

Juan Colombo Campbell\*

# La suspensión del procedimiento como medida cautelar en la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la Ley<sup>1</sup>

*“Lite pendente nihil innovetur”*  
 (que nada se innove mientras esté pendiente el pleito)

## I. Precisiones previas

La tutela efectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales, sólo se lograrán en plenitud y satisfactoriamente cuando se cuente con un sistema procesal que los proteja.

Quienes ejercen funciones públicas –los gobernantes– como los habitantes de la nación –los gobernados– tienen los derechos y deberes que la Carta les asegura y en los casos en que cualquiera los exceda, surge el conflicto Constitucional, que se produce cuando un órgano público o una persona, con su acción u omisión, genera como resultado la infracción de preceptos o principios contenidos en la Constitución Política.<sup>2</sup>

Siguiendo al profesor Louis Favoreu, quien sostiene que un Tribunal Constitucional que no tenga competencia para conocer el control de constitucionalidad de la ley, no es un Tribunal Constitucional, se ha formado consenso mayoritario en la doctrina especializada, acerca de que dicha potestad es, como lo ha confirmado recientemente Joaquín Urías Martínez, de entre todas las competencias atribuidas al Tribunal Constitucional, la que mejor escenifica su tarea de velar por la supremacía de la Constitución.<sup>3</sup>

Debemos recordar que el sistema jurídico latinoamericano fue tomado del Código Napoleónico, sustentado históricamente en la supremacía de la ley, como expresión de la voluntad general. Sin embargo, constituye una realidad notoria que a partir de

*\*Presidente del Tribunal Constitucional  
 Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Chile*

<sup>1</sup> Escrito en colaboración con Rodrigo Pica Flores, abogado asistente del Tribunal Constitucional.

<sup>2</sup> Véase “El Debido Proceso Constitucional”. Juan Colombo Campbell, págs. 23 a 27.

<sup>3</sup> “Sobre la sentencia de control de leyes”, Joaquín Urías Martínez, cuadernos de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Madrid, año 2007.

las publicaciones de Hamilton en El Federalista, del histórico fallo del juez Marshall, en el proceso Marbury v/ Madison, la situación comenzó a cambiar al sostener, como fundamento de la decisión, que la Constitución es una norma superior y suprema y que como tal no puede ser modificada por medios legislativos ordinarios. Es la consagración jurisdiccional del principio de supremacía constitucional, cuya aplicación a partir de entonces determinará que los tribunales al ejercer su competencia y enfrentados a la aplicación de una norma de menor valor que es contraria a la Constitución, deben prescindirse de ella. Curiosamente es la Constitución Norteamericana, interpretada por la Corte Suprema, la que incorpora el control de constitucionalidad de las leyes al resolver requerimientos de inconstitucionalidad<sup>4</sup>. A la vieja y tradicional Europa, en cambio, le costará muchos años y tendrá que vivir dos guerras para que se establezcan en los países que la componen, Tribunales Constitucionales con jurisdicción suficiente para controlar la constitucionalidad de la ley.

Como lo sostiene Manuel Jiménez de Parga en su obra “La Ilusión Política”, el carácter de norma jurídica que posee la Constitución ha producido una cierta perplejidad en sus operadores, la Carta es una súper ley integrada en el ordenamiento jurídico e integradora de este.<sup>5</sup>

Por ello, ahora que la eficacia de la Constitución como norma superior es una reconocida realidad, exige como una protección indispensable, la existencia de una jurisdicción autónoma capaz de asegurar la constitucionalidad de las leyes de la República.

En otros términos la ley debe quedar siempre subordinada a la Constitución y si hay conflicto entre ambas, prevalecerá la Constitución.

De acuerdo al texto de la Carta Chilena, el conflicto de constitucionalidad de la ley puede generarse durante su tramitación, una vez aprobada por las Cámaras y también cuando esté vigente.

Nuestro ordenamiento jurídico, a contar de 1925 incorpora la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de leyes vigentes y en el año 2005, por Reforma Constitucional otorga competencia al Tribunal Constitucional para declarar inconstitucional la ley con efecto derogatorio.

Para dar eficacia a este control, se incorporan a la Constitución las materias que a continuación se indican:

- a) Las acciones de inconstitucionalidad.
- b) Un Tribunal idóneo para decidir las.
- c) Principios informadores que se aplican para conformar un procedimiento eficaz que culmine con una decisión que se tome en un debido, justo y oportuno proceso constitucional.

<sup>4</sup> Gerardo Eto Cruz. “John Marshall y la sentencia Marbury vs. Madison”, en “Derecho Procesal Constitucional”, Tomo I. 3ª ed., México, Ed. Porrúa. 2002.

<sup>5</sup> Manuel Jiménez de Parga, “La Ilusión Política”, pág. 139, Alianza Editorial S.A. Madrid, 1993.

En consecuencia, puede afirmarse que la forma natural de solución de los conflictos constitucionales, derivados de la inconstitucionalidad de la ley, como ya se dijo, es el proceso, que, en lo que interesa a este trabajo, tiene relevancia en dos de sus etapas sucesivas, a saber: en la dictación de la sentencia que los decide y en su necesaria y posterior ejecución. Son los clásicos momentos jurisdiccionales denominados del juzgamiento y del cumplimiento que la Carta denomina en el artículo 76 facultad de juzgar y de hacer cumplir lo juzgado.

Recordemos que hasta la creación de los Tribunales Constitucionales con facultades de impugnar proyectos, inaplicar una ley o declararla inconstitucional, los Tribunales comunes calificados y reconocidos como los guardianes de la ley, y hay frases y citas célebres que lo confirman, carecían de la capacidad de inaplicarla por vicio de inconstitucionalidad.

Hoy puede decirse que en paralelo y manteniéndose en la competencia de la justicia común, la custodia de la aplicación efectiva de la ley, los Tribunales Constitucionales se han posicionado como los guardianes de la Constitución y precisamente en uso de las facultades que le otorga dicha categoría, es que pueden impedir que los Tribunales comunes apliquen como norma decisiva una ley inconstitucional al resolver un caso concreto o expulsarla del sistema, provocando su derogación, con lo cual ya no podrá ser nunca más aplicada por ningún órgano jurisdiccional de la República.

En esta parte general, también resulta útil tener presente que en los países que cuentan con un sistema de control difuso de constitucionalidad de las normas, son ellos mismos los que pueden inaplicar la ley en un proceso que tengan radicado, cuando el precepto legal que se invoca como norma decisoria litis, es inconstitucional.

En esta perspectiva, debemos precisar que nuestro constituyente optó por el establecimiento de un sistema de control concentrado y compartido y en lo que se refiere a la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, concreto y represivo, otorgando competencia privativa para resolverlo al Tribunal Constitucional.

En este trabajo se planteará como tesis, que para obtener la vigencia real y en plenitud de las disposiciones, valores y principios incorporados al texto de la Constitución mediante un proceso que resulte realmente eficaz para que la Constitución recupere su plena efectividad, vulnerada por un conflicto sub lite, ahora sometido a la jurisdicción de los tribunales constitucionales dentro de la órbita de sus respectivas competencias, resulta necesario, y, en ciertos casos imprescindible contar, durante su desarrollo e incluso antes de que se inicie, con medidas cautelares que garanticen el cumplimiento real de la sentencia que lo decida, lo que se traduce en asegurar efectivamente el principio de supremacía constitucional.

En este marco la reforma de la Constitución Política de la República del año 2005, como ya se dijo, amplió las facultades del Tribunal Constitucional, otorgándole en lo que interesa en esta ponencia, competencia para *“Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Consti-*

*tución*". En el pasado el ejercicio de esta facultad, con variantes, le correspondía a la Corte Suprema.

El constituyente, acertadamente, complementó esta atribución, asignando al mismo Tribunal Constitucional, conociendo de un proceso de inaplicabilidad, la potestad de "*resolver la suspensión del procedimiento*" en la gestión en que incide dicho proceso, esto es, consagró, en su propio texto, como medida cautelar la orden de no innovar, con el objeto de poder paralizar el proceso donde se generó el conflicto de constitucionalidad de la ley, incorporando así al sistema procesal un elemento necesario e indispensable para que la sentencia produzca los efectos previstos y deseados por la Carta Fundamental, al establecerla.

A lo que la Constitución denomina suspensión del procedimiento, lo llamaremos en el futuro, indistintamente orden de no innovar, término generalmente empleado en el derecho procesal para referirse a esta medida cautelar.

Ahora bien, para precisar la conexión procesal, entre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad y la orden de no innovar, debe reiterarse, como ya se dijo, que de ambas conoce privativamente el Tribunal Constitucional. La primera es de competencia del pleno, en tanto la segunda es de competencia de la sala designada para pronunciarse sobre la admisibilidad del requerimiento.

Como antecedente útil para el examen de esta institución procesal, en el marco actual de esta nueva atribución del Tribunal Constitucional, debe recordarse que la Constitución Política del año 1980 ya había considerado la procedencia de medidas cautelares al establecer normas para la sustanciación de los procedimientos constitucionales, de tal modo, que lo que ahora estamos comentando se encuentra en plena armonía con la preceptiva constitucional.

Con el objeto de examinar el entorno donde se ubica la suspensión del procedimiento en la inaplicabilidad, haremos una reseña de las principales medidas cautelares contempladas en la Constitución o en sus leyes complementarias.

### **Principales medidas cautelares contempladas en la Constitución o en sus Leyes Complementarias**

**a) Paralización de la Promulgación de una Ley Interpretativa de la Constitución, Orgánica Constitucional o de un Tratado que Contenga Materias Propias de Ley Orgánica, en el Control Preventivo de Constitucionalidad Establecido por el Artículo 93 N° 1.**

Al Tribunal Constitucional de acuerdo a la disposición invocada le corresponde ejercer el control preventivo y obligatorio de constitucionalidad de todas las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, las que tengan el rango de orgánicas constitucionales

y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, todo ello antes de su promulgación.

Enviado el proyecto al Tribunal para que ejerza el control preventivo de constitucionalidad en cumplimiento del mandato constitucional, abrirá proceso para pronunciarse sobre su constitucionalidad.

Concluido el examen de su contenido, el Tribunal Constitucional dictará sentencia, la que podrá declarar constitucionales las normas consultadas o inconstitucional todo el proyecto o algunos de sus artículos. Hará lo primero, cuando todas las disposiciones que contiene sean declaradas inconstitucionales, como también cuando el vicio incide en su núcleo central, en cuyo caso caerá en su totalidad.

Regulando el ejercicio de esta potestad y de acuerdo a lo previsto por el Artículo 35 de la Ley 17.997 en todo caso, devolverá el proyecto a la Cámara de origen al que se agregará la sentencia. La Cámara, si las normas del proyecto son declaradas constitucionales o solo algunas de ellas han sido declaradas inconstitucionales, pero el proyecto puede subsistir sin ella, se las enviará al Presidente de la República para su promulgación, con exclusión de aquellos preceptos que hubieren sido declarados inconstitucionales por el Tribunal, todo ello de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 36 de la citada ley. Si todo el proyecto es sentenciado como contrario a la Constitución, no hay ley.

En este caso, la cautela procesal dispuesta por la Constitución opera de pleno derecho y consiste en impedir que el Presidente de la República promulgue un proyecto de ley que contenga materias calificadas como orgánicas constitucionales o de aquellas otras que menciona el artículo 93, n° 1, mientras no se ejerza el control de constitucionalidad y se dicte sentencia por el Tribunal Constitucional, de conformidad o disconformidad del contenido del Proyecto o parte de él, con la Constitución.

No obstante, si lo hiciere en contravención a la disposición citada, el Decreto promulgatorio quedaría viciado y el propio Tribunal podría dejarlo sin efecto, de acuerdo a la facultad que le otorga el artículo 93, N° 8 que le da competencia para resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda, que sería el caso.

**b) Suspensión de la Promulgación de todo o parte de un Proyecto de Ley, requerido de inconstitucionalidad de acuerdo al artículo 93 N° 3.**

Esta norma otorga competencia al Tribunal Constitucional, debidamente requerido, para resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.

Esta atribución sólo puede ser activada por los sujetos constitucionalmente legitimados, los que fijarán en el requerimiento la o las materias en que en su opinión existan vicios de constitucionalidad y precisarán si durante la tramitación se planteó cuestión de constitucionalidad.

En el contexto del artículo 40 de la LOC del Tribunal, a fin de evitar que el proyecto de ley sea promulgado mientras no se dicta sentencia que dirima el conflicto de constitucionalidad, se dispone que su presentación no suspenderá la tramitación del proyecto, pero lo impugnado no podrá ser promulgado hasta la dictación de la sentencia o de la expiración del plazo que el Tribunal Constitucional tiene para dictarla.

Para dar efectividad a la medida cautelar prevista por el artículo que estamos examinando, recibido el requerimiento por el Tribunal, su Presidente comunicará este hecho al Presidente de la República para que se abstenga de promulgar la parte impugnada del respectivo proyecto, salvo en los casos previstos en las excepciones señaladas en el artículo 93 de la Constitución Política que se refieren al proyecto de ley de presupuesto y al de declaración de guerra propuesta por el Presidente de la República.

Debe entenderse que, si la inconstitucionalidad se refiere a todo el proyecto, el Presidente deberá abstenerse de promulgarlo en su totalidad.

En este control preventivo debe destacarse que los sujetos legitimados pueden requerir de inconstitucionalidad cualquier materia que se discuta durante la tramitación de un proyecto de ley, sea su naturaleza orgánica o común, siendo en este sentido más amplio que el control obligatorio mencionado en la letra precedente.

La medida cautelar produce efectos similares a la prevista en el control obligatorio de constitucionalidad, mencionado en la letra anterior, pero requiere a diferencia de aquella, para que produzca consecuencias jurídicas, de una comunicación del Presidente del Tribunal Constitucional al Presidente de la República, para que este se abstenga de su eventual promulgación, mientras se encuentre pendiente la tramitación del requerimiento. En otros términos, la Constitución por medio de esta medida cautelar resguarda el cumplimiento y eficacia de lo que decidirá en la sentencia.

En este caso, dado que la resolución que acoge a tramitación el requerimiento impide la finalización del proceso de formación de la Ley, a lo menos en parte, el Tribunal Constitucional deberá resolverlo dentro del plazo preclusivo de 10 días, pudiendo prorrogarlo hasta por otros 10 por motivos graves o calificados.

Por lo tanto, esta medida cautelar se materializa a partir de la comunicación que hace el Presidente del Tribunal al Presidente de la República, para que se abstenga de promulgar el proyecto o la parte impugnada. En ambas situaciones, la consecuencia prevista por el constituyente y por el legislador orgánico, se traduce en el impedimento que afecta al Presidente de la República para promulgar el proyecto de ley o parte de sus artículos mientras no se dicte la sentencia. En el primer caso, opera de pleno derecho y en el segundo, mediante la comunicación antes referida.

En síntesis estamos en presencia de una orden de no innovar establecida por la Constitución que impide la eventual promulgación de un proyecto de ley cuando ha sido objeto de un requerimiento de constitucionalidad y acogido a tramitación, persigue impedir que el proyecto se transforme en ley mientras esté pendiente el fallo del Tribunal Constitucional.

**c) Medidas Cautelares en los Procedimientos de Amparo de Garantías Constitucionales. Artículos 20, 21 y 19 N° 21.**

Dentro de nuestro sistema de control de constitucionalidad, concentrado y compartido, el amparo constitucional de las garantías contempladas en el N° 20 es de competencia de la Corte de Apelaciones respectiva, Tribunal al que la propia Constitución faculta para adoptar de inmediato “las providencias que juzgue necesarias para establecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”.

Según precisa Francisco Zúñiga Urbina, en su obra sobre acciones constitucionales, la orden de no innovar procede cuando el Tribunal lo juzgue conveniente para los fines del recurso.<sup>6</sup>

Por su parte, Raúl Tavolari en su trabajo sobre “Protección, Constitución y Cautela Judicial –la orden de no innovar en el recurso de protección–” expresa a propósito de la dimensión cautelar que la prohibición de innovar que esta adquiere en la acción constitucional de protección y, merced todavía, al alcance que la jurisprudencia y la práctica forense le ha conferido –así no más sea, por imprecisión terminológica– no me cabe dudas que deviene en cautela innovativa, como tanta otra posible, en la sustanciación de dicha protección.

Agrega que se congratula de comprobar que el profesor Soto Kloss, no obstante la distinción que advierte, entre suspensión y orden de no innovar –que creo haber precisado, deriva tan solo de algunos y no de todos los efectos de los institutos– al final arriba a mis mismas conclusiones, cuando reconoce que en protección, “cabe también, una fase cautelar, si se solicita y acoge una orden de no innovar (cautela que normalmente será conservativa, pero nada impide que también pueda ser innovativa si el caso aconseja al Tribunal así disponerlo...”<sup>7</sup>

Una situación similar ocurre con el amparo personal contemplado en el artículo 21 a favor de quien sufra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal o su seguridad individual.

También sucede lo mismo en el amparo económico contemplado en artículo 19 N° 21 complementado por la Ley 18.971.

Puede concluirse que en los casos en que los Tribunales deben pronunciarse sobre amparos constitucionales, las medidas cautelares que le otorga la Constitución son inherentes a su consagración en la Carta Fundamental.

Finalmente, cabe reiterar que los amparos constitucionales contemplados por los artículos 20 y 21 de la Constitución permiten a los tribunales competentes decretar todas las medidas que estimaren pertinentes para brindar la debida protección al afectado y reestablecer

<sup>6</sup> Zúñiga Urbina, Francisco y Perramont Sánchez, Alfonso, “Acciones Constitucionales”, Lexis Nexis, febrero 2003.

<sup>7</sup> Tavolari Oliveros, Raúl, “Protección constitucional y cautela judicial”, *La orden de no innovar en el recurso de protección*, Gaceta Jurídica, año 1992, octubre N° 148, pág. 25.

el imperio del derecho, lo que constituye un claro reconocimiento de la aplicación de las medidas cautelares en dichos procedimientos, según lo ha sostenido reiteradamente el profesor Lautaro Ríos, con quien en este tema concuerdo plenamente.

**d) Suspensión de las funciones de las autoridades individualizadas en el artículo 52, n° 2 cuando la Cámara de Diputados declara haber lugar a la acusación en concordancia con el artículo 53.**

La Constitución contempla la posibilidad de presentar acusaciones constitucionales contra las autoridades indicadas en el artículo de la referencia. Señalando que el acusado quedará suspendido de sus funciones desde el momento en que la Cámara de Diputados declare, hacer lugar a la acusación, suspensión que cesará al desestimarse la misma en el Senado, según se establece en el artículo 52, inciso final, de la Carta política.

Interpuesta la acusación el afectado no podrá ausentarse del país, sin permiso de la Cámara y no podrá hacerlo en caso alguno si la acusación ya estuviere aprobada por ella.

**e) Medidas cautelares en el procedimiento de desafuero parlamentario. Artículo 61.**

En lo relativo al fuero parlamentario el artículo 61 de la Constitución establece que solicitado el desafuero, y mientras este no sea acogido, el parlamentario se mantiene en el ejercicio de su cargo, con lo cual estamos en presencia de una medida cautelar no innovativa.

En este tema, resulta útil señalar que en diversas sentencias este Tribunal ha emitido interesantes pronunciamientos sobre la sustanciación de los procesos de desafuero, existiendo consideraciones que se refieren precisamente a la operación de medidas cautelares en ese contexto<sup>8</sup>.

**f) La cautela en la reclamación de nacionalidad. Artículo 12.**

Finalmente, cabe recordar lo dispuesto en el artículo 12 de la Constitución, que a propósito de la reclamación de nacionalidad establece que interpuesto el recurso se produce de pleno derecho la suspensión de los efectos del acto que motiva el recurso.

**g) Medidas cautelares establecidas en la tramitación de la inaplicabilidad, desde la Constitución de 1925 hasta la reforma del año 2005.**

Como es sabido, la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley era de competencia de la Corte Suprema.

La Constitución de 1925 no contemplaba expresamente la facultad de la Corte de decretar medidas cautelares y además disponía expresamente que la interposición del requerimiento no suspendía la tramitación del proceso, lo que fue reformado en el antiguo artículo 80 de la Carta de 1980.

En este entorno, también resulta útil recordar que dicha Constitución, al regular la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, expresamente le incluyó la facultad

<sup>8</sup> Ver, por ejemplo, sentencias del Tribunal Constitucional roles N°s 561, 568, 661 y 736.



de decretar la suspensión del proceso objeto de la pretensión como única forma de garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia.

Invocamos esta disposición ya derogada, puesto que es el origen directo de la facultad para ordenar la suspensión del procedimiento que la Carta del 2005 otorgó a este Tribunal y que es la materia de este trabajo.

#### **h) La suspensión del procedimiento en la inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Artículo 93.**

Que ubicados en este contexto, debemos reiterar la facultad que la Constitución le entrega a este Tribunal Constitucional en el artículo 93, en orden a resolver la suspensión del procedimiento en que incide el proceso de inaplicabilidad, partiendo del supuesto que, de acuerdo a los principios informadores del derecho procesal constitucional, la orden de no innovar establecida por la Constitución Política, como ya se dijese anteriormente, es en sí y en su esencia una medida cautelar, ya que se enmarca con su concepto y obedece a sus características.

Esta será precisamente la materia que se desarrollará a continuación en este trabajo.

## **II. Concepto, características y clasificaciones de las medidas cautelares**

Partiendo de la premisa que la suspensión del procedimiento establecida por la Constitución es una medida cautelar, para su acertado análisis resulta indispensable referirse muy brevemente a su concepto procesal, fijar sus **principales** características y referirse a sus **diversas** clases atendiendo a distintos puntos de vista.

### *1) Concepto*

Tradicionalmente las medidas cautelares se definen como el derecho que tienen las partes, especialmente el sujeto activo, para obtener del tribunal la dictación de una resolución que proteja y garantice el efectivo cumplimiento de la sentencia que decidirá el conflicto sometido a proceso.

Proporcionaremos dos definiciones típicas de estos actos procesales, una de la doctrina clásica italiana y la segunda del profesor Cristián Maturana.

En este contexto, el destacado maestro del derecho procesal Piero Calamandrei escribió que *“las providencias cautelares son aquellas resoluciones que se dictan durante el curso de un proceso y que tienen por objeto otorgar al actor la anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, para prevenir el daño jurídico que podría derivar del retardo en la dictación de la misma.”*<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Piero Calamandrei. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Pág. 45. Librería El Foro. 1996. Buenos Aires.

Por su parte, Cristián Maturana, en su obra sobre las medidas cautelares, expresa que: “para velar por la eficacia de la justa solución del conflicto en beneficio de aquél que tiene la razón y atenuar la irremediable consecuencia de que la justicia siempre debe tardar para llegar, por ser ineludible que la solución del conflicto a través de una sentencia definitiva emane de un debido proceso que nunca puede ser inmediato, se ha consagrado la existencia de la tutela provisional”.<sup>10</sup>

De los conceptos expuestos se desprende que toda medida tendiente a garantizar el cumplimiento de la sentencia es una medida cautelar, y desde esa perspectiva la suspensión del procedimiento en que incide el requerimiento de inaplicabilidad es una de ellas, pues busca asegurar los resultados de una eventual sentencia estimatoria de inaplicabilidad.

La medida cautelar, en el ámbito que corresponde regular al derecho procesal constitucional, tiene aplicación en un radio más amplio que las que se establecen en otras ramas de la disciplina, como por ejemplo, en el derecho procesal civil, penal, laboral o de familia.

Precisado lo anterior, corresponde a continuación fijar su concepto en el ámbito de los procedimientos constitucionales.

En este contexto, las medidas cautelares son los medios con que cuenta el constituyente, el legislador o el Tribunal Constitucional competente, para asegurar que en un proceso determinado sometido a la jurisdicción, se garantice el cumplimiento efectivo de la sentencia.

La actuación de un Tribunal Constitucional al resolver un conflicto por medio de un proceso debe contar con dichas medidas para garantizar el cumplimiento real de la sentencia. En efecto, como más adelante examinaremos, la dictación de la resolución jurisdiccional es insuficiente por sí misma para que la Constitución recupere su imperio, lo que sólo ocurrirá en la realidad cuando ésta se cumpla. Para que ello suceda, es necesario que la situación que generó el conflicto no haya sido objeto de otra resolución que lo impida.

El ejemplo más simple podemos encontrarlo en un proceso de inconstitucionalidad provocado en el caso que el contenido de una ley sea contrario a la Constitución. Esta podrá ser declarada, en primer término, inaplicable por sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional. Luego, en un proceso posterior podrá, de oficio o a petición de parte decidir su eventual inconstitucionalidad. Hasta este momento, en ambos casos, sigue aún siendo ley vigente y plenamente obligatoria.

En efecto, la solución real del conflicto se producirá cuando la sentencia se cumpla y en el procedimiento de inconstitucionalidad ello ocurrirá cuando la misma sea publicada en el Diario Oficial.

En el caso de la inaplicabilidad la situación es más compleja y es por ello que requiere de una mayor regulación. En este contexto normativo, en un proceso –gestión pendiente–

<sup>10</sup> Cristián Maturana Miquel. *Las Medidas Cautelares*, pág. 7. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2007.

existe la alternativa de que el Tribunal aplique como norma decisoria *litis* una ley afectada por un vicio de inconstitucionalidad, lo que en su momento podrá ser detectado por las partes o el propio Tribunal, que son precisamente los sujetos legitimados para requerir al Tribunal Constitucional, para que acoja el requerimiento a tramitación y si ello ocurre abra un proceso en el cual se determine su constitucionalidad.

Afinado el proceso, se dicta la sentencia definitiva por el Pleno del Tribunal Constitucional, pero puede ocurrir que en el intertanto, el proceso donde se produjo el conflicto constitucional –gestión pendiente– continúe su tramitación, se dicte sentencia en él e incluso se cumpla.

En este caso, una eventual y posterior sentencia constitucional de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no produciría ningún efecto y, por ende, se vulneraría en su esencia el principio de la supremacía que el constituyente protege a través de esta acción procesal.

Es por esta razón que la potestad de juzgar una eventual inconstitucionalidad debe necesariamente complementarse con la facultad del Tribunal Constitucional para decretar medidas cautelares que en este caso impidan la prosecución del proceso evitándose así el “choque de sentencias”, problema frecuente en los sistemas latinoamericanos.

Como puede observarse, resulta un complemento indispensable de la jurisdicción constitucional la implementación, en los procedimientos que la regulan, de medidas cautelares que garanticen su eficacia.

Esta es la razón que impulsó al constituyente chileno a conferir a una de las Salas del Tribunal Constitucional la atribución de decretar orden de no innovar, que se traduce en la suspensión del proceso en que la decisión producirá sus efectos.

Aunque el texto Constitucional es claro, en cuanto a la competencia de las salas para decretar esta medida, han surgido una serie de interrogantes que requieren respuesta, que fueron las que me impulsaron a formular algunas reflexiones en torno a ellas. Así por ejemplo, si la declaración de admisibilidad es un presupuesto previo para decidir la suspensión del procedimiento o si por el contrario ésta puede decidirse aun antes del pronunciamiento de admisibilidad; si el Tribunal debe decretarla a petición de parte o si pudiese actuar de oficio; si decretada puede dejarla sin efecto y si, hecho, puede posteriormente renovarlas. Todo ello incide en la eficacia de la sustanciación de los procesos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y debe ser anticipadamente conocido por los intervinientes del proceso constitucional para que éste logre su objetivo de ser debido y oportuno.

Desde el punto de vista jurisprudencial, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional de Chile ha determinado genéricamente su concepto, al razonar en las resoluciones de admisibilidad, con orden de no innovar, al siguiente tenor:

“Que la suspensión del procedimiento en una acción de esta naturaleza tiene

un carácter cautelar, es decir, busca asegurar el resultado de una eventual declaratoria de inaplicabilidad, que sin suspender el procedimiento, resultaría ineficaz, pues sus efectos eventualmente no podrían concretarse.”<sup>11</sup>

Finalmente, en el entorno de su concepto, podemos señalar que la orden de no innovar como medida cautelar es una expresión de “*humo de buen derecho*”, toda vez que garantiza al requirente que la situación procesal quedará en statu quo mientras todo siga igual. Es por ello que podemos concluir que la suspensión del procedimiento responde al concepto de medida cautelar, en este caso contemplada en la propia preceptiva constitucional como una tutela anticipada para asegurar el resultado del proceso.

## 2) Características

Las medidas cautelares, incluida la suspensión del procedimiento sobre la que versa este trabajo, presentan básicamente las siguientes características:<sup>12</sup>

- a) Forman parte de los momentos jurisdiccionales y según el principio informador aplicado por el constituyente o el legislador, pueden operar por el solo ministerio de la ley o por resolución judicial, siendo esta última la regla general.
- b) Deben ser declaradas u ordenadas por el tribunal competente en uso de su jurisdicción, especialmente en cuanto lo facultan para hacer ejecutar lo juzgado, ya que su objetivo es asegurar el cumplimiento efectivo de un futuro fallo y producirán su efecto excepcionalmente en los procesos constitucionales, como ya se dijo en ciertos casos, por el solo ministerio de la Constitución o de la ley.
- c) Las medidas cautelares pueden operar en tres momentos procesales:
  - 1) Antes de iniciarse un proceso de cualquier naturaleza. En este caso son denominadas medidas cautelares prejudiciales. No obstante, para que el Tribunal se pronuncie sobre su procedencia se abre un proceso distinto y complementario, que cuenta con un procedimiento preestablecido y que constituye una cuestión accesoria que queda dentro de aquellas a que se refiere la regla de la extensión de la competencia contemplada por el artículo 111 del Código Orgánico de Tribunales que permite al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre su procedencia. En los procedimientos civiles, penales y de familia se encuentran casos clásicos de aplicación de estas medidas. Así, por ejemplo, en el procedimiento penal la orden de detención o la adopción de otras medidas cautelares previstas por el Código Procesal Penal constituyen medidas de esta naturaleza.
  - 2) Pueden ser solicitadas como una petición anexa, lo que ocurre en el caso de

<sup>11</sup> Véase resoluciones de admisibilidad de las causas del Tribunal Constitucional de Chile roles números 698, 699, 742, 747, 753, 767, 790, 806, 810, 821, 944, 1034, entre otras.

<sup>12</sup> Véase Cristián Maturana Miquel, op. cit.

los procesos constitucionales y si se iniciaren por vía de requerimiento, deben solicitarse en su propio cuerpo como una petición accesoria, la que será objeto de una decisión específica.

- 3) Pueden ser solicitadas durante el desarrollo del proceso en cualquiera de sus fases.

d) El peticionario y a su turno el Tribunal deben argumentar y razonar, e incluso recibir a prueba si es necesario, para lograr convicción en torno a la procedencia de la medida.

En la inaplicabilidad debe justificarse el temor de que se pueda dictar resolución en el proceso donde se solicitó que no se aplique la ley por vicio de inconstitucionalidad.

Es por esta razón que siempre el Tribunal Constitucional vigilará el estado de la gestión pendiente.

e) La resolución que las concede debe ser fundada y, por la naturaleza de la materia que decide, es esencialmente modificable en tanto cambien las circunstancias que motivaron su procedencia, en aplicación del principio "rebus sic stantibus". En este contexto y de acuerdo a la clasificación de las resoluciones judiciales contemplada en el artículo 158 del Código de Procedimiento Civil es un auto motivado que no produce los efectos del desasimio ni de la cosa juzgada.

El fundamento que debe considerarse para decretarlas emana de los argumentos que esgrima el sujeto que las solicita, cuyo es el caso en la inaplicabilidad o, excepcionalmente, puede existir per se una norma habilitante de forma directa para que el Tribunal pueda hacerlo por sus propias consideraciones, caso frecuente en los procesos constitucionales.

f) En general, la sentencia que las decide, ya sea positiva o negativa, debe ser susceptible de revisión jurisdiccional, ello por razones de coherencia con la naturaleza de este tipo de medidas. No obstante, en aquellos casos en que la Constitución o la ley las contempla en forma obligatoria o aquellos en que solo exista un tribunal con competencia privativa para decidirla, como es el caso del Tribunal Constitucional, respecto de cuyas resoluciones no resultan concebibles recursos ante otros órganos jurisdiccionales, ellas se concederán en única instancia.

g) Si el Tribunal dicta una sola sentencia que incluya pronunciamiento sobre la medida cautelar, estamos en presencia de una sentencia integrada, toda vez que en la parte que la resuelva tiene, como se dijo, el carácter de auto, y en lo demás podrá ser una providencia o una sentencia, definitiva o interlocutoria según lo que se resuelva.

En el caso de los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se decide conjuntamente con la declaración de admisibilidad, donde se dará el caso de la sentencia integrada a que ya nos referimos en páginas anteriores.

- h) Su justificación radica en la existencia de “*periculum in mora*”, en cuanto sea de prever que de innovar el daño temido se transformaría en daño efectivo o se agravaría el daño ya ocurrido, de manera que la eficacia preventiva de la cautela resultaría prácticamente anulada o disminuida, en circunstancia que, como se dijo, es una parte integrante del poder jurisdiccional.
- i) La instrumentalidad de la cautela en relación con la sentencia definitiva implica que las medidas cautelares nunca constituyan un fin en sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior sentencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente. Nacen, por decirlo así, al servicio de la decisión definitiva, con el propósito de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito. La cautela nace en previsión, e incluso en espera, de una resolución definitiva posterior, en defecto de la cual no sólo no aspira a preservar, sino que está absolutamente destinada a desaparecer por falta de objeto.
- j) Deben ser coherentes con lo que se persigue por el actor en la pretensión que hace valer en el proceso.
- k) La medida cautelar debe ser idónea, en el sentido que sea cuantitativa y cualitativamente apropiada para el fin de garantizar la efectividad de la pretensión hecha valer.
- l) La medida cautelar debe ser proporcionada en relación con la petición formulada en el proceso.
- m) El actor debe asumir la responsabilidad en caso de no dictarse sentencia favorable a sus pretensiones por los daños y perjuicios causados por la medida en los casos previstos en la ley.
- n) la cautela expira normalmente por el cumplimiento de la sentencia y en forma extraordinaria en otras circunstancias previstas por la ley procesal, como ocurre con el desistimiento o el abandono del proceso.
- ñ) Debe existir una legalidad estricta en la configuración de las medidas cautelares personales y una consagración a lo menos genérica respecto de las cautelares reales innovativas.<sup>13</sup>

Respecto de la legalidad, la Constitución señala, en el artículo 7º que “Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”. En concordancia con el 19 Nº 26, referido a las potestades del legislador para regular los derechos fundamentales

<sup>13</sup> Son tales, según Cristián Maturana “aquellas que no persiguen conservar el estado de hecho existente al momento en que es decretada, sino tienen por objeto operar en vía provisoria o anticipada los efectos constitutivos e innovativos de la providencia principal para eliminar el daño que podría derivar del retardo con el cual ésta pudiera llegar a constituir tales efectos. Por ejemplo, el derribo de un árbol que ofrece peligro, ordenado por el juez en virtud de la denuncia de daño temido, o el otorgamiento de alimentos provisorios”.

se establece una garantía de reserva legal específica de los mismos en cuanto señala que “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. En consecuencia, se limita el marco de la acción legislativa, cuyos límites se ven garantizados por el instituto de la inaplicabilidad de la ley, que en tanto se refiera a derechos fundamentales, es una garantía jurisdiccional específica de los mismos frente al legislador.

Respecto a la aplicación del principio de legalidad a las medidas cautelares, el profesor Maturana señala que “no pueden adoptarse en contra de una persona a menos que expresamente se hayan previsto por parte del legislador, no siendo posible reconocer al juez, ni a ninguna otra persona que forme o no parte de otro Poder del Estado, ninguna facultad para los efectos de crear o modificar las medidas que expresamente haya previsto el legislador”, señalando un verdadero “**principio de la tipicidad cautelar**”. Desde esta perspectiva, las medidas cautelares de este tipo en el derecho chileno son otorgadas a petición de parte (por ejemplo, la generalidad de las medidas precautorias, las órdenes de no innovar en el artículo 192 del CPC, en el auto acordado sobre recurso de protección, la suspensión provisional de ejecución de obra nueva en los interdictos posesorios, la suspensión de la ejecución respecto de bienes objeto de tercerías).

### 3) *Clases*

Haremos a continuación una breve mención a las clasificaciones más comunes de las medidas cautelares:

1) Atendido a su fuente normativa pueden ser de origen constitucional, legal o judicial. Serán constitucionales aquellas que sean consecuencia de la aplicación de una norma expresa de la constitución, como por ejemplo las establecidas en el artículo 93 numerales 1º y 3º.

Son legales las que ordene la ley, como por ejemplo la incautación de los bienes del fallido en la ley de quiebras, y judiciales aquellas que emanan de una resolución judicial, pudiendo distinguirse entre las que expresamente autoriza la norma de procedimiento y aquellas que no estando contempladas de forma expresa pueden ser decretadas judicialmente.

Dentro de esta clasificación, la suspensión del procedimiento que estamos analizando es una medida judicial y específica, por estar incorporada expresamente al texto constitucional, pero requiere de una resolución del Tribunal para que la medida cautelar produzca efectos en el proceso donde se produjo la cuestión de constitucionalidad.

2) Atendido a la clase de relación procesal que se exige se clasifican en aquellas que requieren relación procesal simple o completa.

Las primeras, denominadas generalmente prejudiciales, deben ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando el proceso se encuentre abierto en fase de relación procesal simple, o sea, cuando no se haya deducido formalmente una pretensión sino que se invocan antecedentes suficientes para decretarla en esta etapa procesal.

Las segundas son las que se decretan con posterioridad al emplazamiento del sujeto pasivo.

La suspensión del procedimiento en los procesos de inaplicabilidad viene a ser una medida que requiere, a lo menos, de una relación procesal simple, esto es, entre el requirente y el tribunal, para poder ser decretada. En otros términos, puede decidirse afirmativamente antes del emplazamiento.

3) Atendiendo el impulso, las medidas cautelares judiciales pueden ser clasificadas como aquellas que se decretan a petición de parte y las que pueden ser concedidas de oficio. Es decir estamos diferenciando si requieren de petición de parte o si el juez, motu proprio y sin que medie solicitud, puede decretarlas por sí mismo. La ubicación en esta clasificación de la suspensión del procedimiento es una materia que está pendiente de decisión en las modificaciones a la ley orgánica del tribunal, no obstante, luego comentaremos sus posibilidades en este momento.

4) Atendiendo a su efecto, pueden clasificarse en innovativas y suspensivas. Son suspensivas, también llamadas conservativas, aquellas que persiguen mantener el statu quo existente al momento en que la misma es decretada, como por ejemplo el secuestro conservativo, que determina la indisponibilidad en cuanto a futura ejecución forzada de los muebles hoy existentes en poder del deudor<sup>14</sup>. En este grupo encontramos el secuestro, la retención, la prohibición de celebrar actos y contratos.

Las medidas cautelares innovativas son aquellas que tienen por objetivo, de forma provisoria o anticipada generar los efectos de la sentencia definitiva que acogería la pretensión del solicitante, a efectos de eliminar el daño que podría derivar del retardo de la misma, como sucede por ejemplo con los alimentos provisorios.

Dentro de esta clasificación la suspensión del procedimiento es una medida de orden suspensivo.

5) También pueden distinguirse las que producen efecto dentro del proceso en que son dictadas y las que producen efectos fuera del proceso, como es el caso de la orden de no innovar en el proceso de inaplicabilidad.

<sup>14</sup> Piero Calamandrei. Op. Cit., Pág. 48. Librería El Foro. 1996. Buenos Aires.



### III. La Orden de No Innovar

#### 1) *Antecedentes Generales*

La orden de no innovar se encuentra actualmente regulada y amparada por el derecho procesal y ubicada en las múltiples clasificaciones de los actos jurídicos procesales como un acto de cautela, destinado a garantizar efectivamente lo que se resuelva en una sentencia.

Esta orden requiere como presupuesto la existencia de un proceso pendiente donde pueda producir sus efectos.

Tratándose de la suspensión del procedimiento, en los procesos de inaplicabilidad, esta situación presenta una característica especial, ya que se requiere la coexistencia de dos procesos, uno aperturado por un requerimiento de inaplicabilidad en el que puede decretarse la medida y un segundo proceso seguido ante un tribunal ordinario o especial, en el cual la orden de no innovar produciría el efecto suspensivo.

Su consecuencia natural es la de paralizar la sustanciación del proceso donde está destinada a generar sus efectos la medida, mientras el mismo esté pendiente.

La orden de no innovar, por su eficacia, está contemplada en diversos procedimientos, tanto constitucionales como comunes.

Ahora bien, desde una perspectiva estrictamente constitucional, la orden de no innovar es una manifestación concreta del derecho a la tutela judicial efectiva, garantía que a este respecto, se vería burlada de no asegurarse las eventuales resultas del juicio. En efecto, y como antecedente relevante y referencia destacada, cabe señalar que en el derecho español, el artículo 24 de la Constitución de dicho Estado consagra el denominado “derecho a la tutela judicial efectiva”<sup>15</sup>, dentro de cuyo contenido se encuentran el “derecho a obtener una resolución sobre la petición deducida” y el “derecho a la ejecución de las sentencias y otras resoluciones firmes”, sin el cual “se convertirían las resoluciones judiciales y el reconocimiento de los derechos e intereses que ellas incorporan en meras declaraciones de intenciones”. En nuestro ordenamiento, podemos señalar que el derecho a la igual protección en el ejercicio de los derechos puede ser conceptualizado desde una perspectiva similar, pues se tutela por una parte la protección de los derechos de las personas, en orden a que aun en caso de que la ley no establezca procedimiento, de todas formas el afectado puede ocurrir ante de los órganos jurisdiccionales ordinarios, y por otra parte el que dicha protección sea igualitaria para todos<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Todas las referencias al derecho español en este caso se extraen de: “DERECHO CONSTITUCIONAL”. Balaguer Callejón, Francisco; Cámara Villar, Gregorio; López Aguilar, Fernando; Balaguer Callejón, María Luisa y Rodríguez Ángel, Tomo II, págs. 214 y sigs. (Capítulo XXI, redactado por Gregorio Cámara), editorial Tecnos, segunda edición, Madrid, año 2004.

<sup>16</sup> Ver en este sentido la pág. 141 del tomo II de “Los Derechos Constitucionales” de Enrique Evans de la Cuadra, en su tercera edición.

En ese marco, y recordando que la suspensión del procedimiento es en sí una medida cautelar, cabe señalar que dentro de la clasificación de las mismas Maturana enuncia a las “medidas cautelares conservativas”, que no son sino aquellas que “persiguen conservar el estado de hecho existente al momento en que es decretada, en espera y con el objeto de que sobre el mismo pueda la providencia principal ejercer sus efectos”. En el mismo orden, cabe señalar a continuación que los efectos aseguratorios “apuntan a mantener una situación adecuada para que, cuando jurídicamente puedan desarrollarse los efectos de la sentencia principal, puedan efectivamente hacerlo, sin obstáculos de difícil superación y con toda plenitud. Se trata pues de inmovilizar una situación de hecho, impidiendo que su alteración pueda frustrar luego el resultado práctico del proceso principal. Por otra parte, esta clase de medidas es la que aviene con la característica de homogeneidad y no identidad de las medidas cautelares con las ejecutivas y con el principio de mínima ingerencia en la esfera jurídica del demandado. Se trata en definitiva, de consolidar una determinada situación jurídico material correspondiente a la que está en vigor a la hora de entablar la demanda, pero en la medida que esta mantención no se traduzca en alguna forma de satisfacción de la pretensión.”<sup>17</sup>

Así conceptuada, no cabe duda alguna que la suspensión en análisis es una de dichas medidas, pues busca inmovilizar la marcha del proceso en el que incide la inaplicabilidad, a efectos de que ésta, en caso de ser acogida, no pierda eficacia.

## 2) *Concepto*

Es una resolución judicial cautelar destinada a suspender la tramitación del proceso donde está destinada a producir su efecto, para lograr a futuro el pleno cumplimiento de lo que finalmente se decida.

Su nombre responde efectivamente a lo que es. En efecto, se denomina orden de no innovar, porque en primer lugar es una orden y como ya se dijo puede emanar de la propia constitución, de la ley o de una resolución judicial, que constituye el caso más común y su efecto propio es el de suspender la sustanciación del proceso, que se paraliza mientras ésta tenga vigencia, todo lo cual responde a lo que se señala en la primera página de este trabajo, en cuanto a “*que nada se innove mientras esté pendiente el proceso*”.

En el contenido del derecho procesal tradicional, se presenta como un complemento indispensable para lograr la eficacia de la sentencia, que, por lo mismo, requiere de un pronunciamiento oportuno del tribunal competente para decidir.

Es de su esencia, como en toda la jurisdicción cautelar, que las decisiones que se pronuncien sobre ellas sean generalmente revisables, como ya se dijera a propósito de las clasificaciones.

<sup>17</sup> Gonzalo Cortez M. Artículo La Reforma del Proceso Cautelar. Págs. 528 y 529. Libro Justicia Civil y comercial: Una reforma pendiente. Bases para el diseño de la reforma procesal civil. Pontificia Universidad Católica de Chile. Libertad y Desarrollo. Universidad Autónoma de Madrid. Noviembre 2006.

Se define como una medida cautelar que se encuentra subordinada a un proceso principal, asegurando la eficacia del fallo que posteriormente se dicte en él.

Ricardo Reymundín, en su obra especializada “LA PROHIBICIÓN DE INNOVAR COMO MEDIDA CAUTELAR”<sup>18</sup>, luego de efectuar un profundo análisis histórico, concluye que la piedra angular del aforismo “*lite pendente nihil innovetur*” “estriba en que el mismo se dirige al mantenimiento o conservación del statu quo existente al día de la citación del demandado, y siendo así, sólo puede versar sobre el estado de hecho o de derecho o sobre el estado propio de la cosa litigiosa”<sup>19</sup>, y recuerda que la orden de no innovar obedece a “la vigencia de dos principios rectores: el principio de la igualdad de las partes y el principio de la actuación de buena fe.”<sup>20</sup>.

La suspensión del procedimiento está destinada a impedir que se innove en el proceso donde producirá efecto la sentencia, y como sostiene Reymundín, tienen su fundamento “la necesidad de mantener el estado material de la cosa litigiosa o la situación de hecho existente en el pleito (*statu quo ante bellum*); tienen por finalidad que el demandado no altere el estado, la situación de hecho, etc.”, agregando que son medidas de carácter conservativo, y que cuando esté por producirse un cambio en la situación de hecho litigiosa por obra de una de las partes, “el orden jurídico apronta de inmediato los medios idóneos para mantener o restablecer ese estado”<sup>21</sup>.

Esta posición la sostiene Francesco Carnelutti, en cuanto afirma que con esta medida se logra “conservar (inmovilizar) una situación de hecho, para impedir los cambios en la misma, que podrán frustrar el resultado práctico del proceso principal”.

Cabe señalar que la orden de no innovar es una tutela que “tiende a mantener el “*statu quo bellum*” durante el desarrollo del proceso (prohibición de innovar) y comprende todas las providencias que el juez puede dictar, sea para impedir que se innove, sea para obtener la necesaria reposición de las cosas a su estado anterior”<sup>22</sup>.

Finalmente, cabe destacar que presenta similar caracterización que el resto de las medidas cautelares.

### 3) Presupuestos para su procedencia

En primer lugar, como toda medida cautelar, debe acreditarse que la situación procesal pueda verse alterada, y en segundo lugar, que ello implica la existencia de un riesgo efectivo para el cumplimiento de una eventual sentencia que acoja la pretensión del solicitante, lo que usualmente se denomina “*periculum in mora*”.

<sup>18</sup> Ricardo Reymundín, “LA PROHIBICIÓN DE INNOVAR COMO MEDIDA CAUTELAR”, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, 1979.

<sup>19</sup> Id. Ant., pág. 47.

<sup>20</sup> Id. Ant., pág. 52.

<sup>21</sup> Id. Ant., págs. 75 y 89.

<sup>22</sup> Id. Ant., pág. 138.

Además, como *condictio sine qua non*, la ley debe contemplar la posibilidad de decretar medidas cautelares, en lo que, como ya se viera, constituye el principio de legalidad de las mismas.

Analizada desde un punto de vista constitucional, la orden de no innovar tiende a mantener la igualdad de las partes, la que es considerada como una necesidad, situación que a juicio del profesor Osvaldo Oelckers<sup>23</sup>, “está protegida por la garantía constitucional de igualdad ante la ley consagrada en el Art. 19 N°2 y 3 inciso 5°”, quien agrega que correspondiendo al legislador establecer las garantías del racional y justo procedimiento, precisa Oelckers que el mismo “se logra si existe un equilibrio en los derechos de cada una de las partes en el proceso. Se atenta en contra de dicha garantía si una de las partes con su conducta evita ser alcanzada con los efectos prácticos de la sentencia que en el futuro se dicte. En el fondo si producto de sus propias conductas hace ilusorio el cumplimiento efectivo de dicha sentencia.”.

La orden de no innovar, es, además, una medida de carácter accesorio a la acción o recurso en que sea promovida.

Por otra parte, al contrario de lo que podría pensarse, el otorgamiento de una orden de no innovar no es un prejuzgamiento de la cuestión principal como consta en el citado trabajo de Oelckers a este respecto, sino sólo una medida que asegura el cumplimiento de una sentencia futura, concluyendo cuando la misma sea dictada.

También debe recordarse que esta orden responde a los efectos que se incluyen en la garantía de un debido proceso, respaldado en nuestro sistema por la garantía contemplada en artículo 19 N° 3 de la Constitución, en cuanto establece las garantías de legalidad del tribunal y legalidad del proceso, además de encomendar al legislador el establecimiento de las garantías del racional y justo procedimiento e investigación.

Estamos en presencia de una clásica medida cautelar que hoy tiene un amplio reconocimiento, tanto en la cátedra especializada como en la regulación positiva en la que tiene aplicación.

En Chile, en la obra de Juan Carlos Marín González<sup>24</sup>, se reconoce expresamente que la orden de no innovar contemplada en los recursos de protección, apelación, hecho, en procedimientos penales y en la inaplicabilidad por inconstitucionalidad es una medida cautelar, puesto que, como se dijo, responde justamente a su concepto.

En la América del Sur, Ricardo Reimundín publicó en la Revista de Derecho Procesal Argentina de 1943, un ensayo acerca de la “prohibición de innovar en el estado de la cosa o derecho litigioso”.

El autor en 1979 publica, como ya se observó, su obra especializada, que denomina

<sup>23</sup> Osvaldo Oelckers, “LA ORDEN DE NO INNOVAR EN MATERIA PROCESAL ADMINISTRATIVA”, XXXI Jornadas Chilenas de Derecho Público, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, volumen 63, año 2002.

<sup>24</sup> Ver Juan Carlos Marín González, “Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. Doctrina, jurisprudencia y Derecho comparado”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

“Prohibición de innovar como medida cautelar”, considerándola como una especie dentro de las medidas cautelares. En este sentido, presenta caracteres y elementos diferentes a las medidas cautelares generales.

#### **IV. La Orden de No Innovar en el Proceso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de Competencia del Tribunal Constitucional**

##### *1) Concepto*

La Constitución, a este respecto, expresa en su artículo 93 que es atribución del Tribunal Constitucional “Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución;” y que “Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.”

A base de las disposiciones constitucionales invocadas anteriormente, podemos conceptualizarla como la facultad que tiene el Tribunal Constitucional, representado por una de sus salas, para suspender la tramitación de un proceso seguido ante otro órgano jurisdiccional, hasta tanto no se decida el requerimiento de inaplicabilidad sometido a su conocimiento.

Este concepto tiene pleno reconocimiento en la Constitución Política, puesto que constituye un ingrediente necesario para el ejercicio de la jurisdicción a través del debido proceso en la sustanciación de un requerimiento por inaplicabilidad de la ley.

En efecto, el artículo 76 de la Constitución Política, al establecer la jurisdicción como un poder-deber y fijar los momentos de su ejercicio, incluye claramente en el momento del cumplimiento de la sentencia la necesaria cautela anticipada para que su efecto no sea burlado. No se concibe la facultad de hacer ejecutar lo juzgado si el tribunal al final del proceso ve frustrada su decisión por hechos o actos que le impiden su logro.

En lo que nos interesa, esto significa que se suspende la tramitación del proceso en que incide la inaplicabilidad, ya que si en él se dictase sentencia, la posterior resolución del Tribunal Constitucional carecería de sentido por no poder cumplirse y se produciría una verdadera confrontación de sentencias.

También debe tenerse presente que el deber de la jurisdicción, que emana de la regla de la inexcusabilidad contenida en el inciso 2 del artículo 76, que compensa la prohibición del castigo y la autotutela de los derechos, implica que la sentencia decisoria logre su efecto natural, cual es la solución real del conflicto, lo que no se lograría si la sentencia de inaplicabilidad del Tribunal Constitucional se dictara con posterioridad a la del Tribunal de la causa en que incide la misma.

Lo expresado se concretiza en el concepto y valores del debido proceso establecido como garantía en el artículo 19 número 3º, toda vez que no puede pensarse en un procedimiento racional y justo en tanto no se garantice el cumplimiento de la sentencia. Por ello resulta imprescindible que el tribunal cuente con la facultad de decretar medidas cautelares, en la especie que nos interesa, es la posibilidad que tiene el Tribunal Constitucional para resolver la suspensión del procedimiento.

En consecuencia, la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, cuando para lograrlo requiera de un debido proceso, implicará siempre la facultad del juez para cautelar provisoriamente la eficacia de su decisión.

En este contexto debe aplicarse, estudiarse e interpretarse la facultad que le entrega la Constitución al Tribunal Constitucional para “resolver la suspensión del procedimiento”.

## *2) Sus presupuestos*

Para que pueda aplicarse la preceptiva constitucional en estudio, deben concurrir los siguientes presupuestos:

1. Que se encuentre en actual tramitación un proceso seguido ante un tribunal ordinario o especial, en el que eventualmente pueda tener aplicación un precepto legal de carácter decisivo para la solución de ese conflicto, cuya aplicación pudiese ser contraria a la Constitución a juicio del Tribunal o de las partes.
2. Que se abra respecto de dicho precepto legal un proceso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ante el Tribunal Constitucional, para lo cual se exige la concurrencia de los siguientes actos procesales:
  - a) que alguna de las partes del proceso o el juez, en su carácter de sujetos legitimados directamente por la Carta Fundamental, presente un requerimiento ante el Tribunal Constitucional solicitando la inaplicabilidad del precepto susceptible de ser aplicado en dicha causa.
  - b) que el Tribunal le dé curso progresivo, lo que acaece cuando su Presidente, en uso de sus atribuciones, estimando que concurren los requisitos habilitantes, lo remite a una de sus salas, lo que produce como su natural efecto la apertura del proceso de inaplicabilidad, en el que a continuación la respectiva sala deba confirmar su procedencia y pronunciarse sobre su admisibilidad.

Distribuida a una de las salas, ésta debe examinar el cumplimiento de los requisitos que establecen la Constitución o la ley para su procedencia y podrá no darle curso o pronunciarse sobre su admisibilidad.

Si la sala tiene dudas sobre la admisión a trámite ordenada por el Presidente, porque a juicio de sus integrantes el requerimiento no cumple los requisitos de forma del artículo 39 de la Ley Orgánica del Tribunal, en aplicación del artículo 41 de la misma puede no admitirla a trámite por resolución fundada, tras lo cual el requirente podrá, dentro del plazo de tres días, complementar y aclarar su requerimiento, como igualmente, podrá la sala a continuación, in limine, decidir que no se acoge a tramitación por considerar no se dio cumplimiento a lo dispuesto por las normas referidas.

Para ello, tanto el Presidente como la sala deberán considerar sólo aspectos formales, tales como la legitimidad activa del requirente, el patrocinio y poder para comparecer y el cumplimiento de los requisitos de forma del requerimiento.

Este punto tiene especial importancia para decidir, a falta de ley, si la sala respectiva puede decretar, en esta fase, la suspensión del procedimiento, o sea, entre la resolución que da curso y la que se pronuncia de la admisibilidad previa, lo que se examinará posteriormente.

- c) luego, la sala a la cual fue distribuido el proceso, ya admitido a tramitación, debe pronunciarse, como ya se dijo, sobre su admisibilidad, debiendo controlar si el requerimiento cumple con los requisitos que contempla el inciso 11 del artículo 93, que ya fueron señalados anteriormente.
- d) declarada su admisibilidad, el Tribunal se pronunciará sobre la petición de suspensión de la tramitación del proceso donde incide el ejercicio de la acción, si no lo hubiere hecho antes.

Según el tenor literal del citado inciso 11 del artículo 93, para resolver la suspensión la constitución exige que el requerimiento debe estar interpuesto, lo que abre la alternativa que entre la interposición y la admisibilidad pueda decretarse la suspensión del procedimiento.

Lo normal es que el tribunal se pronuncie sobre la orden de no innovar a continuación de su declaración de admisibilidad. Si la sala tiene dudas es posible que una vez declarado admisible se oigan alegatos acerca de la suspensión. En cualquiera de las tesis, para decretar la suspensión, el requerimiento ha de estar dotado de fundamento plausible.

- e) que se encuentre acreditado que existe una gestión pendiente ante tribunal ordinario o especial.
3. Que el proceso que da origen al requerimiento se encuentre pendiente, o sea, que no exista dictada en él una sentencia ejecutoriada. Está pendiente desde que se inicia

y hasta que la sentencia que lo decide esté ejecutoriada, a menos que la inaplicabilidad se genere y plantee en la fase de cumplimiento.

Es en este contexto donde cobra importancia la orden de no innovar.

## **V. Materias vinculadas a la suspensión del procedimiento que resulta de interés destacar en este trabajo**

### ***1) Concepto de parte para la aplicación del artículo 93 N° 6 de la Carta Fundamental***

El concepto de parte en un proceso constitucional, a falta de regla especial, debe asimilarse al regulado por el libro I del Código de Procedimiento Civil, que reconoce la existencia de partes principales y de terceros partes, que pueden actuar como coadyuvantes, excluyentes o independientes.

A estos, la doctrina los denomina correctamente partes tardías, considerando que a todos ellos les afectará lo que dispone la sentencia y que se caracterizan, a diferencia de las partes principales, porque se incorporan con posterioridad al proceso.

A su turno, la parte puede estar compuesta por una o más personas, en atención a que el Código de Procedimiento Civil destina el Título III del Libro I a la regulación de la pluralidad de partes.

Es por lo anterior que concluimos que tanto las denominadas partes como los llamados “terceros” son los sujetos legitimados a los que se refiere la Constitución Política en el artículo 93 al establecer las bases del proceso de inaplicabilidad.

### ***2) El juez como sujeto legitimado para solicitar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad***

La constitución señala que, en el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por “el juez que conoce del asunto”.

En el ámbito del derecho procesal se distingue claramente entre los conceptos de Tribunal y Juez. Tribunal es el órgano que ejerce jurisdicción, y es juez la persona natural que actúa en su representación, ya sea en forma unipersonal o conjuntamente con otros jueces, en el caso de los tribunales colegiados.

Tanto la Constitución como las leyes ocupan indistintamente y, a veces, erróneamente dichos conceptos, lo que en la especie nos llama a distinguir situaciones posibles de aplicar para determinar quién se encuentra legitimado al tenor de la norma que estamos comentando.



Tratándose de un tribunal unipersonal, no cabe ninguna duda que es el juez que se desempeña en ese tribunal el legitimado para requerir, puesto que para estos efectos se identifica el tribunal con su juez y también cabe preguntarse si en el caso de ser cambiado el juez, puede llegar a desistirse de requerimiento de inaplicabilidad de su antecesor o si no se da tal posibilidad.

Mas el problema se plantea en los tribunales colegiados, toda vez que si aplicamos literalmente la expresión juez, debe entenderse que tienen legitimación activa cualquiera de los miembros que lo componen. En cambio, si se interpretase la Constitución en el sentido que la expresión “juez” está considerada como tribunal, se requeriría acuerdo del pleno o de la sala respectiva.

Al respecto, la constitución habla del juez que conoce del asunto, lo que podría interpretarse literalmente en el sentido de que solo puede conocer de lo debatido en el proceso el Tribunal como tal, indistintamente de los jueces que lo integren.

Pero, efectuando una interpretación sistemática de la carta, podría igualmente concluirse que si cualquier juez de un tribunal colegiado tiene dudas acerca de la constitucionalidad de una norma que pudiere resultar decisiva en el caso, tendría derecho a plantear, independientemente de la voluntad de sus pares, una cuestión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Se espera que la ley orgánica por dictarse precise una solución efectiva que responda a esta interrogante.

### *3) Oportunidad procesal en que puede solicitarse la suspensión.*

Recordemos que las fases de tramitación de la inaplicabilidad son las siguientes:

3.a) iniciación: debe iniciarse siempre por requerimiento de un sujeto legitimado.

3.b) admisión a trámite: como ya se dijo, se admite a tramitación cuando el requerimiento contiene los requisitos formales y le corresponde al presidente del Tribunal Constitucional verificarlo en la primera fase y finalmente a la sala.

Ello implica la dictación de una providencia en que sometiéndolo a tramitación se designa la sala que debe conocer y pronunciarse sobre su admisibilidad y eventualmente de la orden de no innovar.

Cabe reiterar que en esta oportunidad, con anterioridad a decidirla, podrá a su vez la Sala no darle curso o aplicarle lo previsto por los artículos 39 y 41 de la ley orgánica del Tribunal, en términos de que si el requerimiento no señala específicamente los fundamentos de la cuestión, las normas constitucionales infringidas y cómo se produce la infracción, no lo admite a trámite, en cuyo caso el requirente dispone de 3 días para corregir su libelo.

3.c) Admisibilidad: la sala se pronunciará declarando admisible o inadmisibile el requerimiento.

3.d) Fase de decisión: el requerimiento pasa al tribunal pleno, el que, previa vista de la causa, dictará sentencia definitiva, acogiéndolo o rechazándolo.

Ahora, lo que deberá determinarse en este capítulo es la oportunidad en que los sujetos legitimados pueden hacer uso de la facultad de solicitar la suspensión del procedimiento.

Lo normal es que lo hagan como una petición accesoria en el requerimiento, lo que provocará una inmediata decisión, de carácter integrado, de la sala designada para conocerlo, la que sólo se pronunciará sobre la suspensión en el evento de declararlo admisible.

El problema se presenta en orden a si la petición de suspensión puede hacerse en otras oportunidades procesales, entre las cuales destacan las siguientes:

1) Como medida prejudicial antes de la presentación de un requerimiento.

Aplicando las reglas generales, todo proceso puede iniciarse por la demanda, que es el requerimiento en este caso, o por medidas prejudiciales, cual sería el caso de la suspensión del procedimiento.

Esta situación aparentemente no se encuentra regulada actualmente, pero si se aprueba el texto de la modificación de la ley orgánica del Tribunal, deberá ser solicitada “en el requerimiento o con posterioridad”, lo que eliminaría la alternativa de hacerlo antes de ser presentado el mismo. No obstante, el autor del presente texto encuentra zanjada esta interrogante por el inciso undécimo del artículo 93 de la Carta fundamental, que establece que la suspensión del procedimiento será resuelta por la misma sala a la que corresponda resolver acerca de la admisibilidad. Lo anterior implica que debe haber una sala designada para conocer acerca de la admisibilidad, situación que no podrá configurarse antes de ser presentado el requerimiento.

2) Entre la resolución que lo distribuyó a la sala y la resolución que declara admisible.

En otros términos, si puede ser solicitada a la sala a que fue distribuido el requerimiento y antes de que se declare la admisibilidad, posibilidad que sí podría quedar comprendida en el texto de la nueva ley, al señalar la misma, que la exigencia es que exista un requerimiento presentado, lo que es acorde también con la norma constitucional antes referida, que solo exige que se encuentre determinada la sala que va a conocer acerca de la admisibilidad.

3) Con posterioridad a la resolución que declara la admisibilidad.

En este caso se parte de la base que el requirente no la solicitó en su presentación, pretendiendo invocarla con posterioridad a la declaración de admisibilidad. El actual procedimiento no contempla normas claras a este respecto, sin embargo la Carta fundamental sólo establece la oportunidad a partir de la cual puede solicitarse, lo que está en armonía con el texto de la modificación a la ley orgánica que lo contemplaría expresamente al disponer que es posible solicitarla “en el requerimiento o con posterioridad”, lo que en nuestra opinión respalda el derecho de solicitarla en esta etapa procesal.

4) Facultad para renovar la solicitud de orden de no innovar que fuere denegada por una resolución de la Sala competente.

En este caso estamos enfrentados a una reiteración de la petición de la orden de no innovar, que dentro de los principios aplicables a las medidas cautelares, debe ser considerada si cambian las circunstancias.

En efecto, si se aportan nuevos antecedentes, resulta natural que una medida denegada pueda ser reconsiderada, en concordancia con lo expresado en este trabajo, en el que se señala que las resoluciones recaídas en medidas cautelares son provisorias y revocables. Esta posición coincide con el texto del proyecto de ley orgánica del Tribunal, que reconoce tal carácter, lo que constituye una excepción a la regla general contemplada por la preceptiva constitucional y legal orgánica en orden a que las resoluciones del Tribunal Constitucional no son susceptibles de recurso alguno. La excepción se funda en que la denegatoria se sustentó en los antecedentes que fueron tenidos a la vista al momento de revisar la petición, los que posteriormente cambian.

5) Facultad del Tribunal Constitucional para decretar la suspensión, o dejarla sin efecto, de oficio.

En primer término, debe considerarse los casos en que el Tribunal puede actuar de oficio, contando generalmente para ello norma expresa, como por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 93 número 7 de la Carta Fundamental.

Tratándose de la inaplicabilidad, no existe norma legal ni constitucional que regule esta situación. Es por ello que para formular una opinión sobre el tema, resulta conducente examinar la evolución histórica del instituto de la inaplicabilidad, pues la suspensión del procedimiento ha sufrido cambios a lo largo de la historia. En efecto, el artículo 86 de la Constitución de 1925 disponía que el requerimiento “...podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación”, con lo cual la norma establecía expresamente la improcedencia de la suspensión del procedimiento.

Dicha situación, como ya se viera antes, es modificada en la redacción final de la carta de 1980, que en su texto originario señalaba en su artículo 80 “...pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento”, consagrándose por primera vez la posibilidad de suspender, sin que se señalara en la norma constitucional si dicha facultad debía ser ejercida de oficio o a petición de parte, para lo cual vale el argumento de que al no existir norma expresa que faculte a actuar de oficio debe estarse a lo dispuesto en el mismo orden por el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales, en tanto señala que “*Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio*”.

La reforma de la ley 20.050 agregó a la normativa vigente, la competencia de las salas para “resolver” dicha suspensión, pero sin señalar expresamente si es procedente de oficio, situación que en el proyecto de reforma a la ley orgánica del Tribunal Constitucional es zanjada al permitirse expresamente a la sala competente otorgar de oficio la suspensión siempre que exista motivo fundado.

6) Si decretada por el Tribunal puede ser dejada sin efecto, y si ello ocurre, si posteriormente pudiere ser renovada.

Por las mismas razones planteadas anteriormente, atendido su carácter de tutela provisoria y revocable, no habría inconveniente en ello siempre que se acredite el cambio de las circunstancias motivantes.

*Terminado de escribir en Alta Flor, Lago Ranco, marzo de 2008.*