instrumento adecuado para controlar los vicios de forma. Por consiguiente, si lo que se quiere es que la inaplicabilidad sí sea adecuada, entonces existen dos alternativas: o se modifica la teoría del control concreto, o se realiza una excepción. La primera alternativa resulta de muy difícil implementación, ya que aún no está muy claro en qué consiste, en la práctica, el control concreto. Sobre la inconveniencia de la segunda alternativa, ya me referí en el apartado anterior.

Por otro lado, si lo que se quiere es que la inaplicabilidad no sea procedente, podría sostenerse una tesis similar a la de Atria, de "Improcedencia de Recursos", o de la primitiva Corte Suprema. En apoyo de esta posición, podría argumentarse que el control preventivo es suficiente, cuestión que no comparto debido a las dudas que formulé antes. Si se quiere insistir en esta posición, podrían considerarse ciertas modificaciones que, conjuntamente, perfeccionen nuestro sistema: (1) eliminar el control represivo de los vicios de forma; (2) que se entienda que las leyes vigentes son constitucionales en la forma; (3) fortalecer el control preventivo del TC mediante (a) la disminución de los requisitos para formular requerimientos que activen el control eventual, (b) el establecimiento de la facultad del TC para exigir al Congreso que le sean enviados los proyectos en que crea que existan dudas procedimentales y (c) establecer algún sistema de observatorio constitucional del proceso legislativo.

Si bien una idea como esta no soluciona todas las dudas del control preventivo anotadas, a lo menos permitiría entregarle más certeza y estabilidad al sistema de fuentes[103].

---

[102] Por otro lado, probablemente surgirían objeciones basadas en la democracia representativa para rechazar la tesis de la inexistencia, lo que agudizaría la tensión entre la autonomía y legitimidad democrática del legislador y el principio de supremacía constitucional apoyado en el control de los jueces. Ello obligaría al sistema político a entregar una respuesta cuyo resultado es difícil de predecir.

[103] Por otra parte, no puede desconocerse que este tipo de ideas podría agudizar las acusaciones que sostienen que el TC es ilegítimo democráticamente, ya que podría fomentar su activismo. Sin embargo, un sistema como éste podría impedir un activismo mayor y más peligroso: el de los jueces del fondo en el control represivo.

6. Conclusiones

La doctrina parece estar conteste en que el recurso de inaplicabilidad es un mecanismo idóneo para controlar la juridicidad formal de los preceptos legales. Esta visión contrasta fuertemente con la práctica del TC, donde es posible advertir varias tendencias contradictorias. Hoy, estas tendencias pueden resumirse en dos grandes grupos: el primer grupo se compone por los casos actuales relativos al Código Procesal Penal, donde, después de algunos casos algo confusos, finalmente el TC ha decidido omitir cualquier pronunciamiento de forma y entra a conocer del fondo del caso ignorando un eventual problema de juridicidad formal de la ley impugnada. El segundo grupo se relaciona con los otros casos, donde el TC ha hecho reiteradas declaraciones señalando que (1) le corresponde examinar el vicio de forma; (2) que el precepto legal examinado no tiene un vicio de forma, y (3) que se rechaza, en consecuencia, el reproche de constitucionalidad. Sin embargo, el TC nunca ha declarado inaplicable en el control represivo un precepto legal por ser inconstitucional en la forma, lo que contrasta con el activo rol que el propio TC ha desempeñado en el control preventivo. Frente a ello, podría pensarse que la solución está en dejarle al control preventivo la respuesta al problema. Esta idea encuentra dudas que sugieren que el mismo, si bien es útil, es insuficiente para garantizar el respeto completo a la supremacía formal de la CPR. Por eso, una idea como ésta debe estar acompañada de alguna modificación que fortalezca las atribuciones del mismo control preventivo.

La solución del problema dependerá de la perspectiva que adopte, en definitiva, el TC. El problema es que su tendencia, en apariencia, está lejos de homogeneizarse en una doctrina consistente. Para ello se requiere que se revise la teoría del control concreto, o que simplemente el TC se excuse de ejercer el mismo cuando existan vicios de forma. Ello se debe a que un control demasiado cercano a la causa particular y a la aplicación judicial del precepto impugnado no se condice con la naturaleza de los vicios de forma, que se acerca más a la historia legislativa de la ley y se aleja del contenido normativo que el juez del caso está llamado a aplicar.

Bibliografía

Aldunate, E., "Problemas del Control Preventivo de Constitucionalidad de las Leyes", en *Estudios Constitucionales*, año Nº III Nº 1, 2005, pp. 119-126.

Andrade, C., *Elementos de Derecho Constitucional Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1971, 719 p.

Atria, F., "Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XII, 2001, pp. 119-156.

Benavente, D., *Derecho Procesal. Juicio Ordinario y Recursos Procesales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, 293 p.

Bertelsen, R., *Control de Constitucionalidad de la Ley*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1969, 188 p.

Bertelsen, R., "Análisis y revisión del recurso de inaplicabilidad (modelo y jurisprudencia)", en Gómez, G. (edit.), *La Jurisdicción Constitucional Chilena ante la Reforma*, Universidad Diego Portales, Santiago, 1999, pp. 157-179.

Bordalí, A., "Análisis crítico del control preventivo y represivo de constitucionalidad de las normas jurídicas por los Tribunales Constitucionales", en Nogueira, H. (coord.), *Jurisdicción Constitucional en Chile y América Latina: presente y prospectiva*, LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 213-254.

Buchheister, A., y Soto, S., "Criterios para la calificación de normas orgánico constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. XXXII N° 2, 2005, pp. 253-275.

Bulnes, L., "El recurso de inaplicabilidad y la reforma constitucional", en *Actualidad Jurídica*, año VI Nº 12, 2005, pp. 29-45.

Cazor, K. y Pica, R., "Tribunal Constitucional y control concreto en Chile: ¿Evolución hacia un amparo imperfecto?", en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. VII, 2009.

Cea, J. L., *Tratado de la Constitución de 1980: características generales, garantías constitucionales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988, 402 p.

Cea, J. L., *Escritos de Justicia Constitucional*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago, 2006, 247 p.

Colombo, J., "El requerimiento de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional", en Asociación Chilena de Derecho Constitucional (Pfeffer, E., coord.), *Temas Actuales de Derecho* Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, pp. 53-74.

Couso, J. "La nueva ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional: encuentros y desencuentros", en *Anuario de Derecho Público 2010*, 2010, pp. 38-54.

Faúndez, J., *La Corte Suprema y el Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad*, Editorial GEA, Concepción, 1999, 980 p.

Fermandois, A., "Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley", en *Actualidad Jurídica*, año IX Nº 17, 2008, pp. 175-192.

Gómez, G., "La justicia constitucional en Chile", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 1997, pp. 121-156.

Gómez, G., "Algunas ideas críticas sobre la jurisdicción constitucional en Chile", en Gómez, G., (edit.), *La Jurisdicción Constitucional Chilena ante la Reforma*, Universidad Diego Portales, Santiago, 1999, pp. 89-98.

Gómez, G., "La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional. El nuevo Tribunal Constitucional chileno", en Zúñiga, F., (coord.), *Reforma Constitucional*, LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 651-684.

Henríquez, M. y Núñez, J. I., *Manual de Estudio de Derecho Constitucional*, Editorial Metropolitana, Santiago, 2007, 479 p.

Martínez, J. I., "Recurso de inaplicabilidad, Tribunal Constitucional y juez ordinario en la reforma constitucional", en Nogueira, H. (coord.), *La Constitución Reformada de 2005*, Librotecnia, Santiago, 2005, pp. 457-472.

Molina, H., *Instituciones Políticas*, LexisNexis, Santiago, 2006, 385 p.

Nasser, M., "Reflexiones en espera de un fallo del nuevo Tribunal Constitucional", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. XXXIV Nº 2, 2007, pp. 303-318.

Nogueira, H., "La justicia constitucional como defensa de la Constitución, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. XX Nº 2-3, 1993, pp. 417-439.

Nogueira, H., "El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos

de sus sentencias", en Nogueira, H. (coord.), *La Constitución Reformada de 2005*, Librotecnia, Santiago, pp. 421-457.

Nogueira, H., *La Justicia y los Tribunales Constitucionales de Indoiberoamérica del Sur*, LexisNexis, Santiago, 2005, 386 p.

Núñez, M. A., "El control de la igualdad en la aplicación de la ley como factor de expansión del control concreto de constitucionalidad de las leyes", en *Sentencias Destacadas 2007*, Libertad y Desarrollo, 2008, pp. 123-161.

Ossa, J. L., *Derecho de Minería*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, 531 p.

Peña, M., "El control de la constitucionalidad de la ley en Chile", en *Cuadernos del Instituto de Derecho Público*, 2007, pp. 415-435.

Peña, M., *Cuatro estudios de Justicia Constitucional*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago, 2007, 72 p. (2007b):

Pfeffer, E., *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica Ediar Conosur, Santiago, 1990, Tomo II.

Pfeffer, E., "Algunos problemas que se derivan del Control Obligatorio de Constitucionalidad que ejerce el Tribunal Constitucional sobre las Leyes Orgánicas Constitucionales", en *Ius Et Praxis*, vol. 4 Nº 1, 1998, pp. 259-268.

Quinzio, J., *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1969, 535 p.

Rubano, M., "¿Procede la inconstitucionalidad de fondo y forma, o solo la primera?", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. VII, 1996, pp. 85-98.

Saenger, F., "Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2003", en *Estudios Constitucionales*, año I Nº 1, 2003, pp. 401-486.

Saenger, F., "Control abstracto y concreto en la nueva inaplicabilidad", en Asociación Chilena de Derecho Constitucional (Pfeffer, E., coord.), *Temas Actuales de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, pp. 277-303.

Saenger, F. y Bruna, G., *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, 257 p.

Silva, A., *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, Tomo VIII.

Shapiro, M., "Revisión judicial *a priori* y *a posteriori*: los modelos norteamericano y europeo", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. XX Nº 2-3, 1993, pp. 475-479.

Urrutia, M. y Filippi, O., *Curso de Procedimiento Civil. Profesado por don Fernando Alessandri R. en la Universidad de Chile*, Editorial Nascimento, Santiago, 1938, 258 p.

Vega, F. y Zúñiga, F., "El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y práctica", en *Estudios Constitucionales*, año IV Nº 2, 2006, pp. 135-174.

Verdugo, S., "El sello de constitucionalidad de los preceptos legales declarados constitucionales en el control preventivo", en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, núm. XIII, 2009, 57-81.

Verdugo, S., "Control preventivo obligatorio: auge y caída de la toma de razón al legislador", en *Estudios Constitucionales*, año VIII Nº 1, 2010, pp. 201-248.

Verdugo, M., Pfeffer, E. y Nogueira, H., *Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, Tomo II.

Zapata, P., *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Biblioteca Americana Universidad Andrés Bello, Santiago, 2002, 200 p.

Zapata, P., *Justicia Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, 623 p.

Zúñiga, F., "Control concreto de constitucionalidad: Recurso de inaplicabilidad y cuestión de constitucionalidad en la Reforma Constitucional", en *Estudios Constitucionales*, año II Nº 1, 2004, pp. 209-225.

Zúñiga, F., "La sentencia de 'inaplicabilidad - cuestión de inconstitucionalidad' y legislación", en *Estudios Constitucionales*, año III Nº 1, 2005, pp. 37-53.

Otros

Actas del Consejo de Estado en Chile (1976-1990): (2008) en Arancibia, J., Brah, E., e Irarrázaval, A. (edit), Ediciones Centro de Estudios Bicentenario, Santiago, 2 tomos.

Biblioteca del Congreso Nacional: Historia de la Ley Nº 20.050. http://www.bcn.cl/histley/histley/lfs/hdl-20050/HL20050.pdf

Diario "La Segunda": 10 de septiembre de 2008 y 11 de septiembre de 2008.

Libertad y Desarrollo, "Pertenencias mineras, inversión y certeza jurídica", en *Fallos Públicos*, núm. XII, 2007, pp. 1-4.

Martínez, J. I., "Inaplicabilidad y control de aplicación de la ley", en *La Semana Jurídica*, núm. 359, 2007.

Sentencias del Tribunal Constitucional citadas se encuentran disponibles en www.tribunalconstitucional.cl