

Recurso de protección y recurso de inaplicabilidad

Resumen

Este trabajo versa sobre las posibles relaciones e interrelaciones que pueden establecerse en el funcionamiento y operatividad de los recursos de inaplicabilidad (RI) y recursos de protección (RP). Aun cuando aparentemente se trata de instituciones diferentes y desconectadas entre sí, es posible observar sin embargo, a lo menos, dos tipos de relaciones: por convergencia de objeto y por habilitación procedimental necesaria.

Palabras clave

Protección, inaplicabilidad, tribunal constitucional, decreto, ley inconstitucional.

I. Relaciones por convergencia de objeto

No obstante su diferente naturaleza y finalidad existe entre ambos recursos un punto de convergencia: los preceptos legales afectados por un vicio de constitucionalidad de forma.

Postulamos la hipótesis de que en estos casos el precepto formalmente irregular, puede ser atacado tanto mediante la acción de inaplicabilidad, como mediante el recurso de protección, dependiendo de las condiciones y circunstancias concurrentes.

Prevenición. Sabemos que la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias están contestes de que el RP no procede respecto de los preceptos legales, aunque configuren en términos del artículo N° 20 de la Constitución, un acto ilegal o arbitrario, puesto que, por una parte, la Constitución solo contempla para estos casos, a lo menos de modo expreso, el Recurso de Inaplicabilidad y el Recurso de Inconstitucionalidad y, por otra, porque la historia fidedigna del recurso de protección así lo consigna.

**Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Chile.*

Creemos, sin embargo, que cuando el precepto legal adolece de un vicio de forma, sí sería posible atacarlo mediante un RP. La interpretación precedente se apoya en las siguientes razones:

a. La historia fidedigna del RP. Las actas de la CENC dan testimonio de la respuesta que dio el presidente de dicha comisión, don Enrique Ortúzar Escobar, ante la interrogante de si el RP procedía o no en contra de las leyes, a lo que responde negativamente, pero precisando que sí procedía en cambio, en contra de los acuerdos adoptados por las cámaras en la eventualidad de configurar un acto u omisión ilegal o arbitrario que afectara el legítimo ejercicio de las personas. Lo anterior lleva a pensar que las leyes formalmente irregulares se ven despojadas de su calidad de tal, por incumplimiento de las formalidades Constitucionales de las que depende su nacimiento. Por tanto, desprovistas de su forma, solo resta la materialidad de un acuerdo recurrible eventualmente de protección. Trasladando analógicamente esta interpretación a los demás preceptos legales, se concluye que en ausencia de las formalidades respectivas, solo resta la materialidad de una decisión susceptible de ser neutralizada por vía de protección¹.

b. La Corte Suprema de Justicia, mientras fue constitucionalmente competente para conocer del RI, se opuso invariablemente a admitir su procedencia por vicio de forma:

- Primero porque el precepto legal atacado por esa vía se consideraba inexistente, correspondiendo por tanto al tribunal de la instancia declarar la inexistencia.
- Segundo porque correspondía al TC controlar preventivamente la constitucionalidad de las leyes, tanto por vicio de fondo como de forma, sea ejerciendo el control obligatorio, sea ejerciendo el control eventual y facultativo.

Se concluye entonces que cuando el RI era de competencia de la Corte Suprema, el vacío que se generaba por la imposibilidad de atacar la ley vigente por vicio de forma vía inaplicabilidad, podía teóricamente llenarse por vía de protección.

Hoy, después de la reforma Constitucional de 2005, que trasladó la competencia para el conocimiento del RI al TC, y aun cuando este último organismo, de conformidad con la historia fidedigna de la reforma constitucional señalada y la jurisprudencia vertida sobre el particular, ha confirmado definitivamente la procedencia del RI respecto de preceptos legales afectados por vicio de forma, creemos que el RP sigue siendo procedente para atacar preceptos legales que adolezcan del mismo vicio. Ello porque sus respectivos campos de acción y fines, son diferen-

¹ Actas Oficiales de la CENC, sesión 214 de 25 de mayo de 1976.

tes, de tal manera que la procedencia de uno u otro depende de los presupuestos fácticos y de los fines que se persiga obtener con su interposición. Lo anterior queda de manifiesto por las siguientes consideraciones:

1º La dinámica propia del RI presupone la existencia de una gestión judicial previa que se encuentre radicada en un tribunal ordinario o especial, lo que no sucede con el RP que ataca de modo directo el acto ilegal o arbitrario, representado en este caso por el precepto legal irregular, bajo el presupuesto de concurrir los demás requisitos indicados en el artículo 20 de la Constitución.

2º Por lo señalado precedentemente puede concluirse que mientras el RI opera fundamentalmente por vía de excepción que se formula en la gestión judicial pendiente, el RP opera derechamente por vía de acción.

3º Mientras el RI persigue la inaplicación de un precepto legal respecto de un caso concreto y particular, sin que ello signifique afectar la vigencia del precepto, el RP tiene por finalidad obtener que el tribunal competente lo margine definitivamente del ordenamiento jurídico (Efecto Erga Homnes).

4º Cuando la eventual aplicación del precepto legal irregular representa para el afectado un peligro o amenaza inminente, grave y actual para el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, lo que por tanto requiere de una solución rápida y efectiva, la vía recomendable, es por su naturaleza, el RP y no el RI, pues este último conlleva la demora que significa la estructuración de una gestión judicial previa.

5º Por último, y en un plano más bien teórico especulativo, el RP podría eventualmente interponerse para forzar la dictación de un precepto legal, si el estado de omisión en que se encuentra el órgano respectivo asume el carácter de un acto arbitrario o ilegal que pone en riesgo el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, lo que, por cierto, no podría remediarse mediante la interposición de un RI que solo actúa sobre preceptos legales que se encuentran vigentes.

II. Relación por habilitación procedimental necesaria

Este tipo de relación se produce cuando se persigue dejar sin efecto, por la vía de un recurso de protección, un decreto o acto administrativo cuya irregularidad o vicio de juridicidad deriva del hecho de fundarse dicho decreto en un precepto legal inconstitucional en su aplicación. De esta manera la gestión judicial a que da origen el RP configura el procedimiento habilitante para la necesaria interposición del RI en contra del precepto legal fundante.

El problema que sobre el particular se ha originado, consiste en determinar si la sentencia que acoge el RI produce o no efectos en la resolución del RP interpuesto contra el decreto. La cuestión adquirió relevancia a partir del fallo de la Corte

Suprema que en septiembre de 1992 declaró la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 559 561 del Código Civil, que sirvieron de fundamento a la dictación del DS de cancelación de la personalidad jurídica de Colonia Dignidad (Sociedad Benefactora y Educacional Dignidad) y que previamente había sido impugnado por vía de protección. Pues bien, en esa oportunidad surgió la tesis de que aun cuando se acogiera la inaplicabilidad del precepto legal cuestionado, el decreto que en él se fundara no podía dejarse sin efecto en la gestión de protección, debido a que en el momento de su dictación el precepto legal era perfectamente válido (tesis de la ley pantalla).

Si bien la tesis reseñada es objetable, menester es reconocer, sin embargo, que resulta efectivo que al momento de la dictación del decreto, el precepto legal que se aplica mediante dicho decreto debe ser considerado constitucionalmente válido por el administrador y que, en consecuencia, tiene el deber constitucional de aplicarlo en conformidad con las disposiciones de los artículos 6º, 7º, 32 Nº 6, 24º y 52 Nº 2 letras a y b, sin que le esté permitido evaluar su constitucionalidad, ni mucho menos abstenerse de ejecutarlo con el pretexto de estimarlo inconstitucional. La pretensión basada en el artículo 6º señalado, y según la cual el administrador, como órgano del Estado, debe evaluar la constitucionalidad del precepto legal que ejecuta y, en su caso, abstenerse de aplicarlo si lo estima inconstitucional, nos parece objetable:

1. Porque precisamente el administrador se somete a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, cuando cumple con el mandato constitucional de ejecutar el precepto legal respetando estrictamente sus términos;
2. Porque si existiendo mecanismos de control de constitucionalidad, de carácter preventivo y represivo, para evaluar la constitucionalidad de las leyes, estos no se han puesto en juego, o habiéndose hecho efectivos fue desestimada total o parcialmente, la inconstitucionalidad del precepto, el administrador, que es uno de los órganos activamente legitimados para poner en movimiento tales mecanismos, debe presumir que el precepto legal que ejecuta es constitucional;
3. Porque el artículo 6º solo consagra un principio general, pero su desarrollo efectivo se produce a través de la parte orgánica de la Constitución, en que se estructuran los diversos mecanismos de control, de tal manera que el administrador solo estará facultado constitucionalmente para prescindir del precepto legal si este, mediante tales mecanismos ha sido marginado total o parcialmente del ordenamiento jurídico; y
4. Si al administrador pudiera evaluar por sí mismo la constitucionalidad de los preceptos legales que debe poner en aplicación, la gestión administrativa del Estado en la práctica sería inviable y la inseguridad y el desconcierto se apoderarían de las personas.

Por lo tanto, el administrador al ejecutar el precepto legal mediante la dictación del correspondiente decreto o acto administrativo, debe suponer su constitucionalidad, si no se han activado los mecanismos de control correspondiente que, declarando su inconstitucionalidad, lo marginen del ordenamiento jurídico.

Pero lo dicho no puede transformarse en un pretexto para hacer prevalecer y conservar la validez del acto administrativo más allá de la declaración de inaplicabilidad del precepto legal fundante, bajo la argumentación de que al momento de su dictación el precepto legal en ejecución no había sido objeto de impugnación alguna ni se encontraba marginado del ordenamiento jurídico. Ello, por las razones que se señalan a continuación:

1. La declaración de inaplicabilidad es equivalente técnicamente a una especie de nulidad del precepto legal en su aplicación al caso concreto de que se trata, y para el cual se declara, como lo ha sostenido en España el profesor Manuel Díez de Velasco y, en Chile, el profesor Soto Kloss. Siendo así, la sentencia que la declara debe producir efecto retroactivo y entenderse, en consecuencia, que el precepto legal fundante ya era inconstitucional en su aplicación al momento de dictarse el decreto administrativo que lo ejecuta, razón por la cual desapareciendo la norma fundante, debiera igualmente desaparecer el acto de ejecución y así declararlo el tribunal de protección, dejándolo sin efecto.
2. Si los actos de administración prevalecieran más allá de la norma fundante, se estaría garantizando al precepto legal inconstitucional un régimen de impunidad no compatible con los requerimientos de un estado de derecho, desde que los actos de ejecución seguirían produciendo sus efectos.
3. Porque la argumentación en que se apoya la tesis contraria parece ser tautológica: se defiende la validez del decreto por el hecho de que al momento de dictarse el precepto legal fundante no había sido invalidado o derogado a través de los mecanismos de control previstos en la Constitución, pero cuando estos entran a operar represivamente, se argumenta que la decisión adoptada por el órgano de control y en virtud de la cual se declara la inaplicabilidad del precepto, no puede producir efecto sobre el decreto porque al momento de dictarse la ley fundante era válida y se encontraba vigente, a despecho del efecto retroactivo de esa decisión, y
4. El TC a través de la jurisprudencia vertida sobre la ley modificatoria de su LOC, al afirmar y consolidar su competencia para resolver las cuestiones de constitucionalidad de un DS, cualquiera sea el vicio que se invoque, incluyendo el vicio que deriva de la ley en que se funda, rechaza definitivamente la tesis de la ley pantalla. En efecto, argumenta el TC, que el artículo 93 N° 16 de la Constitución le otorga la atribución de resolver sobre la constitucionalidad de los decretos “cualquiera sea el vicio invocado”, con-

cluyendo que sus facultades de control se ejercen directamente sobre el decreto a fin de determinar si guarda o no conformidad con la Constitución, independientemente del precepto legal que le sirve de fundamento y cuya constitucionalidad no le corresponde evaluar en el ejercicio de la atribución que se le concede por artículo 93 N° 16 de la Constitución.

Pero la solución interpretativa del TC y que se ha reseñado, en cuanto prescinde simultáneamente de la evaluación del precepto legal, nos parece en cierta medida objetable, tanto desde el punto de vista jurídico, como desde la perspectiva de una política constitucional de control razonable, por los motivos que se expresan a continuación:

1. Las expresiones “cualquiera sea el vicio invocado” del artículo 93 N° 16 de la Constitución que, de modo genérico, comprenden obviamente los vicios que provienen de la ley fundante, podrían estimarse como elemento de juicio para estructurar una interpretación extensiva que habilite al TC para evaluar la constitucionalidad simultánea de la ley que sirve de fundamento al decreto cuestionado.
2. Al evaluar y resolver el TC sobre la constitucionalidad del decreto prescindiendo de la ley fundante, indirectamente se pronuncia sobre la inconstitucionalidad de esta última, en su aplicación a los hechos que motivaron el decreto. Por eso lo razonable parece ser entrar a conocer derechamente de la constitucionalidad del precepto legal, como una vía independiente y distinta de la señalada en el artículo 93 N° 6 de la Constitución.
3. Al proceder de este modo el TC, compromete y fija de antemano el criterio de evaluación constitucional que adoptará frente a los futuros RI que eventualmente se interpongan en contra del precepto legal fundante, lo que evidencia que, en los hechos, ya se habrá pronunciado sobre la constitucionalidad del precepto legal señalado. ¿Qué sentido tiene entonces diferir el control del precepto legal?;
4. Desde el punto de vista metodológico no parece lógico ni razonable atacar el efecto y no la causa del problema. Adviértase, por cierto, que como el precepto legal fundante seguirá vigente, aún después de que el TC eventualmente declare la inconstitucionalidad del decreto de ejecución, y considerando que el deber constitucional del administrador es continuar aplicándola, volverán a dictarse nuevos decretos, que, a su vez, serán objeto de nuevos requerimientos, sin que, por tanto, se haya llegado a una solución definitiva del problema, lo que desde una perspectiva de análisis económico del derecho, parece ineficiente, considerando el mayor dispendio de tiempo y recursos; y
5. Por último la solución interpretativa adoptada por el TC presenta el inconveniente de que induce a pensar que en sede judicial de protección, el tribunal podría resolver directamente la constitucionalidad del decreto

objetado sin pasar por la inaplicabilidad del precepto legal fundante, lo que por cierto parece contraponerse a las normas y espíritu de la Constitución, desde que, en nuestro sistema, el control de la constitucionalidad de los preceptos legales vigentes se ha concentrado prácticamente en el TC, a partir de la reforma constitucional 2005, mediante ley de reforma constitucional N° 20.050. Precisamente el hecho de que el tribunal de protección no pueda ni deba técnicamente pronunciarse sobre la constitucionalidad del decreto sin que previamente el TC se pronuncie sobre la constitucionalidad de la ley fundante en su aplicación a los hechos que motivan el decreto, evidencia la conveniencia de que el TC, al evaluar la constitucionalidad del decreto, extienda esa evaluación al precepto legal fundante.

Por todo lo dicho, creemos que la solución razonable al problema que nos ocupa exige lógicamente que, cuando se cuestiona ante el TC la constitucionalidad de un decreto cuyo vicio arranca de un precepto legal fundante, el tribunal debiera quedar habilitado simultáneamente para evaluar la aplicabilidad de dicho precepto legal a los hechos que motivaron la dictación del decreto de ejecución, para que, en el evento que efectivamente se declarara su inaplicabilidad, quede la puerta abierta a su posterior derogación vía recurso de inconstitucionalidad.

Si el TC no asume una interpretación extensiva de sus facultades de control, a partir del texto y espíritu de la Constitución vigente, menester será promover a la brevedad una reforma constitucional que remedie el problema señalado.

Finalmente el mérito de la solución interpretativa del TC reside en que permite tomar conciencia de que el decreto dictado en ejecución de una ley inconstitucional adquiere objetivamente una inconstitucionalidad propia, que, si bien deriva de la ley fundante, hace posible su impugnación independientemente de ella, con lo cual se desecha la argumentación de que el decreto deba considerarse válido por el hecho de que al momento de dictarse, la ley fundante no había sido marginada del ordenamiento jurídico y debía en consecuencia estimarse válida para el administrador. Siendo así, el juez de protección no podrá válidamente hacer subsistir el decreto más allá de la declaración de inaplicabilidad de su ley fundante, puesto que deberá entenderse que el acto administrativo que deriva de un precepto legal que con posterioridad se declara inaplicable, abría adquirido una inconstitucionalidad propia. De no aceptarse este criterio se caería en el absurdo de concluir que el TC tampoco podría pronunciarse sobre la constitucionalidad de un decreto a pretexto que al dictarse dicho decreto, la ley fundante era considerada válida².

² La errada tendencia interpretativa generada en la jurisprudencia de nuestros tribunales a partir de 1992, y que se conoce con las expresiones “ley pantalla”, parece hoy haberse revertido, según puede desprenderse de la jurisprudencia vertida por el Tribunal Constitucional, desde que asumió la competencia conferida por medio de la reforma constitucional de 2005 para conocer del recurso de inaplicabilidad. Sentencias Rol 1.476-09; 1433-09; 1299-09; 1266-08; 1140-08; 755-07; 1133-08; 1287-08; 976-07; 523-06; y, 808-07.

