

LA (IN)COMPRENSIÓN DEL PRINCIPIO DE INEXCUSABILIDAD EN SEDE CONSTITUCIONAL

*Octavio Ansaldi Baltazar, Sebastián Chandía Olivares,
Walda Flores González, María Soledad Pardo Vergara**

RESUMEN

A partir de una correcta comprensión histórica del principio de inexcusabilidad y un adecuado manejo de un conjunto de conceptos relativos a la teoría de la constitución y las funciones de la jurisdicción constitucional, se hace posible distinguir entre el deber de fallar de los jueces y el principio de inexcusabilidad. De tal manera, podrá afirmarse la vigencia acotada y excepcional del principio en cuestión y su carencia de sentido, en general, en los sistemas normativos de las ramas del derecho público, pero sobre todo en sede constitucional debido a los peculiares caracteres que reviste la Constitución.

PALABRAS CLAVE: Principio de inexcusabilidad - deber de fallar - Tribunal Constitucional - poder constituyente - precepto legal.

ABSTRACT

Based on a correct historical comprehension of the inexcusability principle, and an adequate use of a group of concepts in reference to constitutional theory, and the functions of constitutional jurisdiction, it is possible to distinguish between a duty of pronouncement and inexcusability. This way, the principle only applies in a reduced and exceptional way, and in general terms, it lacks sense for it to be adopted by public law systems, especially in constitutional matters, due to the peculiar elements presented by the constitution.

KEYWORDS: inexcusability principle - duty of pronouncement - constitutional court - constituent power - statute law.

I Planteamiento del problema: Deber de fallar distinto a la inexcusabilidad

El deber de fallar, que pesa sobre todo órgano jurisdiccional requerido para ejercer sus atribuciones, consiste en un imperativo de emitir una decisión, y, por lo tanto, se satisface con la dictación de una sentencia por parte del tribunal. De este modo, cumple plenamente con este deber aquel juez que en su fallo rechaza la petición de sancionar una conducta que no está legalmente tipificada, fundado en la

*Alumnos, Ayudantes de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

ausencia de ley que castigue la conducta. Por otro lado, el principio de inexcusabilidad es aquel que, ante la ausencia de disposición legal, impone al juez la obligación de proponer una norma general sobre cuya base solucionar un asunto sometido a su conocimiento, de modo que la norma propuesta judicialmente reemplaza el lugar que originalmente habría ocupado una norma legal, por no existir esta última.

Sólo puede entenderse a cabalidad el sentido del principio en cuestión al contrastarlo con el deber de fallar, ya que de ello resulta que el principio va un paso más allá, pues además prohíbe al juez excusarse de dictar sentencia a falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión. El principio de inexcusabilidad agrega, al deber de fallar, el deber de hacerlo aún en ausencia de ley, lo cual se traduce en el deber del juez de suplir esa ausencia de ley con la formulación de una regla de derecho aplicable al caso y no relacionada directamente con el texto legal.

El principio de inexcusabilidad no es un principio general del derecho, ya que se trata de un principio estrictamente asociado, por razones históricas, al conocimiento judicial de controversias civiles de derecho privado, pues en ellas tiene sentido la idea de generar una regla resolutoria del fondo del conflicto en todo evento. Sobre esta base, el presente trabajo tiene por objeto demostrar que no es posible sostener la vigencia de este principio en sede constitucional y que, de hecho, constituye un absurdo la idea de someter al juez constitucional al deber de generar una fuente constitucional para resolver todo evento controvertido. Esto porque la constitución no es una norma más del ordenamiento jurídico, sino que presenta dos particularidades esenciales de considerar en el estudio de la función de la jurisdicción constitucional: su carácter fundamental y su finalidad de establecer un orden político.

II. Orígenes históricos

El principio de inexcusabilidad, y su consagración, está estrechamente vinculado a la consideración de la ley como principal fuente del sistema jurídico; en otros tiempos, regía el principio de la excusabilidad.

En efecto, con el nacimiento y vigencia del *Liber Judiciorum* (s.VII), la expresión más representativa del derecho visigodo, se impedía al juez resolver aquellos casos no previstos en la ley, disponiéndose que el proceso fuese remitido al rey a fin de que éste juzgase o proveyese una ley para hacerlo¹. La referencia o referimiento al legislador se transforma así en una herramienta de la que hicieron prolífico uso, y abuso, los jueces de la época amparándose en la premisa de la ex-

¹ FIGUEROA, María Angélica. Algunos antecedentes históricos sobre los principios de inexcusabilidad y legalidad. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XVIII: 187- 196, 1996. p. 190.

cusabilidad. Todo esto refleja una marcada centralización del poder en el manejo de las fuentes del derecho por parte del poder real. ÁVILA MARTEL señala, como posible causa, que "la política de los reyes en esta materia es, fundamentalmente, la de imponer un sistema de derecho que contribuya a aumentar el poder de la monarquía"². En fin de cuentas, se pretendía establecer el cierre del ordenamiento jurídico, en especial frente a la costumbre³.

Ya en la alta edad media, a partir del s.VIII, en los reinos cristianos que más tarde conformaron la Corona de Castilla, el *Liber iudiciorum* siguió considerándose en éstos de manera teórica, como ley general. Pero la pluralidad y complejidad jurídica son la tónica. Así, frente a dudas acerca del derecho legislado, TOPASIO sostiene la vigencia del principio de la excusabilidad y la correlativa referencia al legislador. En cambio, EYZAGUIRRE sostiene la vigencia de la idea, ya en gestación, de que los jueces en Castilla ante dicha situación fallaran de acuerdo con la equidad, erigiéndose sus sentencias en normas de derecho para resolver futuros casos análogos⁴.

En los siglos XIII al XV, la acción de la monarquía se centra en una política de unificación bajo el poder real; dentro de este proceso, la unificación jurídica es primordial. En pro de ese objetivo el *ius commune*, aparecía como una herramienta eficaz a utilizar por los monarcas. En este contexto, la ley limita la vigencia de la costumbre, que en el período anterior había sido la principal fuente del derecho, y comienza a restituir al derecho territorial su predominio sobre el local, favoreciendo de esta guisa, a su vez, la unificación jurídica. Sin embargo, este derecho común no altera los principios del Libro de los Jueces tendientes a la plenitud legal y reproducidos textualmente en el Fueno Real; como tampoco se altera en esta época el principio de excusabilidad del juez y de requerimiento al rey frente a materias no legisladas o que hagan dudar al órgano jurisdiccional acerca del derecho que ha de escoger, principio este último que establecen en particular las Siete Partidas, desarrollado también en el Ordenamiento de Alcalá Henares de 1348⁵. En el derecho

² AVILA MARTEL, Almirio de. *Curso de Historia del Derecho*, t. I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1955. (Colección de estudios histórico jurídicos y sociales). p. 219, citado en: TOPASIO, Aldo. *Fundamentos históricos del principio de inexcusabilidad del juez en el devenir jurídico hispánico y chileno*. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, IX: 156 - 194, 1983. p. 156.

³ FIGUEROA, María Angelica, ob. cit. (I), p. 190.

⁴ EYZAGUIRRE, Jaime. *Historia del Derecho*. 5^a ed. Santiago, Editorial Universitaria, 1980, p. 72.

⁵ TOPASIO, Aldo, ob. cit. (2), p. 158. Como nos ilustra el profesor TOPASIO, nada dicen las partidas acerca de que si el Rey puede hacer una ley nueva que resuelva el caso sometido así a su decisión; pero es el Ordenamiento de Alcalá Henares que pone en vigencia el Código de Alfonso X, el que resuelve la cuestión. En efecto, en el título XXVIII, después de enunciar el orden de prelación que venía a establecer, se señala que ha de hacerse a falta de ley: "Y si alguna contradicitoriedad apareciere en las leyes sobre dichas entre si mismas, o en los fueros, o en cualquiera de ellos, o alguna duda fuere hallada en ellos, o algún hecho sobre por ellos, no se puede librar (el pleito), que Nossras seamus requeridos sobre ellos, para que hagamos interpretacion, o declaracion o encomienda, donde entendiernos que cumple, y hagamos ley nueva que entendiernos que cumple sobre ello, para que la justicia y el derecho sean librados".

de Castilla, una vez más por vía legislativa, en el ámbito jurisdiccional se excluye⁶, al menos como principio de carácter general, la hoy denominada jurisdicción de equidad, que obliga al juez a pronunciarse no obstante la ausencia (o insuficiencia) de precepto legislado, elemento que apunta a la apertura del ordenamiento jurídico a otras fuentes supra o extralegales⁷.

Como constata TOPASIO, desde los reyes católicos en adelante las cosas no se alterarán substancialmente⁸. La normativa de la época tenía por principal objeto la clausura del sistema en la normativa del poder real y estaba destinada a detener la injerencia de la doctrina del *ius communne*, más allá de los términos en que ésta es aceptada en la recepción por el propio monarca, que fluye en los textos normativos de su propio cuño. La Pragmática de Madrid de 1499 (que viene a permitir la invocación en juicio únicamente de Bártholo, Juan Andrés y Nicolás de Tudeschis) vuelve a reiterar el principio de la excusabilidad.

El Descubrimiento de América no sólo trajo un mundo nuevo por conocer sino también un nuevo mundo que regular. Como es sabido, la unión de las Indias se realizó bajo la forma accesoria (y no vía *aqueae principaliter*), de esta manera las Indias se incorporan a Castilla por vía accesoria trasplantándose así el Derecho Castellano. Desde un primer momento comienzan a regir en América las Siete Partidas, el Fuero Juzgo y el resto de la legislación castellana con todos los principios en ella vigentes (entre ellos, el de la excusabilidad). Pero más tarde se revela la necesidad de una especial regulación para esta nueva realidad, ante lo cual se crea por la corona un derecho nuevo y específico que rija en América. No obstante lo anteriormente señalado, respecto del sistema jurisdiccional de la época, FIGUEROA se inclina por afirmar la existencia de un sistema de arbitrio judicial que, con diversos controles tendentes a evitar la arbitrariedad, permitió a los jueces ya en este momento hacer prevalecer sobre el texto positivo que resolviera el caso, la

⁶ En sentido diverso FIGUEROA sostiene que las Leyes de Estilo (que contienen jurisprudencia producida en la aplicación del Fuero Real en el tribunal de la Corte del rey y que nacen en consecuencia de dicha aplicación), admiten la apertura del sistema de fuentes hacia la equidad como criterio de juzgamiento. FIGUEROA, María Angélica, ob. cit. (1), p. 193. TOPASIO en cambio sostiene que dichas leyes, al menos en este momento, no alcanzan aún sanción legislativa; la tendrán mucho más tarde en 1768 por un Autoacordado del Consejo de Castilla. TOPASIO, Aldo, ob. cit. (2), p. 159.

⁷ TOPASIO, Aldo, ob. cit. (2), p. 157.

⁸ TOPASIO, Aldo, ob. cit. (2), p. 161.

formulación de fallos basados en la equidad. Además, el juez no estaba obligado a fundamentar de modo expreso su sentencia⁹.

Antes de examinar el especial desarrollo del paso de la excusabilidad a la prohibición de excusarse en el derecho chileno, es necesario poner de manifiesto las ideas que en el mundo surgían y que posteriormente se acogen en nuestro derecho. En Europa, la creación del Código Civil francés, significó la concentración de las fuentes del derecho en la ley y una concepción del derecho reducida a la ley. La demostración de la versión estricta de esta ideología se registra ya en textos previos a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Jean Etienne PORTALIS, en su discurso preliminar sobre el proyecto de Código Civil presentado por la comisión designada por el gobierno consular¹⁰, ya nos revela las ideas claves entorno a la prohibición de excusarse. Desde ya desliza críticas a la institución de la referencia al legislador: *"En estos últimos años, y fundamentalmente en la máxima según la cual los jueces deben obedecer las leyes puesto que éstas se oponen a que se las interprete, los tribunales han acostumbrado enviar a los litigantes ante el Poder Legislativo -mediante "referés"- en procura de soluciones toda vez que faltó una ley expresa o que la existente no aparecía suficientemente clara. El tribunal de Casación ha reprimido constantemente este abuso reputándolo como un verdadero caso de denegación de justicia"*¹¹. También constata la existencia de los *"problemas susceptibles de quedar librados al arbitrio de su razón"*, no obstante aun en tal evento *"no existe cosa alguna que pueda decidir tan sólo por su capricho o voluntad"*¹². Reconoce que *"para combatir la potestad que nosotros reconocemos a los jueces de fallar sobre litigios cuya solución no está determinada por las leyes, se invoca el derecho que todo ciudadano tiene a no ser juzgado sino conforme a una ley vigente con anterioridad al hecho de la causa. Este derecho no puede ser desconocido, pero su correcta aplicación exige distinguir los supuestos civiles de los penales"*¹³. (I) Por una parte en *"Las materias criminales, cuyo debate judicial no es posible si no media el ejercicio de determinadas acciones, son limitadas en su comprensión (...). Existe para las materias criminales la posibilidad de una previsión legislativa que es imposible lograr*

⁹ FIGUEROA, María Angélica, ob. cit. (1), p.194.

¹⁰ PORTALIS, Jean- Etienne, Discurso Preliminar sobre el proyecto de Código Civil presentado el primero de pluvioso del año IX por la comisión designada por el gobierno consular. Buenos Aires, Editorial Perrot, p. 34.

¹¹ PORTALIS, Jean- Etienne, ob. cit. (10), p. 35. El Código Civil francés recoge precisamente esta idea en su artículo 4: *"El juez que rehusa juzgar, bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia".*

¹² PORTALIS, Jean- Etienne, ob. cit. (10), p. 35.

¹³ Ibíd., p. 37.

*respecto de las materias civiles*¹⁴. Reconociendo expresamente, el principio que luego alcanzaría plena consagración, cual es el principio de legalidad de los delitos y la pena. (ii) En cambio, esas limitaciones presentes en materia criminal no se dan en materia civiles “que abarcan indefinidamente todas las acciones y todas las acciones y todos los complicados y variables intereses susceptibles de constituirse en objeto de litigio entre los hombres que viven en una misma sociedad (...) la controversia se traba siempre entre dos o más particulares (...) se está obligado a dar un pronunciamiento que las decida; de cualquier manera que sea ha de ponerse fin al litigio”¹⁵. Así, “ante la imposibilidad de contar con leyes que resuelvan claramente todas las infinitas hipótesis de litigio, el Estado ofrece, en la persona del magistrado público, la seguridad de un árbitro esclarecido e imparcial merced a cuya decisión se evita que las partes recurran a las vías de hecho para zanjar sus diferencias. Y esta solución les es, sin duda alguna, más ventajosa que el mantenimiento de una prolongada discusión privada cuyas derivaciones y término no están en condiciones de prever. El aparente libre arbitrio de la equidad vale siempre más que el tumulto de las pasiones”¹⁶.

De esta manera, fundamentado en la idea de erradicar la autotutela y de que la resolución heterocompositiva de los conflictos no se transforme en una imperecedera discusión ante “la imposibilidad de contar con leyes” que resuelvan el litigio, entre otras consideraciones, surge el deber del juez de no sólo dar una respuesta (en el sentido fallar) como consecuencia del ejercicio natural de la función jurisdiccional, sino que además, en los asuntos civiles de carácter patrimonial, el juez debe construir la regla de derecho que dé solución al asunto sometido a su decisión si ella no viene dada por la ley.

Ya en el desarrollo de nuestro derecho, en la época precodificadora, en general, los tribunales de justicia y los procedimientos se regían por el Derecho Indiano. Pero la Constitución de 1823 y el reglamento de administración de justicia complementario de 2 de Junio de 1824 habían reformado recientemente el esquema de judicatura ordinaria y el régimen procesal¹⁷. Ambas obras constituyen un primer paso en la reforma de la judicatura nacional. A este panorama se enfrenta Andrés Bello quien desde aquellos momentos manifiesta su preocupación por la reforma judicial señalando que debe considerarse como primer objetivo que han de proponerse los gobernantes. Incluso las diversas publicaciones de su autoría en el diario “*El Araucano*”, demuestran que Bello se interesó por la codificación del

¹⁴ Ibid., p. 37.

¹⁵ Ibid., p. 37.

¹⁶ PORTALIS, Jean- Etienne, ob. cit. (10), p. 38.

¹⁷ BRAVO, Bernardino, Bello y la judicatura. La codificación procesal. *Homenaje a don Andrés Bello*, Editorial Jurídica de Chile- Andrés Bello: 419- 460, p. 420- 421.

Derecho Procesal antes que por la del Derecho Civil, considerando a la primera más urgente que a la segunda.

Así las cosas, en 1837 se dictan las leyes de procedimiento (las leyes marianas). Estas leyes inician el proceso de estructurar el sistema jurídico en torno a una preeminencia de la ley como fuente formal del derecho¹⁸. En este sentido proyectan, nuevamente, el principio de excusabilidad¹⁹. No obstante, una de esas leyes: "*la ley de fundamentación de las sentencias*", será clave para el establecimiento de la facultad del juzgador de fallar aún en ausencia de ley. Dicha ley provocó un cambio rotundo, frente a lo cual, la Corte Suprema pidió al Ejecutivo aclaraciones sobre el texto. Estas aclaraciones fueron formuladas por el propio Egaña, quien señaló que la ausencia de ley debía ser suplida por "*las máximas eternas del derecho natural, los principios generales de la jurisprudencia, las leyes análogas, las decisiones de los tribunales y opiniones de jurisconsultos*"²⁰.

En 1847, Antonio Varas presentó a la Cámara de Diputados un proyecto de ley sobre "el modo de acordar y fundar las sentencias". Una vez pasado el proyecto al Senado en 1850, Bello propuso una enmienda, quedando el texto de la manera que sigue: "*Toda sentencia...contendrá: 3º Los hechos y las disposiciones legales, en defecto de éstas, la costumbre que tenga fuerza de ley; y a falta de unas y otras, las razones de equidad natural que sirvan de fundamento a la sentencia*". Esta modificación fue aceptada de modo unánime por el Senado, promulgándose así dicha ley el 12 de Septiembre de 1851²¹. El mismo criterio de Bello aparece nuevamente en el Título Preliminar, artículo 4º, del Proyecto de Código Civil de 1853: "*En materias civiles, a falta de lei escrita o de costumbre que tenga fuerza de lei, fallará el juez conforme a lo que dispongan las leyes para objetos análogos, y a falta de éstas, conforme a los principios generales de derecho i de equidad natural*"²². Como señala el profesor TOPASIO, "*en cierto modo aflora en parte el ordenamiento pluralista de fuentes (...). De modo que, no obstante la orientación 'legalista' que Bello revelaba en múltiples escritos, particularmente en sus publicaciones en 'El Araucano', no era ella una posición absoluta*"²³. El sistema de predominio absoluto de la ley que implica

¹⁸ FIGUEROA, María Angélica, ob. cit. (1), p. 195.

¹⁹ Según el D. F. L. de 1837 le correspondía al Congreso Nacional actuar en sustitución del órgano real para los efectos de conocer la excusa de un juez en caso de no poder fallar por defecto de ley. TOPASIO, Aldo, ob. cit. (2), p. 109.

²⁰ FIGUEROA, María Angélica, ob. cit. (1), p. 195.

²¹ TOPASIO, Aldo, ob. cit. (2), p. 67.

²² Reproducido en TOPASIO, Aldo, ob. cit. (2), p. 67.

²³ Ibid., p. 67. También puesto de relieve por TAU, Víctor. Reforma y codificación en el pensamiento de Andrés Bello (1830-1839). *Homenaje a don Andrés Bello*. Editorial Jurídica de Chile- Andrés Bello: 419- 460, p. 410- 411. En efecto, en el pensamiento Bello se revelaba aquella orientación legalista pero atenuada no obstante. Bello señalaba: "*la rigurosa aplicación de las leyes está sujeta algunas veces a inconvenientes (...). Es preciso que haya una fuente de*

el principio de excusabilidad, donde en lo medular el juez no tiene facultad alguna para crear jurídicamente una norma, aunque limitada en su aplicación al caso que resuelve, es implícitamente superado por la "ley sobre el modo de acordar y fundar las sentencias" de 1851²⁴. Se constata así una antinomia en el ordenamiento jurídico, puesto que estas facultades conferidas al juez para fallar aun a falta de ley que resuelva el asunto, entran en pugna con el referimiento al legislador aun vigente que, como hemos señalado, aparece como una herramienta al servicio de la excusabilidad. Cuestión que, finalmente, se resuelve a favor de la inexcusabilidad con su consagración positiva en la ley sobre organización y atribuciones de los tribunales de 1875: es éste el hito definitivo que marca el paso de la excusabilidad a la prohibición de excusarse.

La ley sobre organización y atribuciones de los tribunales, redactada por Francisco Vargas Fontecilla y antecedente directo de nuestro actual Código Orgánico de Tribunales, establece en su formulación original (artículo 10) que: *"Toda persona tiene derecho para implorar la protección de los tribunales de justicia en los asuntos que son de su competencia; i concurriendo esta condición, ningún tribunal podrá, bajo el pretexto de ser la lei oscura o deficiente, desatender la petición que se le hiciere, debiendo forzosamente admitirla o rechazarla según fuere de derecho"*²⁵. Despues de las modificaciones propuestas en la comisión revisora del proyecto, la norma quedó de la manera que sigue: *"requerido en forma legal no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que decida la contienda, ni por deficiencia u oscuridad de la lei que existe"*. Desde este momento, además, la inexcusabilidad deja de tener el carácter facultativo que tenía para el juez al amparo de anteriores regulaciones y se transforma en un imperativo que regla su actividad. Lo postulado por PORTALIS en su momento influenció sin duda a la doctrina de la época²⁶, que

equidad y clemencia que concilie la justicia con la humanidad". BELLO, Andrés. Obras completas, t. VI citado en TAU, Victor, ob. cit. (23), p. 411.

²⁴ TOPASIO, Aldo, ob. cit. (2), p. 109.

²⁵ Ya de esta primitiva disposición es posible la diferenciación de la inexcusabilidad del sólo deber de fallar anejo al ejercicio de la función jurisdiccional que pesa sobre el llamado a ejercerla, porque en fin de cuentas en materias civiles, el admitir o rechazar la petición, implica fallar a favor de uno de las partes en el proceso rechazando las pretensiones de la otra, lo que necesariamente, y teniendo presente la expresión "*según fuere de derecho*", implica una labor de construcción del juez de la regla de derecho decisoria del asunto sometido a su decisión en virtud de la cual va atribuir de manera vinculante y definitiva un efecto jurídico a una determinada hipótesis.

²⁶ Por todos, BALLESTEROS, Manuel E. Ley de organización i atribuciones de los tribunales de Chile: antecedentes, concordancia i aplicación práctica de sus disposiciones. Santiago, Editorial Nacional. BALLESTEROS, si bien reconoce que en cierta medida estas facultades importan una atribución legislativa, y en esta medida un punto de contacto del poder legislativo con el poder judicial, reconoce que aunque el juez cree la regla que aplica, no ejerce propiamente el poder legislativo, porque su sentencia no tiene jamás el efecto (general) de una ley.

hizo suyas las críticas del francés en torno a los problemas de la excusabilidad y los referés: *"Obligar al magistrado a ir en busca de la decisión del legislador cada vez que no cuente con inequívocos textos legales que decidan el caso planteado, sería admitir el más funesto de los principios (...). El legislador desde el momento mismo en que entra a pronunciarse sobre los asuntos concretos que agitan y enfrentan a los hombres, no está más al resguardo de errores y venalidades que los jueces. Y será siempre menos peligroso el tímido y circunspecto arbitraje reglamentado de éstos (...)"*²⁷. Además, *"(...) la intervención del legislador en asuntos privados sería a menudo sospechosa de parcialidad, siempre retroactiva e injusta para aquellos cuyo litigio hubiera precedido a dicha intervención"*²⁸.

Dicha regulación se concordaba con lo dispuesto, en primer término, en el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil de 1893 en su artículo 192 N° 5; mismo precepto que finalmente pasa al Código de Procedimiento Civil de 1903 en el artículo 170 N° 5²⁹. Más tarde, en 1943 con la creación del Código Orgánico de Tribunales, la prohibición de excusarse se establece en su artículo 10. Para finalmente alcanzar consagración constitucional, con la Constitución de 1980, en el actual artículo 76 inciso segundo.

III. La vigencia acotada y excepcional del principio

Considerando el origen y evolución histórica del principio de inexcusabilidad, puede afirmarse que se trata de un principio cuyo fundamento sólo se condice con la manera en que se estructura parte del ordenamiento jurídico: el derecho privado. La inexcusabilidad, que implica que el juez elabore una norma con la que resolver un asunto a falta de precepto legal, pudiendo recurrir a diversos métodos, se relaciona con un conjunto específico de aquellas pretensiones jurídicas susceptibles de ser llevadas ante un tribunal para que conozca de ellas. Este específico conjunto de pretensiones son aquellas referidas a relaciones jurídicas establecidas entre sujetos de derecho en las que rige el principio de autonomía de la voluntad de las partes (sería este el fundamento de su vigencia), por lo tanto, hay un gran cúmulo de pretensiones jurídicas que quedan excluidas (por ejemplo, reclamos contra un servicio público, acusaciones criminales, etc). Sólo en aquel delimitado supuesto,

²⁷ PORTALIS, Jean- Etienne, ob. cit. (10), p. 42.

²⁸ PORTALIS, Jean- Etienne, ob. cit. (10), p. 44.

²⁹ Señalando los requisitos de toda sentencia señala en el número 5: *"La enunciación de las leyes, i en defecto, (la enunciación) de los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo"*.

de relaciones entre particulares regidas por la voluntad de las partes, tiene sentido la vigencia del principio de inexcusabilidad pues, a partir del valor que el mismo legislador reconoce a tal voluntad, resulta que el sistema de fuentes del derecho privado queda configurado de manera tal que no se cierra estrictamente ante la posibilidad del juez de recurrir a la equidad, la analogía u otros recursos similares en base a los cuales decidir un asunto a falta de ley.

Algo muy diferente ocurre en otras ramas del derecho en que los sistemas de fuentes se cierran de modo más estricto. Por ejemplo, en el caso del Derecho Penal en que rige el principio de legalidad penal, no cabe hablar nunca de lagunas o vacíos legales pues se entiende que aquellas conductas humanas que el legislador no ha tipificado como delito deben quedar impunes. No hay crimen ni pena sin ley, de modo que en los casos en que un juez constate que determinada conducta no calza en tipo penal alguno, sólo podrá dar cumplimiento al deber de fallar (absolviendo al sujeto), pero no puede hablarse de que cumpla o pueda cumplir con el deber que le impondría en tal caso el principio de inexcusabilidad; pues se vería en la obligación de crear una norma en base a la cual decidir el asunto no legislado. Un ejemplo en el mismo sentido lo aporta el Derecho Administrativo, rama del derecho en la cual rige el principio de legalidad positiva, en virtud del cual un juez no podría reconocerle a un órgano público más atribuciones que aquellas que le otorga la ley, invocando el principio de inexcusabilidad. Por lo tanto, el deber que impone la inexcusabilidad de crear una norma para decidir el asunto a falta de norma legal, pierde todo sentido en este ámbito también.

Así, el principio de inexcusabilidad, entendido correctamente, ha de verse como un principio de vigencia acotada y excepcional. Acotada, en cuanto al presupuesto de su aplicación, porque se vincula exclusivamente con aquellas relaciones jurídicas en que rige el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Y excepcional, en cuanto a la rama del derecho en que tiene vigencia, pues si se tienen en mente las diversas ramas del ordenamiento jurídico podrá fácilmente concluirse que los sistemas de fuentes de varias de estas ramas (aquellas en que no rige la autonomía de la voluntad) están configurados de manera que no resulta lógico extender la vigencia del principio de inexcusabilidad a ellas. En el caso de los ámbitos penal y administrativo, por ejemplo, rigen principios que diseñan sus sistemas de fuentes normativas de un modo radicalmente opuesto al del derecho privado, pues a su base se halla el principio de juridicidad de los órganos públicos.

Los sistemas de fuentes de derecho público, toda vez que regulan el ejercicio de competencias públicas, no quedan abiertos a la posibilidad de recurrir a la analogía o la equidad para fallar. Por lo tanto, el principio de inexcusabilidad más que no tener sentido en ellos, atenta contra toda lógica y finalidad de tales regulaciones. Queda de este modo demostrado, no sólo el carácter excepcional y acotado de la

vigencia de este principio, sino también el hecho de que, como consecuencia de lo anterior, no puede tratarse de un principio general del derecho.

IV. Consideraciones sobre la función del juez constitucional

Teniendo a la vista que la jurisdicción constitucional se distingue de las demás por ser aquella jurisdicción que tiene por objeto un derecho específico (de carácter político), por tener una finalidad específica (conservar la supremacía constitucional) y por las particularidades de la cosa juzgada constitucional³⁰, se le puede definir como "*la atribución para agotar controversias jurídicas sobre la base de la norma constitucional como único derecho justiciable y para asegurar la primacía formal y material de este derecho*"³¹. Lo propio de la jurisdicción constitucional, en un sistema de constitución escrita de texto único, es que la extensión de su actividad está definida por aquel único parámetro normativo que debe considerar a la hora de fallar: el texto constitucional. Esta característica delimita la extensión de sus atribuciones pues implica, como se ha sostenido³², que la función principal del juez constitucional será la de distinguir y separar el ámbito de lo constitucionalmente regulado de lo constitucionalmente no regulado; siendo esto último aquello que debe estimarse abierto y disponible para el proceso político democrático. El texto constitucional carece de una pretensión de regulación integral del proceso político y se remite a establecer un cauce por el cual pueda fluir aquél (las reglas del juego), sin señalar qué decisiones deben tomarse sino solamente cómo³³.

No se discute que el deber de fallar recaiga sobre aquel órgano a cuyo cargo se encuentra la jurisdicción constitucional, por el hecho de tratarse precisamente de un órgano estatal que ejerce funciones jurisdiccionales. Sin embargo, a falta de precepto constitucional, el juez constitucional no puede ni debe crear la norma recurriendo a la analogía, a la equidad u otro recurso similar. No es su función solucionar toda controversia política que se propone como controversia constitu-

³⁰ Estos tres caracteres particulares de la función jurisdiccional-constitucional son planteados como aquellos criterios que la hacen distingüible respecto de las demás jurisdicciones, en: ALDUNATE Lizana, Eduardo. Jurisdicción constitucional y cosa juzgada constitucional. *Revista Chilena de Derecho*, 20(2-3): 355 - 359, 1993. p. 355.

³¹ Ibid.

³² Con antecedentes en el pensamiento de HELLER, es la postura sostenida por BOCKENFÖRDE en *Die Eigenart des Staatsrecht und der Staatsrechtswissenschaft ("La particularidad del Derecho Páublico y de la Ciencia del Derecho Público")*, según se expone en: ALDUNATE Lizana, Eduardo. La desconstitucionalización de la Constitución. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (22): 17 - 36, 2001. p. 29.

³³ Ibid.

cional, porque es perfectamente posible que sea imposible construir una solución normativa para dicho conflicto sobre la base del texto constitucional. De modo que el deber que impone el principio de inexcusabilidad a los jueces no tiene razón de ser en el ámbito de la jurisdicción constitucional.

Diversos problemas prácticos pueden producirse, en sede constitucional, si no se tiene clara la distinción entre el deber de fallar del juez constitucional (que rige) y el principio de inexcusabilidad (que no debe regir). De confundirse ambos conceptos, el deber de fallar deviene en una habilitación al juez para dictar una resolución a falta de disposición constitucional que resuelva la controversia, estatuyendo él la respectiva norma constitucional. Es decir, lo obliga a construir una respuesta constitucional siempre; la cual, en los casos en que se trate de una materia no regulada constitucionalmente, sólo podrá estructurarse a partir de acrobacias argumentativas forzadas. Es importante en este punto hacer hincapié en que, en cuanto la constitución representa el consenso fundamental de una comunidad política, muchas veces podrá intentarse vincular determinados temas a una supuesta solución constitucional (en especial para quienes ven las disposiciones constitucionales como disposiciones de principios); sin embargo no siempre es posible (ni recomendable) hallar un punto de partida argumentativo en la preceptiva constitucional. No todo lo jurídicamente relevante tiene una respuesta en la constitución.

Según el art. 92 inciso V CPR, el Tribunal Constitucional fallará de acuerdo a derecho, lo cual sólo puede significar que este órgano tiene el deber de construir los argumentos de sus decisiones sobre la base del texto constitucional. *"La fuente de legitimidad de un Tribunal Constitucional sólo está dada por su posibilidad de establecer una cadena argumentativa sólida entre sus decisiones y el texto constitucional en el cual pretende justificarlas"*³⁴. Así, en los casos de materias no reguladas en la carta política, este órgano deberá estimar constitucional la cuestión debatida, no porque sea constitucional en el sentido de estar conforme con determinada norma constitucional, sino por la ausencia de pronunciamiento constitucional sobre la cuestión. Deberá entenderse, entonces, que tal falta constituye precisamente un pronunciamiento de la constitución a favor de dejar, ese tema, abierto y disponible para una decisión generada por el proceso político regulado en sus normas.

La eventual vigencia del principio de inexcusabilidad en sede constitucional produce dos consecuencias perniciosas³⁵ que ha de procurar evitarse: una inmediata y progresiva, y otra remota pero posible. En primer lugar, la consecuencia inmediata es que se sustraen un conjunto de decisiones del ámbito del proceso político

³⁴ ALDUNATE Lizana, Eduardo, ob. cit. (32), p. 21.

³⁵ ALDUNATE Lizana, Eduardo, ob. cit. (32), p. 34.

democrático, el cual pierde progresivamente áreas en las cuales la participación democrática pueda influir (esto puede resultar incluso más grave que la supuesta falta de legitimación democrática del juez constitucional). En segundo lugar, el mismo hecho de que una comunidad se agrupe en torno a una constitución en cuanto lo hace respecto de cuestiones fundamentales sobre las que comparte un consenso, puede llevar a que la constitución deje de ser referencia de un acuerdo y pase a ser un punto de quiebre, si el contenido de este supuesto consenso se extiende excesiva y forzadamente por parte de quien tiene a su cargo la mantención de la supremacía de la carta fundamental. El carácter de la carta política como norma directamente aplicable no puede implicar el abandono de las categorías conceptuales que la conciben como un "*instrumento de gobierno al servicio del equilibrio entre autoridad y libertad, constitutivo del orden político*"³⁶, misma concepción que forzosamente nos conduce a negar la vigencia del principio de inexcusabilidad en sede constitucional.

V. Regulación positiva actual

El principio de inexcusabilidad se consagra en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 76 inciso II CPR, situado en el capítulo VI que regula al Poder Judicial, en los siguientes términos: "*Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión*". Asimismo, este principio se consagra a nivel legal en el Código Orgánico de Tribunales, Título I: "Del poder judicial y de la administración de justicia en general", en su artículo 10 inciso segundo, en los mismos términos que los utilizados en la carta fundamental.

Ahora bien, entendemos que la regulación existente en la Constitución de la inexcusabilidad alcanza solamente a los tribunales determinados por la ley con la "*facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado*" (artículo 76 inciso I CPR)³⁷. De esta forma, no se aplicaría al Tribunal Constitucional el deber de establecer un criterio sobre el cual resolver el asunto que conoce, a falta de norma expresa de rango constitucional, atendidas sus atribuciones

³⁶ ALDUNATE Lizana, Eduardo, ob. cit. (32), p. 28.

³⁷ De hecho, el objetivo que se perseguía con esta consagración constitucional de la prohibición de excusarse, según las Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, en Sesión número 303, celebrada en 5 de julio de 1977, era evitar que preceptos constitucionales quedaran sin aplicación por falta de ley que regulara el procedimiento respectivo; más específicamente, se plantea el tema entorno a la inexistencia de tribunales contencioso administrativos. Por lo tanto, los tribunales judiciales tendrían la obligación de tramitar un proceso aun a falta de ley complementaria a la regulación constitucional, idea que a nuestro parecer, está más cercana al deber de fallar que al principio de inexcusabilidad.

(salvo ciertas excepciones contempladas en el artículo 93 CPR, que más adelante se mencionan). Por ende, tampoco se aplica a este órgano la regulación contenida en el artículo 10 inciso segundo del Código Orgánico de Tribunales, que regula la organización y atribuciones de los tribunales por mandato del artículo 77 de la carta fundamental, pues esta norma solamente repite lo señalado en el artículo 76 CPR, y tiene los mismos destinatarios.

La inexcusabilidad se consagra directamente como regla aplicable al Tribunal Constitucional en el artículo 3º inciso segundo de la ley 17.997 orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, de la siguiente forma: *"Reclamada su intervención en forma legal y en asuntos de su competencia, no podrá excusarse de ejercer su autoridad ni aún por falta de ley que resuelva el asunto sometido a su decisión"*.

De esta manera, nos encontramos con que el Tribunal Constitucional debe resolver aun si no existe precepto que regule la cuestión de la que conoce, lo que parece no condecese con hecho de que la competencia del Tribunal está limitada a lo que señala el artículo 93 CPR. Sólo puede ejercer su jurisdicción, y por tanto, dictar sentencia, en los negocios que el artículo 93 indica expresamente (*"en los términos señalados"* en este precepto). De esta forma, el Tribunal sólo posee atribuciones que implican una decisión sobre si un determinado asunto es o no constitucional, lo que supone que su fallo se debe basar exclusivamente en el texto de la carta fundamental, por lo que no puede decidir basándose en normas subconstitucionales, o sea recurriendo a la normativa legal y reglamentaria, o formulando, ante la ausencia de regulación positiva, alguna norma aplicable a la hipótesis sometida a su conocimiento.

No obstante ello, el artículo 3º de la ley 17.997 señala que el Tribunal no debe excusarse de decidir por falta de ley. Habría que aclarar entonces en qué casos estaríamos ante una falta de ley. Una posibilidad, teniendo en cuenta que la consagración constitucional del principio y la del artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales son casi idénticas a la que se hace en la ley orgánica del Tribunal Constitucional, y que ambas se refieren a una falta de ley en sentido amplio, sería lógico pensar que el artículo 3º de ésta se refiere, asimismo, a la falta de ley en sentido amplio, y por tanto, esta consagración de la inexcusabilidad para el Tribunal Constitucional traería como consecuencia que el Tribunal se tuviera que pronunciar ya no sobre la constitucionalidad de ciertas hipótesis, sino que también debería integrar a su razonamiento, en los casos en que la Constitución nada diga respecto a un tema, la normativa legal que contenga una respuesta. Otra posibilidad sería entender que la referencia a la ley, en este caso, es sólo a la carta fundamental, que es la única fuente que debe aplicar el tribunal; en este caso, si no existe respuesta en la Constitución, el Tribunal Constitucional tendría que construir algún criterio con el cual resolver el asunto sin referirse al ordenamiento jurídico subconstitucional. Ninguna de las dos alternativas parece plausible.

Es menester mencionar, además, que el artículo 93 CPR, que determina las atribuciones del Tribunal Constitucional, lo hace refiriéndose a la normativa que ella misma establece, haciendo alusión, por lo general, a la "*constitucionalidad*" de los asuntos. Sólo en un numeral (13º), de los dieciséis existentes, se hace alusión expresa a la normativa legal, en materia de inhabilidades para la designación de un Ministro de Estado, permanencia en el cargo o desempeño de otras funciones, puesto que señala "*inhabilidades constitucionales o legales*". Asimismo, el numeral 12º de este artículo, que se refiere a las contiendas de competencia, deja abierta la posibilidad de que se aplique para resolverlas, regulaciones distintas a la Constitución³⁸.

VI. Doctrina nacional

El tema de la inexcusabilidad en sede constitucional, aunque a nuestro parecer genera una gran contradicción con la regulación del Tribunal Constitucional contenida en la carta fundamental, no ha producido mayor desarrollo en la doctrina de nuestro país; el tema sólo ha sido tratado por añadidura al referirse a otros tópicos.

Es así como Juan COLOMBO hace alusión a la inexcusabilidad al referirse al derecho procesal constitucional orgánico, como una característica de la competencia jurisdiccional de los tribunales constitucionales, señalando que "*Su competencia se rige por la regla de la inexcusabilidad, contemplada en Chile por el artículo 73 de la Constitución Política (hoy, artículo 76) y reiterada por el inciso segundo del artículo 3 de su ley orgánica (...)"*³⁹. Este autor sostiene que la regulación de la ley 17.997 de la prohibición de no excusarse no es más que una reiteración, puesto que ella se aplica directamente vía regulación constitucional también al Tribunal Constitucional, a diferencia de lo que acá se ha dicho, puesto que delimitamos el alcance del artículo 76 dejando fuera de este al Tribunal Constitucional, conforme a la ubicación del precepto. Asimismo, ahora refiriéndose al derecho procesal constitucional funcional, COLOMBO menciona el principio de inexcusabilidad en relación a la acción, que en sus palabras, "*se traduce en la consagración del deber de la jurisdicción*"⁴⁰, lo que nos parece que induce a la confusión pues sería preferible diferenciar la idea de inexcusabilidad del deber de fallar que impone la atribución de jurisdicción.

³⁸ También podemos mencionar el control que hace el Tribunal Constitucional de un decreto con fuerza de ley (artículo 93, numeral 4), en cuanto debe examinar su ajuste con la correspondiente ley delegatoria.

³⁹ COLOMBO Campbell, Juan. Funciones del derecho procesal constitucional, *Ius et Praxis* [en línea]. En: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-001220020002&lng=es&nrm=iso>.

⁴⁰ COLOMBO Campbell, Juan, ob. cit. (39)

En el mismo sentido, José Luis CEA deja en claro, en un trabajo sobre el control de las leyes realizado por el Tribunal Constitucional, que su postura respecto al tema es de la plena aplicación en sede constitucional de la inexcusabilidad: “*el principio de inexcusabilidad es de aplicación amplia a todos los órganos jurisdiccionales, no hallándose, por ende, eximida de honrarlo nuestra magistratura*”⁴¹; hace alusión a la ley orgánica constitucional, y asimismo a la consagración del principio en el artículo 76 de la carta fundamental, e incluso al Código Orgánico de Tribunales, pero no ahonda en el tema.

Por otro lado, Eduardo ALDUNATE, a propósito del control preventivo de constitucionalidad de las leyes, se refiere este asunto, planteando este problema como “*un absurdo irredimible*”, señalando que “*se refuerza la tensión a encontrar (más bien a construir) siempre una respuesta constitucional a la cuestión normativa planteada*”⁴². Como lo plantea este autor, la inexcusabilidad que rige al Tribunal Constitucional según la ley 17.997 le impone la obligación de “*proponer una norma general sobre cuya base solucionar el caso sometido a su conocimiento*”⁴³, por lo que se plantea el inconveniente de cómo entender la inexcusabilidad en esta materia a falta de norma constitucional.

VII. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

A partir del análisis expuesto, cabe dilucidar la forma de entender la aplicación del principio de inexcusabilidad por el propio órgano de jurisdicción constitucional.

Antes de examinar el punto antes indicado, habría que distinguir los fallos que se refieren a este principio como una regla rectora de todos los órganos jurisdiccionales. Así lo ha manifestado a propósito de las declaraciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 116 del Código Tributario⁴⁴, donde indicó en

⁴¹ CEA Egaña, José Luis. El Tribunal Constitucional y el control de las leyes [en línea] <www.juridicas.unam.mx> [consulta: 10 julio 2009].

⁴² ALDUNATE Lizana, Eduardo. Problemas del control preventivo de constitucionalidad de las leyes. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca. 3 (001): 119-126, 2005.

⁴³ ALDUNATE Lizana, Eduardo, ob.cit. (42).

⁴⁴ Ejemplo de ello son los roles 520, 547, 554, 555, 566, 574, 595, 604, 605, 606, 613, 614, 627, 628, 630, 635, 636, 642 y 658. La derogación del art. 116 del Código Tributario fue acordada por el Tribunal Constitucional en el fallo rol N° 681, proceso de oficio en el cual el Tribunal afirma que la improcedencia de la delegación autorizada por el precepto en cuestión afirma la facultad jurisdiccional que ejerce y debe ejercer el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos, observando así el principio de inexcusabilidad que impera respecto de su función y que es reconocido como pilar fundamental de nuestro Estado de Derecho. A su vez, el considerando 22º agrega que: “*el precepto cuestionado infringe el deber de inexcusabilidad que pesa sobre todo tribunal y que se encuentra consagrado en el artículo 76, inciso segundo, del Código Político, en los siguientes términos: Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión*”.

reiteradas ocasiones que la delegación jurisdiccional por parte del Director Regional de Servicios Impuestos Internos era contrario a la carta fundamental atendido a que la inexcusabilidad era corolario de la indelegabilidad. O bien, respecto de los tribunales en sede penal, ha señalado que dicho principio se aplica a éstos, y ejemplo de ello es la sentencia rol 304, a propósito de la cuestión de constitucionalidad planteada en relación a las modificaciones introducidas al Código Orgánico de Tribunales con ocasión de la reforma procesal penal.

Despejado el reconocimiento de la regla en análisis, el Tribunal ha señalado expresamente que el principio de inexcusabilidad se aplica a este órgano, así en el fallo rol 228, resolviendo sobre una cuestión de constitucionalidad planteada ante la modificación de la ley orgánica de municipalidades, indicó como fundamento del principio el entonces artículo 73 de la carta fundamental (actual artículo 76), sin siquiera fundamentar la aplicación de este artículo ubicado a propósito de la regulación del Poder Judicial, y el artículo 3º inciso 2º de su ley orgánica, señalando en el considerando 4º que *"para que opere la inexcusabilidad deben cumplirse dos requisitos: que el Tribunal sea competente y que sea requerido en forma legal, o sea, de acuerdo a la ley de procedimiento"*. Por tanto, cumplidos los requisitos *"el efecto preciso de la regla de la inexcusabilidad es el de obligar a conocer y resolver las materias sometidas a su jurisdicción. Que sobre este punto debe reiterarse, como lo ha dicho este órgano constitucional, que la jurisdicción es un "poder deber", lo que significa que el Tribunal impulsado de acuerdo a la Constitución y la ley no puede excusarse de conocer y resolver de las materias contempladas en el artículo 82 (actual artículo 93)"*.

Ahora bien, del examen de la sentencia se puede desprender que lo comprendido dentro de la jurisdicción (que en concepto del Tribunal se equipara a competencia) se reduce a la regulado en el texto constitucional, por lo que, en concepto de los magistrados, no deberían examinar la constitucionalidad de lo que ha sido entregado al legislador orgánico constitucional. De manera tal, que hasta este punto el principio se aplica en la medida que encuentre regulación constitucional, pero he ahí la contradicción con el objetivo histórico de la inexcusabilidad, que es encontrar una solución a pesar de no existir texto escrito que resuelva expresamente.

De esta forma se puede concluir que el propio tribunal contradice el contenido del principio y reconoce de una forma sucinta que se aplica la inexcusabilidad pero con un contenido diverso al señalado para los demás órganos jurisdiccionales. Sin embargo, en el voto disidente del fallo rol 450 parece otorgar un sentido diverso al principio de inexcusabilidad, asimilándolo al deber de fallar, ya que sostienen

que el tribunal debe declararse incompetente sobre la base del principio en análisis, y lo mismo sucede en el fallo rol 165. Así, cabe preguntarse si rige realmente el principio de inexcusabilidad en los términos clásicos, o bien los magistrados utilizan la misma expresión para referirse a un contenido diverso, descuidando la pureza del lenguaje jurídico.

VIII. Conclusiones

Pese al reconocimiento jurídico positivo del principio de inexcusabilidad, que prescribe que el Tribunal Constitucional debe fallar a pesar de no existir ley que resuelva el asunto sometido a su jurisdicción, consideramos que este principio no es aplicable en sede jurisdiccional-constitucional. La anterior afirmación se asienta tanto en la idea de constitución y el rol que juega un Tribunal Constitucional en los sistemas en que existe un texto constitucional escrito, como en el carácter acotado y excepcional que históricamente ha tenido la vigencia del principio de inexcusabilidad (asociada al derecho privado).

Un Tribunal Constitucional debe garantizar la supremacía de la constitución, analizando la constitucionalidad de situaciones jurídicas (normativas o fácticas), en la medida que estas se encuentren reguladas en la constitución. Precisamente, señalar que una situación jurídica está o no regulada constitucionalmente implica cumplimiento al deber de fallar, distinto de la inexcusabilidad, que sí recae sobre el órgano de jurisdicción constitucional. La distinción observada entre deber de fallar e inexcusabilidad parece no ser delimitada por el Tribunal Constitucional, como se desprende del análisis jurisprudencial, en las escasas ocasiones en que es analizado. Ni tampoco por la mayoría de la doctrina nacional, que constata el principio, pero no analiza las consecuencias que se derivarían para el Estado de Derecho el concebir como aplicable tal principio, ya que el Tribunal se transformaría en un verdadero poder constituyente.

En definitiva, el inciso segundo del art. 3º de la ley orgánica 17.997, que no es modificado por el proyecto de reforma a esta normativa, debe ser entendido en el sentido de consagrar un deber de fallar, anejo del derecho a una tutela judicial efectiva, que se cumple una vez que el Tribunal se pronuncia sobre la constitucionalidad de una situación jurídica, en la medida que haya sido regulada por el poder constituyente.

IX. Bibliografía

ALDUNATE LIZANA, Eduardo. Jurisdicción constitucional y cosa juzgada constitucional. Revista Chilena de Derecho. 20(2-3): 355 - 359, 1993.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo. La desconstitucionalización de la Constitución. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. (22): 17 - 36, 2001.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo. Problemas del control preventivo de constitucionalidad de las leyes. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca. 3 (001): 119-126, 2005.

BALLESTEROS, Manuel. Ley de organización e atribuciones de los tribunales de Chile: antecedentes, concordancia e aplicación práctica de sus disposiciones. Santiago, Editorial Nacional.

BRAVO, Bernardino, Bello y la judicatura. La codificación procesal. Homenaje a don Andrés Bello, Editorial Jurídica de Chile- Andrés Bello: 419- 460.

CEA EGAÑA, José Luis. El Tribunal Constitucional y el control de las leyes [en línea]. En: <www.juridicas.unam.mx> [consulta : 10 julio 2009].

COLOMBO CAMPBELL, Juan. Funciones del derecho procesal constitucional, *Ius et Praxis* [en línea]. En: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718001220020002&lng=es&nrm=iso

EYZAGUIRRE, Jaime. Historia del Derecho. 5º ed. Santiago, Editorial Universitaria, 1980.

FIGUEROA, María Angélica. Algunos antecedentes históricos sobre los principios de inexcusabilidad y legalidad. Revista de Estudios Histórico- Jurídicos. XVIII: 187- 196.

PORTALIS, Jean- Etienne, Discurso Preliminar sobre el proyecto de Código Civil presentado el primero de pluvioso del año IX por la comisión designada por el gobierno consular. Buenos Aires, Editorial Perrot.

TAU, Víctor. Reforma y codificación en el pensamiento de Andrés Bello (1830- 1839). Homenaje a don Andrés Bello, Editorial Jurídica de Chile- Andrés Bello: 419- 460.

TOPASIO, Aldo. Fundamentos históricos del principio de inexcusabilidad del juez en el devenir jurídico hispánico y chileno. Revista Chilena de Historia del Derecho. IX: 156 - 194, 1983.