

LIMITANDO AL LEGISLADOR ONNIPOTENTE. EL RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LA LEY EN LA CONSTITUCIÓN DE 1925 DESDE LAS TEORÍAS SOBRE EL ORIGEN DEL JUDICIAL REVIEW

[Limiting the omnipotent legislator. The remedy of inapplicability of the law in the Constitution of 1925 from the theories on the origin of judicial review]

Cristian VILLALONGA TORRIJO* 

Sebastián SOTO VELASCO** 

Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN


El recurso de inaplicabilidad de la ley por inconstitucionalidad, establecido en la carta fundamental de 1925 en Chile, es uno de los primeros mecanismos de revisión judicial de la ley explícitamente incorporado en un texto constitucional latinoamericano. Sin embargo, sabemos poco acerca del origen de su establecimiento. La historiografía jurídica ha realizado un análisis más bien descriptivo orientado a entender sus elementos dogmáticos, sin que exista un estudio sistemático enfocado en las motivaciones de los constituyentes.

ABSTRACT

The appeal for inapplicability of the law due to its unconstitutionality, established in the Constitution of 1925 in Chile, is one of the first judicial review mechanisms explicitly incorporated in a Latin American constitution. However, we know little about the origin of its establishment. Legal historiography has carried out a rather descriptive analysis aimed at understanding its dogmatic elements without a systematic study focused on the motivations of the drafters. The article examines the constituent commission records, testimonial texts, and

RECIBIDO: 30 de abril de 2025 | ACEPTADO: 03 de octubre de 2025 | PUBLICADO: 31 de diciembre de 2025

* Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Derecho y Ph.D. en Jurisprudence and Social Policy por la Universidad de California, Berkeley. Correo electrónico: cvillalt@uc.cl.  <https://orcid.org/0000-0001-5018-861X>.

** Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad de Chile y Máster en Derecho por la Universidad de Columbia. Correo electrónico: jssoto@uc.cl.  <https://orcid.org/0000-0001-7931-5037>.

El artículo examina las actas de la comisión constituyente, textos testimoniales, así como otras fuentes de la época para entender que condujo a los redactores de la constitución a establecer este recurso. Con este propósito, interpreta aquellas fuentes a la luz de cuatro teorías recientes sobre el surgimiento del judicial review: la repuesta funcional frente al cambio de régimen político (e.g., Guarnieri y Pederzoli), las señales de compromiso económico-institucional (North y Weingast), la preservación de la hegemonía (Hirschl) y el seguro político (Ginsburg). Finalmente, el artículo propone que los constituyentes concibieron este recurso tanto para restringir la influencia del Congreso, como para servir de un seguro político que les permitió alcanzar acuerdos frente a una definición del derecho de propiedad y el rol económico del estado.

PALABRAS CLAVE

Cambio constitucional–Constitución de 1925 inaplicabilidad–revisión judicial de constitucionalidad.

other sources of the period to understand what led the drafters of the Constitution to establish this writ. With this purpose, it interprets those sources in the light of four recent theories on the emergence of judicial review: the functional response to a political change (e.g., Guarnieri y Pederzoli), the economic-institutional commitment (North and Weingast), the preservation of hegemony (Hirschl) and political insurance (Ginsburg). Finally, the article proposes that the constituents conceived this resource both to restrict the influence of Congress and to serve as political insurance that allowed them to reach agreements regarding a definition of property rights and the state's economic role.

KEY WORDS

Constitution making – Constitution of 1925 – inapplicability – judicial review.

INTRODUCCIÓN

¿Por qué los constituyentes de 1925 establecieron el recurso de inaplicabilidad? Aun cuando este recurso es el primer mecanismo de control judicial de constitucionalidad de la ley en nuestro país, y uno de los primeros a nivel latinoamericano, sabemos poco acerca de su origen. Pese a que la literatura jurídica ha dado cuenta de las características dogmáticas ideadas por el constituyente y de su fuente de inspiración en el constitucionalismo norteamericano,¹ ignoramos las motivaciones institucionales por las que la comisión redactora del texto finalmente adoptó este mecanismo. Las razones de aquel vacío historiográfico radican en que las fuentes son escasas y, como resulta habitual en los procesos de redacción constitucional, la discusión fue más bien pragmática.

Para dilucidar las motivaciones para el establecimiento del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley (en adelante, recurso de inaplicabi-

¹ NAVARRO, Enrique, “Notas sobre la evolución histórica del control de constitucionalidad de las leyes en Chile,” *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 22, 2 (2010) 1236-1238; CASTILLO VALENCIA, Orlando, *Orígenes e historia del recurso de inaplicabilidad ante la Corte Suprema* (Santiago: Tribunal Constitucional, 2021) 51-71; SALEM, Catalina, *La acción de inaplicabilidad en el derecho chileno: su incidencia en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial*. Tesis de Doctorado en Derecho (Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2024).

lidad) el presente artículo reinterpreta las fuentes históricas como las actas de la subcomisión redactora, textos testimoniales de los protagonistas políticos, literatura secundaria sobre el periodo, obras doctrinales producidas en los años inmediatamente posteriores y la primera jurisprudencia de la Corte Suprema. Para ello, revisamos estas fuentes a la luz de distintas teorías sobre el origen del *judicial review* surgidas recientemente en el ámbito del derecho público comparado y las ciencias políticas. Con este propósito, hemos seleccionado cuatro teorías que nos resultan plausibles para ayudarnos a entender aquellas motivaciones: a) la búsqueda de coherencia del sistema jurídico desde una perspectiva funcionalista (e.g., Guarnieri y Pederzoli)², b) las señales de compromiso económico-institucional con la propiedad privada (North y Weingast)³, c) la preservación de la hegemonía por parte de un régimen que observa su declive (Hirschl)⁴ y d) el seguro político que permite bajar los costos de transacción durante el proceso de redacción de un nuevo texto constitucional (Ginsburg)⁵.

Este artículo argumenta que tanto la tesis funcionalista como la idea del seguro político parecen explicar, conjuntamente, el origen de nuestro recurso de inaplicabilidad durante la redacción del texto constitucional de 1925. Por una parte, la idea de una respuesta funcional al cambio de régimen político, en este caso desde el parlamentarismo al predominio presidencial, da cuenta de buena parte su establecimiento. En concreto, este recurso habría permitido terminar con la asentada opinión de que el Congreso poseía la iniciativa exclusiva para interpretar la constitución, la que parecía inaceptable en aquel momento histórico. Asimismo, esta explicación también se ve complementada por la teoría del seguro político, la que permite entender que este recurso también operó como una especie de garantía que aumentaba el valor de los acuerdos y reducía la incertidumbre respecto del futuro del nuevo texto constitucional. Así las cosas, este recurso habría contribuido a destrabar la discusión de la subcomisión redactora en una materia relevante: el derecho de propiedad. De esta manera, el recurso de inaplicabilidad se situaría al centro del debate constitucional de 1925.

El artículo desarrolla su argumento conforme a la siguiente estructura. En primer lugar, presenta sucintamente las distintas teorías sobre el origen del control judicial de la constitucionalidad de las leyes, antes enunciadas. En segundo lugar, contextualiza el proceso de redacción de un nuevo texto constitucional de 1925, en el marco de la crisis del parlamentarismo. En tercer lugar, el artículo examina el debate al interior de la subcomisión redactora en lo que respecta al establecimiento del recurso de inaplicabilidad. En cuarto lugar, se detiene en la doctrina

² Por ejemplo: GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia, *The Power of Judges. A Comparative Study of Courts and Democracy* (New York: Oxford University Press, 2002) 150-160.

³ NORTH, Douglass C., WEINGAST, Barry, "Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutions Governing Public Choice in Seventeenth-Century England", *The Journal of Economic History* 49, 4 (1989) 803-832.

⁴ HIRSCHL, Ran, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Cambridge M.A.: Harvard University Press, 2007).

⁵ GINSBURG, Tom, *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases* (New York: Cambridge University Press, 2003).

y jurisprudencia de las primeras décadas a fin de buscar luces para encontrar la motivación originaria. Por último, analiza la evidencia histórica a la luz de las distintas teorías sobre el *judicial review* que sustentan la conclusión.

I. CUATRO EXPLICACIONES SOBRE EL ORIGEN DEL JUDICIAL REVIEW

Durante las últimas décadas, el derecho público comparado y las ciencias políticas han desarrollado diversas teorías para explicar la difusión de los mecanismos de revisión judicial de la legislación a nivel global. Aunque inicialmente pensadas para justificar la expansión de este tipo de recursos en el marco de los procesos de democratización de fines del siglo XX, estas teorías han ido siendo recogidas para entender los procesos de constitucionalización dentro de marcos temporales más amplios⁶. Dada la gran variedad de perspectivas sobre el origen del *judicial review*, este trabajo solo contrasta la evidencia histórica con aquellas teorías cuya aproximación nos resulta más plausible para explicar el establecimiento del recurso de inaplicabilidad en Chile durante 1925⁷.

1. Funcionalismo

Una primera aproximación que nos permitiría explicar el origen del *judicial review* la encontramos en lo que genéricamente se ha denominado teorías funcionalistas, las que entienden su establecimiento como una respuesta adaptativa que busca mantener la eficiencia o buen funcionamiento del sistema institucional frente a las presiones internas de cambio dentro del sistema político⁸. Ello ocurriría cuando, por ejemplo, surge la necesidad de monitorear el surgimiento del Estado administrativo o reaccionar frente a un proceso legislativo disfuncional. La mirada funcionalista podría ser una de las explicaciones plausibles tras el establecimiento de este recurso. Considerando que uno de los objetivos de los constituyentes de 1925 era acabar con el predominio parlamentario, ellos se habrían visto en la necesidad de terminar con el rol del Congreso como único interprete de la Constitución. Sin embargo, dado el predominio la cultura legalista de inicios del siglo XX, necesitaban encontrar una alternativa que permitiera garantizar la constitucionalidad de las leyes mediante otro mecanismo⁹. Para estos efectos, habrían encontrado la respuesta en una versión atenuada de revisión judicial de la ley. Así las cosas, los constituyentes habrían instaurado una posibilidad de diálogo con la acción de la Corte Suprema, para que esta señalara cómo se debía

⁶ CALABRESI, Steven G., “The Global Rise of Judicial Review since 1945”, *Cath. U. L. Rev.* 69 (2020) 401 ss.

⁷ Entre otras, hemos excluido la tesis del trasplante jurídico, la que observa la importación de reglas e instituciones como una dinámica conducida únicamente por la búsqueda de autoridad científica de los juristas, sin consideración a los contextos políticos. WATSON, Alan, *Legal Transplant. An Approach to Comparative Law* (Athens: Georgia University Press, 1993) 107-118.

⁸ LANGFORD, Malcolm, “Why Judicial Review?”, *Oslo Law Review*, 1 (2015) 36-85; HIRSCHL, cit. (n. 4) 34-36.

⁹ FAÚNDEZ, Julio, *Democratización, desarrollo y legalidad. Chile 1831-1973* (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011) 156.

interpretar la ley en situaciones de eventual inconstitucionalidad, guiando la posterior deliberación legislativa¹⁰.

2. *Compromiso institucional con el libre mercado*

Una segunda teoría, enfocada en aspectos económicos, examina el establecimiento del *judicial review* como una señal de compromiso institucional destinada a mostrar que el régimen político naciente respetará la inviolabilidad del derecho de propiedad para permitir el mercado de capitales. En esta perspectiva, tanto el control judicial de constitucionalidad como los sistemas judiciales independientes serían una forma eficaz de generar compromisos creíbles para diversos actores económicos desde el punto de vista de la acción colectiva. Según Douglas North y Barry Weingast, ello habría ocurrido en el caso de los mecanismos de control de constitucionalidad establecidos en Inglaterra luego de 1688. La historia es conocida: el rey había expoliado económicamente a la aristocracia, y luego de ser derrotado, era necesario evitar que ello ocurriera nuevamente¹¹. Para el caso chileno, esta podría ser una hipótesis plausible. Los constituyentes necesitaban sentar las bases de reformas políticas y sociales disruptivas que, en la práctica, requerían de la aprobación de importantes actores de la élite social y económica. Con este propósito, habrían entregado una señal de que el nuevo régimen se comprometería con el respeto irrestricto de la propiedad.

3. *Preservar la hegemonía*

Una tercera teoría sobre el origen del *judicial review*, desarrollada por Ran Hirschl, enfatiza el intento de preservar la hegemonía política por parte de un régimen que observa su declive. Desde la acción racional, un régimen que posee el control político posee pocos incentivos para establecer un poder judicial independiente, derechos constitucionales robustos y mecanismos de control de constitucionalidad sobre la legislación. Pero, por el contrario, cuando la pérdida de aquella hegemonía resulta previsible, el régimen en declive buscará establecer mecanismos para conservar, al menos en parte, su predominio político bajo nuevos ropajes¹².

Desde esta aproximación, el establecimiento de un mecanismo de revisión judicial permitiría que el régimen saliente garantice la eficacia de algunas de sus preferencias políticas y limite la acción del eventual nuevo gobierno. Según Lisa Hilbink, esto es lo que, en parte, habría ocurrido con el recurso de inaplicabilidad en la constitución de 1925. La creciente influencia de las clases medias y populares en la esfera electoral, y una enorme incertidumbre política, habría conducido a que la elite ligada al sistema de partidos tradicional creara mecanismos para limitar la acción de un nuevo régimen político cuyos contornos era difíciles de definir. Ello habría sido posible porque aquella elite política se encontraba estrechamente ligada

¹⁰ TUSHNET, Mark, "Revisión judicial dialógica", en GARGARELLA, Roberto (ed.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática* (México: Siglo XXI, 2014) 105 ss.

¹¹ NORTH y WEINGAST, cit. (n. 3) 807-819.

¹² HIRSCHL, cit. (n. 4) 34-36.

a los miembros de los tribunales superiores de justicia. De esta manera, garantías constitucionales aplicadas por un poder judicial que socialmente era afín a la élite parlamentaria, habrían permitido la pervivencia de hegemónica de esta última¹³.

4. *Un seguro político*

Por último, la teoría del seguro político, propuesta por Tom Ginsburg, ofrece un ángulo adicional respecto al establecimiento de la revisión de constitucionalidad. Es posible que los grupos que confluyen en el proceso de redacción de un texto constitucional no estén dispuestos a realizar concesiones recíprocas. Ello ocurre particularmente en contextos de alta incertidumbre en los que además no existe ningún partido predominante, generando incentivos conducentes al estancamiento de las negociaciones. En ese contexto, los mecanismos de revisión judicial servirían de seguro político para quienes podrían resultar perdedores en la arena electoral, garantizando que podrán invocar la constitución en el futuro. Así, este seguro político disminuiría los riesgos frente a un régimen incierto y aumentaría el valor de los acuerdos en el proceso de redacción constitucional, destrabando el proceso de negociación. El análisis comparado realizado por Ginsburg, centrado fundamentalmente en Asia a fines del siglo XX, confirma esta aseveración. En el caso de la constitución de 1925, el proceso de negociaciones podría mostrar que la idea del seguro político puede ser relevante¹⁴.

Aunque estas teorías no son necesariamente excluyentes entre sí, permiten examinar separadamente distintas perspectivas sobre las motivaciones de los redactores del texto al momento de incorporar el recurso de inaplicabilidad. Sin embargo, antes de realizar un análisis de la evidencia a la luz de estas teorías, es necesario contextualizar someramente el proceso redacción del texto y revisar los principales argumentos discutidos respecto al control de constitucionalidad.

II. LA REDACCIÓN DEL TEXTO CONSTITUCIONAL EN TIEMPOS DE INCERTIDUMBRE

Junto a la constitución mexicana de 1917, la Constitución de 1925 fue una de las primeras cartas fundamentales latinoamericanas en establecer un nuevo modelo de régimen político presidencialista en la región. De este modo, su texto no solo debe ser entendido como el que puso fin al usualmente denominado régimen parlamentario iniciado en Chile tras la Guerra Civil de 1891, sino también como parte de un constitucionalismo antiparlamentario existente en algunas naciones de Europa y Latinoamérica durante el periodo¹⁵. No es casual que Hans Kelsen presentara, en los años siguientes, el caso de la Constitución de 1925 como un

¹³ HILBINK, Lisa, *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile* (New York: Cambridge University Press, 2007) 58-59.

¹⁴ GINSBURG, cit. (n. 5) 22-30.

¹⁵ VILLALONGA, Cristian, "Enacting Legal Reforms, Reframing Modern Societies. The Transformation of Latin American Law from 1930 to the Present", en MIROW, M.C.; URIBE, Víctor (eds.), *A Companion to the Legal History of Latin America* (Leiden: Brill/Nijhoff, 2023) 157-170.

ejemplo paradigmático de fortalecimiento del Ejecutivo frente al debilitamiento de la democracia liberal¹⁶.

Los orígenes de este texto constitucional están vinculados a la profunda crisis política ocasionada por la falta de repuesta del régimen parlamentario a la cuestión social, caracterizada por un periodo de profunda inestabilidad política a mediados de la década de 1920. La evidencia indica que el proceso de redacción estuvo acompañado por una permanente amenaza autoritaria¹⁷. En septiembre de 1924, el presidente Arturo Alessandri intentó renunciar para hacer frente a las crecientes exigencias de las Fuerzas Armadas por acelerar las reformas sociales y clausurar el Congreso. Una junta militar liderada por el Comandante en Jefe del Ejército, Luis Altamirano, tomó el poder de facto, pero rechazó su renuncia, otorgándole solo un permiso de seis meses para viajar a Europa¹⁸. Unos meses más tarde, sectores jóvenes del ejército encabezados por el coronel Carlos Ibáñez derrocaron a aquella junta militar, solicitando el regreso de Alessandri, quien exigió la elaboración de una nueva constitución, que terminara con la “*bacanal parlamentaria*” como condición para su retorno¹⁹. Ante la posibilidad de que dicho proceso fuere canalizado a través de una asamblea, sectores del Partido Comunista, la Federación de Obreros de Chile, la Federación de Estudiantes de Chile, junto con grupos anarquistas, demócratas y radicales, formaron la Asamblea Constituyente de Intelectuales y Asalariados. Ésta discutió los principios de una nueva carta fundamental, como la propiedad social de la tierra, la distribución estatal de la producción, y la igualdad social²⁰.

A su regreso, Alessandri descartó la posibilidad de una asamblea constituyente y en cambio nombró una comisión consultiva para redactar el nuevo texto²¹. Ésta fue dividida en dos subcomisiones, una destinada a discutir su método de aprobación, y otra más selecta a cargo de Alessandri y su ministro de justicia José Maza Fernández, la que redactó el proyecto. Aunque mantuvo cierto pluralismo,

¹⁶ KELSEN, Hans, “Observaciones sobre la Constitución chilena” (traducción de Joaquín García Huidobro de artículo publicado en 1926), *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 20 (2002) 643-647.

¹⁷ BRAHM GARCÍA, Enrique, “¿Volver a la Constitución de 1925? una propuesta sin fundamento histórico”, *Revista Chilena de Derecho*, 46, 1 (2019) 84-86. Indicativa a este respecto resulta la intervención ante la subcomisión del Inspector General del Ejército, General Mariano Navarrete; ver MINISTERIO DEL INTERIOR, COMISIÓN CONSULTIVA DE REFORMAS CONSTITUCIONALES, *Actas Oficiales de las Sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisiones encargadas del estudio del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República* (Santiago: Imprenta Universitaria, 1925) 437-438 (en adelante *Actas Oficiales*). DONOSO, Ricardo, *Alessandri. Agitador y demolidor. Cincuenta años de historia política de Chile*, I (Santiago: Fondo de Cultura Económica, 1952) 427-428.

¹⁸ ALESSANDRI, Arturo, *Recuerdos de Gobierno*, I (Santiago: Editorial Nascimento, 1967) 283-365.

¹⁹ ALESSANDRI, cit. (n. 18) II, 161.

²⁰ GREZ, Sergio, “La Asamblea Constituyente de Asalariados e Intelectuales, Chile 1925: entre el olvido y la mitificación”, *Izquierdas*, 29 (2016) 1-48.

²¹ OSSA, Juan Luis, “Retomar la Constitución de 1925: reflexiones burkeanas”, en FONTAINE, Arturo et al., 1925. *Continuidad republicana y legitimidad constitucional. Una propuesta* (Santiago: Catalonia, 2018) 77.

Alessandri se preocupó de que una parte significativa de los intrigantes de esta última subcomisión fueran críticos del parlamentarismo. La subcomisión estuvo integrada por 16 miembros que poseían significativa experiencia política, aunque en general eran críticos de aquel régimen²².

El proceso de redacción no estuvo exento de incertidumbre. De hecho, el mismo Alessandri había planteado su candidatura de 1920 en clave de líder carismático que desafiaba a la política parlamentaria y el centralismo, viniendo a reemplazar el viejo orden aristocrático²³. Desde una perspectiva regional, su figura es análoga a los primeros líderes del nacional-populismo latinoamericano a inicios del siglo XX²⁴. Este espíritu antiparlamentario, que sintetizaba la alborada de un nuevo régimen, estuvo presente durante todo el debate constituyente al interior de la subcomisión, especialmente de la mano del mismo de Alessandri, sus partidarios más cercanos, y de la velada amenaza militar²⁵.

La sucesión de hechos confirma que el texto producido bajo aquellos términos no fue del agrado de los partidos en general, ni de la élite política parlamentaria en particular. El texto fue sometido al estudio de la comisión consultiva y a un plebiscito que registró una alta abstención, en gran parte debido a los llamados a no votar realizados por la mayoría de los partidos políticos. El proyecto fue aprobado con un 95% de los votos válidamente emitidos, lo que representó el 43% del total de los electores inscritos en los registros electorales²⁶. La entrada en vigencia del texto solo llegará gradualmente, en particular luego de 1932, cuando la vida institucional y el régimen democrático fueron restablecidos, aunque no sin sobresaltos²⁷.

Si bien la Constitución de 1925 conservó varios elementos de la tradición republicana, introdujo reformas institucionales respecto de tres ejes principales destinados a abordar los conflictos políticos que habían marcado el período previo. En primer lugar, el texto fortaleció notablemente al Poder Ejecutivo, reduciendo las atribuciones del Congreso. En segundo lugar, incorporó ciertos derechos sociales, reflejando un cambio en el rol del Estado hacia una mayor intervención en asuntos económicos y sociales, como en lo que respecta a la función social de la propiedad. Finalmente, en un ámbito distinto, la constitución formalizó la separación entre la Iglesia y el Estado²⁸.

Dentro del marco antes señalado, la historiografía tradicional usualmente omite el establecimiento del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en manos de la Corte Suprema, posiblemente considerado que no guarda relación con los grandes debates del proceso constituyente²⁹. Sin embargo, lejos de aque-

²² ALESSANDRI, cit. (n. 18) II, 173. DONOSO, cit. (n. 17) 418.

²³ MILLAR, René, *La elección presidencial de 1920: tendencias y prácticas políticas en el Chile parlamentario* (Santiago: Editorial Universitaria, 1982) 145-146.

²⁴ VILLALONGA, *Enacting*, cit. (n. 15) 159-161.

²⁵ *Supra*, n. 17.

²⁶ DONOSO, cit. (n. 17) 429-430.

²⁷ OSSA, cit. (n. 21) 79.

²⁸ Ver ALESSANDRI, cit. (n. 18) II, 179-204.

²⁹ Por ejemplo, DONOSO, cit. (n. 17) 431-433.

llo, un análisis más detallado de las fuentes muestra que este recurso cumplió un rol relevante para materializar el espíritu antiparlamentario y facilitar el acuerdo político en otras áreas, como la reforma al derecho de propiedad.

III. EL DEBATE DE LOS CONSTITUYENTES EN EL REGISTRO HISTÓRICO

Bajo la Constitución de 1833 el examen de constitucionalidad de las leyes correspondía exclusivamente al Congreso Nacional. El artículo 164 decía que “*sólo el Congreso [...] podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno de sus artículos*”. Pese a ello, la norma generó discusión: Ambrosio Montt, Fiscal de la Corte Suprema, abogó en alguno de sus informes por un control difuso de constitucionalidad³⁰ y Lastarria, en la más antigua propuesta entre los iuspublicistas chilenos, planteó un mecanismo para el control judicial de constitucionalidad de las leyes³¹.

No obstante aquellas opiniones minoritarias, la jurisprudencia judicial y la opinión generalizada de la doctrina ratificó la exclusión de los jueces del control de constitucionalidad de las leyes debiendo aplicar estas en toda circunstancia³². La propia Corte Suprema declaró en 1848 que “*ninguna magistratura goza de la prerrogativa de declarar la inconstitucionalidad de las leyes promulgadas después del Código Fundamental y de quitarles, por este medio, sus efectos y su fuerza obligatoria*”³³. Declaraciones posteriores reiteraron este criterio³⁴. Mientras tanto, Huneeus, en el más importante estudio sobre esa constitución, afirmaba que “*el Poder Judicial no es Juez de la Ley; ha sido creado para aplicarla, sea ella buena o mala*”³⁵. Roldán, en el último trabajo sistemático sobre la Constitución de 1833, agregaba que “*ningún tribunal, aun cuando sea la Corte Suprema, se halla autorizado para dejar sin aplicación una ley por considerarla inconstitucional (...) no es admisible que un poder diferente del legislativo posea una atribución semejante*”³⁶.

Con todo, el control judicial de constitucionalidad de las leyes estaba iniciando su segunda ola de expansión en el mundo³⁷. La primera ola se originó al amparo de la Constitución de Estados Unidos y, más precisamente, tras el fallo *Marbury v. Madison* en 1803. Si bien durante el siglo XIX la Suprema Corte de ese país casi no ejerció esta atribución, ella fue adquiriendo paulatina relevancia a fines del siglo XIX, importándose modestamente, y de manera gradual, a algunos

³⁰ Citado en ROLDÁN, Alcibíades, *Elementos de Derecho Constitucional de Chile*³ (Santiago: Imprenta Lagunas, 1924) 468.

³¹ VERDUGO, Sergio, “Lastarria y la revisión judicial de la ley en el marco de la Constitución Chilena de 1833”, *Revista Chilena de Derecho* 43, 3 (2016) 927-953.

³² SALEM, cit. (n. 1) 22-33.

³³ HUNEEUS, Jorge, *La Constitución ante el Congreso*, II (Santiago: Imprenta Cervantes, 1891) 239.

³⁴ NAVARRO, cit. (n. 1) 1234-1235.

³⁵ HUNEEUS, cit. (n. 33) II, 239.

³⁶ ROLDÁN, cit. (n. 30) 468.

³⁷ GINSBURG, Tom, “The Global Spread of Constitutional Review”, en WHITTINGTON, Keith et al (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics* (Oxford: Oxford University Press, 2013) 81-98.

países de la región como Argentina, Bolivia, Cuba y Colombia³⁸. Una segunda ola de la revisión judicial de constitucionalidad fue inspirada por el trabajo de Hans Kelsen, aunque la ausencia de su nombre en el debate constitucional y en los primeros estudios sobre la nueva constitución, permite sugerir que su trabajo no indujo esta nueva atribución judicial en Chile.

1. *La primera mención*

Al examinar las actas del proceso de redacción, se aprecia que esta idea entró tempranamente al debate. El primero en plantearla fue Carlos Fernández Peña en la sesión de la Comisión Consultiva del 7 de abril de 1925. Esta primera sesión se inicia con una larga intervención de Alessandri en la que examina la situación política del país y sus expectativas sobre la nueva constitución. Luego se abre una conversación con los líderes de los partidos políticos ahí presentes centrada en las razones de la crisis institucional, y el nuevo régimen político que debiera ser consagrado, entre otros temas. Un punto de quiebre de la discusión apareció cuando Agustín Edwards, luego secundado por Eliodoro Yáñez, planteó la idea de dividir la comisión consultiva en dos. Una debía encargarse de estudiar “*las reformas constitucionales posibles*”, “*en que todos concurriramos*”. La otra, debía estudiar el mecanismo por medio del cual se va a convocar a (una) Asamblea Constituyente. Es en este contexto en que interviene Fernández Peña³⁹. Demostrando la hegemonía de Alessandri, parte solicitando que el presidente considerara las indicaciones de Edwards y Yáñez, para luego destacar la relevancia del momento constitucional (“*del éxito de esta asamblea depende la salvación del país*”) y criticar al cohecho (“*el cohecho electoral es la sífilis política*”, “*tal vez yo haya sido el único hombre que no comprara un asiento en el Parlamento*”)⁴⁰.

La mención al control judicial de constitucionalidad de las leyes aparece dentro de su argumento a favor de un sistema presidencial. Tras criticar el régimen parlamentario (“*el cohecho y el sistema parlamentario son inseparables*”), recuerda que si no había un cambio de régimen Alessandri abandonaría la discusión constituyente. Argumenta que “*la primera condición vital de un Gobierno es el principio de autoridad*” que solo el presidencialismo puede revitalizar, y agrega que con un sistema presidencial “*tendremos poderes independientes y responsables*”⁴¹. Es en esta defensa del presidencialismo en el que se inserta su argumento a favor del control judicial de constitucionalidad. Ante un antiguo argumento en contra del presidencialismo que afirma que “*el sistema presidencial da lugar a conflictos y que cuando existe [...] un conflicto no hay manera de salir de él*”, responde con el ejemplo de Estados Unidos. Al respecto señala: “*¿Cuándo ha habido un conflicto entre Estados Unidos entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo? No los ha habido jamás*”. Y luego

³⁸ ROLDÁN, cit. (n. 30) 466-467.

³⁹ Carlos Fernández Peña fue médico y profesor de liceo, participó activamente en el combate al alcoholismo. Bajo la influencia de John Dewey y *the progressive movement*, visitó la *National Education Association* en los Estados Unidos (1903), y promovió la enseñanza escolar obligatoria. FERNÁNDEZ PEÑA, Carlos, *La República Escolar* (Santiago, Imprenta Nacional, 1903) 87-89.

⁴⁰ *Actas Oficiales*, cit. (n. 17) 33.

⁴¹ *Actas Oficiales*, cit. (n. 17) 38.

de un breve intercambio de frases con otros integrantes, concluye: “*Puede, pues, haber diversidad de criterios para apreciar las cosas, pero conflictos constitucionales no los hay en Estados Unidos*”⁴². Acto seguido, adelantándose a otra crítica común al presidencialismo que hoy se ampara en la idea de su excesiva concentración del poder, agrega: “*yo quiero manifestar también que no debemos dejar ningún poder tiránico: creo que aun la Corte Suprema, por ejemplo, debe regular la constitucionalidad de las leyes; el Poder Ejecutivo debe también estar regulado*”. A lo que, según muestran las actas, Alessandri asiente⁴³.

Hay buenos antecedentes para suponer que Fernández Peña conocía bien el sistema de Estados Unidos. En su intervención menciona la experiencia de dos presidentes de ese país. Se refiere también a un encuentro con Charles Evans Hughes, quien había sido Gobernador del Estado de Nueva York, juez asociado de la Corte Suprema (1910-1916), y Secretario de Estado de Estados Unidos (1921-1925), y quien tuvo vinculaciones con Chile porque intervino en el conflicto de Tacna y Arica (más tarde fue *Chief Justice* de la Corte Suprema de Estados Unidos, 1930-1941). Por último, cuando Fernández utiliza a Montesquieu para fundar su defensa del presidencialismo recuerda que su libro es el mismo “*que Jorge Washington tenía en su cabecera y leía todas las noches*”⁴⁴.

Adicionalmente, existen referencias que sugieren que Fernández era un lector de los escritos de los padres fundadores de Estados Unidos. Inmediatamente después de recordar a Washington agrega: “*En este caso tanto da que haya 155 déspotas, en el Congreso o un solo tirano en la Moneda. Yo acepto mejor la tiranía de uno solo, que la tiranía irresponsable y desmigajada de 155*”⁴⁵. Es imposible no ver en esta frase el mismo argumento que utilizó James Madison en el número 48 de *El Federalista*, cuando citando a Thomas Jefferson escribe: “*No atenúa la cosa el que esos poderes sean ejercidos por muchas manos y no por una sola. Ciento setenta y tres déspotas serían sin lugar a duda tan opresores como uno solo*”⁴⁶. Pese a este conocimiento desplegado, Fernández no integró la subcomisión que redactó la Constitución de 1925 y no volvió a intervenir activamente en los debates.

2. Un acuerdo temprano

La revisión judicial de constitucionalidad de las leyes se asentó como un acuerdo temprano al interior de la subcomisión redactora. Su séptima sesión, del 12 de mayo de 1925, estaba convocada para discutir el artículo 10, esto es, aquel que contenía los derechos y libertades constitucionales. La sesión se inicia con una breve cuestión previa en la que Luis Barros Borgoño expresa “*la conveniencia que habría en establecer en la nueva Constitución algún poder o autoridad que determine si las leyes que en lo sucesivo se dicten, van o no contra los principios constitucionales*”. Cita como antecedente a Estados Unidos y concluye diciendo: “*Entre nosotros*

⁴² *Actas Oficiales*, cit. (n. 17) 35.

⁴³ *Actas Oficiales*, cit. (n. 17) 36.

⁴⁴ *Actas Oficiales*, cit. (n. 17) 34.

⁴⁵ *Actas Oficiales*, cit. (n. 17) 34.

⁴⁶ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John, *El Federalista* (México: Fondo de Cultura Económica, 2001) 212.

podría serlo también nuestra Corte Suprema, o una Corte especial". Acto seguido intervienen Silva Cortes y el propio Alessandri, ambos corroborando su disposición favorable a una disposición de esa naturaleza. El Presidente recuerda un ejemplo argentino en el que la Corte Suprema había declarado inconstitucional una "*ley de la vivienda, basada en que ella cercenaba el derecho de propiedad*"⁴⁷.

Dos sesiones después, el 19 de mayo, la subcomisión sigue debatiendo el artículo de los derechos. El foco ahora es el derecho de propiedad que, como veremos, fue una de las discusiones más álgidas. En medio del debate, mostrando una vez más el espíritu favorable a la institución que examinamos, Alessandri afirma: "*hay que tener presente también que parece que ya están todos de acuerdo en que se dé a la Corte Suprema la facultad de revisar las leyes para determinar su constitucionalidad*"⁴⁸.

Estas dos intervenciones tempranas dan cuenta de un cierto acuerdo sobre la necesidad de radicar la revisión de constitucionalidad de las leyes en la Corte Suprema. Las actas no consignan comentario en contra, aunque especificaciones normativas del recurso y dudas se abordan en posteriores sesiones.

3. Configurando la inaplicabilidad

El acuerdo compartido en torno a la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes empezó a tomar forma a partir de la sesión decimonovena, del 8 de junio de 1925. Ese día se terminaron de discutir algunas reglas del procedimiento de formación de la ley y se inició la discusión del capítulo que entonces se llamaba "De la Administración de Justicia".

La discusión se inició con una propuesta del Presidente Alessandri quien "*en conformidad a acuerdos tomados en sesiones anteriores*" propone agregar un nuevo artículo que autorizara a la Corte Suprema a "*declarar sin efecto cualquier precepto legal contrario*" a la Constitución⁴⁹. Tras esta proposición, se inicia una discusión que continúa en otras sesiones y que va configurando la inaplicabilidad, según examinaremos a continuación.

a) Efecto de la sentencia de inaplicabilidad

El primer tema que abrió la discusión fue si la Corte debía declarar la inconstitucionalidad solo para el caso que estaba conociendo o podía esta declaración tener efectos generales. Así lo planteó Carlos Vicuña Fuentes y, anteriormente, Romualdo Silva⁵⁰. En ambas ocasiones fue el propio Alessandri quien argumentó en contra del efecto general: "*se convertiría el Tribunal en Poder Legislativo*"⁵¹, "*se daría a ese Tribunal un poder superior al del Presidente y al del Congreso*", "*como existe a menudo la tendencia humana a acentuar las propias facultades, dicho Tribunal enmendaría a menudo la obra legislativa*", "*su papel debe ser pasivo y no activo*"⁵². Fue finalmente esta la posición que se impuso.

⁴⁷ *Actas Oficiales*, cit. (n. 17) 81-82.

⁴⁸ *Actas Oficiales*, cit. (n. 17) 116-117.

⁴⁹ *Actas Oficiales*, cit. (n. 17) 254.

⁵⁰ *Actas Oficiales*, cit. (n. 17) 81.

⁵¹ *Actas Oficiales*, cit. (n. 17) 81.

⁵² *Actas Oficiales*, cit. (n. 17) 254.

b) Control concentrado o difuso

Se discutió también si el control debía hacerlo solo la Corte Suprema o cualquier juez. El origen del debate nació de una inquietud de Alessandri que lo llevó a proponer una norma en que sugería que el control recaía en todos los tribunales: “*Los Tribunales de Justicia, en los negocios de que conozcan con arreglo a la ley aplicarán preferentemente los preceptos de esta Constitución cuando entre ellos y las leyes hubiere oposición*”⁵³. La disposición hoy nos puede parecer evidente, pero en esos años era una novedad, pues, pese a una práctica recientemente destacada de aplicación directa de la Constitución⁵⁴, ella no alcanzaba a dejar sin aplicación la ley.

Con todo, el cambio más importante que proponía la norma respecto de la aprobada en sesiones anteriores era el tránsito desde un control concentrado en la Corte Suprema a uno difuso que recayera en todos los jueces. Tanto Silva Cortés como Yáñez se opusieron inmediatamente a la modificación: “*el día en que se entregara esta facultad a los jueces o a las Cortes de Apelaciones, se produciría una grave perturbación en la administración de Justicia*”, argumentó Yáñez⁵⁵. Alessandri no insistió.

Del intercambio se aprecia que el objetivo que parecía buscar Alessandri era reducir el poder de la Corte Suprema. Al inicio del debate reconoció que había “*meditado mucho sobre esta materia*” porque con la nueva atribución la Corte Suprema quedará “*investida de una autoridad superior a la de todos los poderes públicos de este país*”. Y si bien el control difuso le quitaba poder a la Corte Suprema, lo cierto es que lo trasladaba a cualquier juez lo que no despertó adhesión. Al final, cuando resultaba evidente que su indicación no había prosperado, solo vuelve a recordar que la inaplicabilidad no tiene efectos generales porque de lo contrario “*se crearían continuamente conflictos entre el Poder Legislativo y Judicial*”⁵⁶.

c) ¿Control de ley o revisión de sentencia?

Una última característica de la inaplicabilidad terminó de configurarse hacia el final de la discusión. En el primer borrador aprobado en la sesión del 8 de junio, el recurso se construyó como una forma de revisión de sentencias judiciales. La norma, cuyo autor aparentemente fue Alessandri, decía que “*cualquier ciudadano que considere lesionados sus derechos por un fallo de los Tribunales basado en una ley inconstitucional, podrá recurrir a la Corte Suprema*”⁵⁷. Esta redacción concentraba la atribución en la Corte Suprema respecto de cualquier juicio y no respecto de aquellos que estuviera conociendo, como proponía otra fórmula anterior. Del texto de la norma se puede apreciar que el objeto del control es una sentencia judicial que lesione derechos por la aplicación de una norma legal inconstitucional.

⁵³ *Actas Oficiales*, cit. (n. 17) 366.

⁵⁴ BOCKSANG, Gabriel, *El nacimiento del Derecho Administrativo patrio de Chile (1810-1860)* (Santiago: Ediciones UC, 2015) 35-50; BOCKSANG, Gabriel, *El impulso sistemático del Derecho Administrativo chileno (1861-1890)* (Santiago: Ediciones UC, 2024) 7-14.

⁵⁵ *Actas Oficiales*, cit. (n. 17) 366.

⁵⁶ *Actas Oficiales*, cit. (n. 17) 366.

⁵⁷ *Actas Oficiales*, cit. (n. 17) 254.

La propuesta definitiva es distinta. Su redacción se le encargó a José Maza en la sesión del 9 de julio. Al día siguiente volvió a reunirse la subcomisión dando por aprobado el nuevo inciso propuesto por Maza, sin modificaciones: “*Artículo 87, inciso 2. La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro Tribunal, podrá declarar inaplicable, para este caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación*”⁵⁸. Es posible que Maza haya redactado esta disposición con el apoyo de Carlos Estévez, en ese entonces, profesor de derecho constitucional de la Universidad de Chile. Como el mismo Maza dio cuenta años más tarde, envió el anteproyecto a su “profesor y amigo”, “una persona especialmente competente” quien hizo “*interesantísimas observaciones*”⁵⁹. Con todo, estos aportes de Estévez fueron realizados al primer anteproyecto y la norma final que consagró la inaplicabilidad fue introducida en el segundo anteproyecto respecto del cual, al menos por los dichos de Maza, no consta que haya recibido aportes de Estévez. Pero dado la relevancia de la norma y la cercanía entre ambos, no es descartable que la disposición haya sido revisada también por Estévez.

La disposición final tiene diversas innovaciones respecto de los textos anteriores. Queda de manifiesto que el control de constitucionalidad no es respecto de sentencias, sino que es un control de aplicación de norma. Por eso se explicita que el recurso puede deducirse en cualquier estado del juicio. Además, es aquí donde se usa por primera vez la voz “inaplicable” o “inaplicabilidad”. Por último, la disposición no restringe la fuente de la inconstitucionalidad a la lesión de derechos pues ahora la norma exige únicamente una contradicción entre ley y Constitución. A ello se suman las características ya acordadas previamente: el control concentrado en la Corte Suprema, el efecto exclusivamente entre las partes de la sentencia de inaplicabilidad y la imposibilidad de suspender el juicio de base.

4. Control judicial de constitucionalidad y derecho de propiedad.

Una de las discusiones más álgidas al interior de la subcomisión fue la reglamentación del derecho de propiedad y sus límites. Del examen de las actas, llama la atención que hay diversas menciones al control judicial de constitucionalidad de las leyes al momento de discutir la propiedad. Sin razón aparente, al momento de iniciar la discusión del artículo que reconocía los derechos de las personas se hace mención de la conveniencia de entregar esta competencia a los tribunales. Antes y después diversos comisionados también habían formulado esta vinculación. Guerra, en la sesión octava del 15 de mayo, examinó las reglas que regulaba la propiedad en la Carta del 33. Refiriéndose a los límites de la propiedad reconoce que para la Carta Fundamental solo hay dos casos en que se puede privar a una persona de su derecho de dominio: la sentencia judicial y la expropiación por utilidad pública calificada por el legislador. Y luego agrega que hay otras limita-

⁵⁸ *Actas Oficiales*, cit. (n. 17) 369.

⁵⁹ MAZA, José, “Conferencia dictada por don José Maza. Recuerdos de la Reforma Constitucional de 1925”, en FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE, *La Constitución de 1925 y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1951) 49.

ciones legales como las servidumbres establecidas en el Código Civil. Concluye afirmando que si hubiera habido control judicial de constitucionalidad de las leyes en Chile “*está cierto (que) forzosamente habría tenido que declarar inconstitucionales esas disposiciones del referido Código, pues importan una limitación de derecho de propiedad no contemplada en la Constitución*”⁶⁰.

En la sesión siguiente, Alessandri retomó el debate señalando “*para ir disipando un poco los temores que algunos sienten cuando se trata del derecho de propiedad*”⁶¹. En su extensa intervención reconoce que “*todos están de acuerdo en reconocer la inviolabilidad del derecho de propiedad*”, y agrega que “*igualmente están de acuerdo todos en que la propiedad tiene que experimentar restricciones y cumplir deberes que le impone la sociedad*”. Tras ello concluye retóricamente: “¿por qué, hoy, que se va a dictar una nueva Carta Fundamental, no modernizar esta disposición y ponerla a la altura de los principios científicos para que responda a la realidad de las cosas?” Y se responde él mismo: “*Porque la verdad es que si entre nosotros hubiera un Tribunal que se encargara de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, tendría que declarar inconstitucionales todas las que sobre esta materia se han dictado en los últimos tiempos, ya que, en verdad, no caben dentro de los preceptos constitucionales*”⁶². Es aquí donde luego hace constar el acuerdo de entregar a la Corte Suprema el control judicial de constitucionalidad de las leyes. Y para tranquilizar a quienes se negaban a modificar el artículo constitucional que reconocía el derecho de propiedad reconociendo la posibilidad de establecer limitaciones, afirmó: “*cualesquiera de las leyes que en el futuro se dicten, podrán ser también declaradas inconstitucionales por la E. Corte Suprema, si van en contra de los principios establecidos en la Carta Fundamental.*” Y concluye: “*Y así desaparece el temor de que más tarde se dicten leyes que no respeten la barrera que en esta materia va a establecer la Constitución*”⁶³.

Una última intervención que muestra cómo los cambios en la regulación de la propiedad son matizados en sus efectos por el nuevo mecanismo de control de constitucionalidad de las leyes es la de Guillermo Edwards Matte. Comentando la indicación consensuada que redactaron Alessandri y Barros Borgoño solicita que se deje bien establecida “*una frontera a la acción de la ley*”. Por eso espera que “*esa frontera quede más o menos clara en los términos de la indicación y que ella proporcionará los elementos de derecho que sean necesarios para que la Corte Suprema, en su oportunidad, pueda determinar si una ley dictada por el Poder Legislativo se ajusta o no a las disposiciones de la Carta Fundamental*”⁶⁴.

Como puede apreciarse, en estas argumentaciones se invoca el control judicial de constitucionalidad no solo para mostrar que, en el estado de la legislación civil, la norma constitucional de la Carta Fundamental de 1833 parecía superada (Guerra y Alessandri). También se recurre a la nueva competencia de la Corte Suprema para descomprimir el debate en torno a la nueva disposición que regula

⁶⁰ *Actas Oficiales*, cit. (n. 17) 94.

⁶¹ *Actas Oficiales*, cit. (n. 17) 114.

⁶² *Actas Oficiales*, cit. (n. 17) 116.

⁶³ *Actas Oficiales*, cit. (n. 17) 117.

⁶⁴ *Actas Oficiales*, cit. (n. 17) 124.

la propiedad dando cuenta de un nuevo garante que intervendrá en la evaluación de futuras leyes (Alessandri y Edwards).

IV. LA INAPLICABILIDAD EN LAS PRIMERAS DÉCADAS. RECEPCIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

El análisis de las primeras publicaciones y comentarios a la Constitución de 1925 entrega algunas luces sobre el origen de la inaplicabilidad y la manera en que se desplegó inicialmente. Sobre la base de los estudios publicados hasta mediados de siglo por José Guillermo Guerra, Rafael Raveau, Carlos Estévez, Mario Bernaschina y Gabriel Amunátegui, examinaremos las características de la inaplicabilidad y sus orígenes en el constitucionalismo chileno.

1. *Influencias comparadas*

El primero en publicar un comentario a la nueva Constitución fue José Guillermo Guerra en 1928. Guerra, quien integró la subcomisión redactora, reconoce que la inaplicabilidad tiene su origen en la Constitución de Estados Unidos. En Estados Unidos, anota, la “*sabia constitución federal*” permite a los ciudadanos recurrir a tribunales para solicitar la declaración de inconstitucionalidad que los exime del cumplimiento de leyes inconstitucionales. Recuerda también que otras constituciones del mundo tienen mecanismos similares. Menciona a Austria, Irlanda, Argentina y Brasil⁶⁵.

A su turno, Rafael Raveau tiene diversas versiones de su estudio de la Constitución de 1925 publicadas en la década del 30. El recurso es examinado brevemente en la sección vinculada con el Poder Judicial. En su texto destaca que diversas constituciones contemplan disposiciones similares: cita la Constitución de España, Alemania, Austria, Estonia, Irlanda, Lituania, Polonia, Francia y Estados Unidos. En su obra de 1939 dedica más espacio al análisis comparado y jurisprudencial. Destaca la historia de la justicia constitucional y el rol que tiene en la defensa de la Constitución y de la “supremacía que le corresponde como ley fundamental”⁶⁶. Por último, Estévez también se detiene en el examen comparado, destacando la experiencia del *judicial review* en EEUU y la práctica del control difuso de constitucionalidad en las constitucionales latinoamericanas⁶⁷. De todos los autores analizados, Guerra y Estévez se refieren al famoso caso *Marbury v. Madison* de la Corte Suprema de Estados Unidos como la sentencia canónica en el nacimiento del control judicial de constitucionalidad. Ninguno de los autores cita a Kelsen o algún debate europeo.

⁶⁵ GUERRA, José Guillermo, *La Constitución de 1925* (Santiago: Establecimientos Gráficos Balcels y Co., 1929) 457-460.

⁶⁶ RAVEAU, Rafael, *Tratado elemental de Derecho constitucional Chileno y Comparado* (Santiago: Nacimiento, 1939) 379.

⁶⁷ ESTÉVEZ, Carlos, *Elementos de Derecho Constitucional* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1949) 344-345.

2. Motivaciones locales

Guerra sostiene que el principal argumento en que funda esta nueva competencia de la Corte Suprema es “el principio fundamental de todo régimen político constitucional”, esto es, que la “constitución es ley de leyes, es decir, que debe prevalecer sobre toda otra disposición legal”⁶⁸. Cuestiona la ausencia de este principio durante la Constitución de 1833 bajo la cual, a su juicio, el legislador aprobó diversas normas inconstitucionales. Cita como ejemplo la ley interpretativa del artículo 5, la que creó la Provincia de Tarapacá permitiendo la nacionalización de los ciudadanos peruanos que habitaban en ella. Asimismo, agrega que la sub-comisión fue “aleccionada por la dolorosa experiencia de la dieta parlamentaria”⁶⁹. Por todo esto, concluye, el objetivo del nuevo recurso fue crear un “correctivo con los posibles desvaríos del Poder Legislativo, y una apreciable garantía para los habitantes de la República”⁷⁰. En una línea argumentativa similar, Raveau en la edición de 1932 reconoce que “este recurso jurídico tiende a asegurar la no violación de la Constitución por parte del mismo legislador”⁷¹.

Estévez, a su turno, escribiendo en 1949, destaca la inaplicabilidad como “una novedad de la Constitución” de 1925⁷². En su análisis examina la supremacía constitucional y concluye que es esta la base de la inaplicabilidad. Anota que un mecanismo de protección de la Constitución no puede dejarse en manos del Legislativo (“no puede sostenerse que el control de que se ha hablado debe quedar entregado al Poder Legislativo porque sería el mismo quien dictaría una resolución y quién debiera pronunciarse posteriormente sobre ella”⁷³) ni en manos del Ejecutivo (“movido particularmente por razones de orden político (...) e interesado a veces en obtener leyes inconstitucionales”⁷⁴).

Estévez es quien más desarrolla las razones para radicar en el Poder Judicial esta atribución: “por su naturaleza y sus atribuciones, su independencia de los poderes políticos e inamovilidad de sus funcionarios”; “ha de ser ejercido por una autoridad de tal modo independiente y soberana que sus resoluciones se impongan moralmente a los otros poderes”; “el más alto Tribunal tiene condiciones especiales de serenidad e imparcialidad”; son los “hombres de derecho, los más capacitados para apreciar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley”⁷⁵. Destaca también algunos riesgos que juzga como menores en comparación con los beneficios del control de constitucionalidad. El enfrentamiento entre el Poder Legislativo y el Judicial, señala, se ve acotado con el efecto relativo de la sentencia de inaplicabilidad. El peligro de introducir al Poder Judicial en cuestiones

⁶⁸ GUERRA, cit. (n. 65) 457.

⁶⁹ GUERRA, cit. (n. 65) 458.

⁷⁰ GUERRA, cit. (n. 65) 458-459. Ver también GUERRA, José Guillermo, *Apuntaciones tomadas de las actas de la comisión reformadora y de catorce constituciones extranjeras* (Santiago: Archivo Central Andrés Bello. Universidad de Chile, 1928) 5-7.

⁷¹ RAVEAU, Rafael, *Tratado elemental de Derecho constitucional* (Valparaíso: Imprenta Victoria, 1932) 341.

⁷² ESTÉVEZ cit. (n. 67) 340.

⁷³ ESTÉVEZ cit. (n. 67) 341.

⁷⁴ ESTÉVEZ cit. (n. 67) 342.

⁷⁵ ESTÉVEZ cit. (n. 67) 342-343.

políticas es una crítica que considera plausible pero que se ve matizada cuando se balancea con “la perspectiva de un Legislador omnipotente y conculcador de la Constitución”⁷⁶.

3. *Consolidando las características de la inaplicabilidad*

Guerra examina la inaplicabilidad en abstracto sin que todavía hubiera jurisprudencia que pudiera ser analizada. Por eso da cuenta de los resguardos o límites de la nueva atribución de un modo más teórico. La primera es que no puede tener efectos generales pues ello “equivaldría a poner en abierta contraposición al Poder Judicial con el Poder Legislativo” que podría estimular una “frecuente intervención de la Corte Suprema en asuntos legislativos que a la larga pudiera degenerar en abuso”⁷⁷. La segunda es que solo el agraviado en sus derechos puede recurrir, sin que entonces exista acción pública. La tercera es que no se admite la suspensión de la gestión pendiente en la que la inaplicabilidad tendrá efectos para así evitar “que se abuse de este recurso”⁷⁸.

Estévez⁷⁹ y Amunátegui⁸⁰, este último escribiendo en 1950, caracterizan la inaplicabilidad chilena: la necesidad de un litigio pendiente, la naturaleza abstracta del control, el efecto de la sentencia de inaplicabilidad, el tipo de vicio que genera la inconstitucionalidad, el contenido del autoacordado que la regula desde 1932, entre otros.

Mario Bernaschina, por último, prefiere enfocarse en el modo cómo la inaplicabilidad había ido siendo acogida por la jurisprudencia. Reconoce que el recurso “ha contribuido a fijar el verdadero alcance de algunos de los preceptos de la Carta Fundamental”. Al analizar aquella jurisprudencia de ese primero cuarto de siglo, se detiene especialmente en el debate (que también menciona Estévez y Amunátegui) sobre los vicios que darían lugar a la inaplicabilidad, afirmando que “parece más aceptable la tesis que toda ley contraria a la Constitución, en su fondo o forma, puede ser declarada inaplicable”⁸¹.

4. *Jurisprudencia de la Corte Suprema.*

La jurisprudencia de la Corte Suprema en las primeras décadas de operación del recurso de inaplicabilidad no ofrece muchas luces para comprender su origen. Dos son las fuentes que hemos examinado. Una primera fuente es el *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas*, que en su primer tomo de 1954 incorpora 29 entradas con referencias a recursos de inaplicabilidad. Una segunda son las sentencias sobre inaplicabilidad publicadas en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia* durante los primeros veinte años de vigencia de la Constitución. Un análisis

⁷⁶ ESTÉVEZ cit. (n. 67) 343.

⁷⁷ GUERRA, cit. (n. 65) 459.

⁷⁸ GUERRA, cit. (n. 65) 459.

⁷⁹ ESTÉVEZ cit. (n. 67) 345-346.

⁸⁰ AMUNÁTEGUI, Gabriel, *Manual de Derecho Constitucional* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1950) 328-331.

⁸¹ BERNASCHINA, Mario, *Manual de Derecho Constitucional*, II (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1951) 541-548.

global muestra que las sentencias tienen principalmente precisiones formales, sin referencia a la discusión constituyente ni a doctrina relevante. Son sentencias que argumentan principalmente desde la ley y no a la luz de la Constitución. No debiera extrañarnos cuando, en esa época, la práctica del derecho es principalmente legalista.

Solo en dos sentencias de las estudiadas se invoca la discusión constituyente, aunque siempre como argumento de contexto. En el caso Muñoz Ibacache (Sentencia de 04.07.1935), se discutía si procedía o no la inaplicabilidad respecto de reclamos formulados en contra de una elección municipal. Para resolver negativamente, la Corte invoca la historia de la constitución, señalando “*que los redactores de la Constitución solo tuvieron el propósito de conferir a la Corte Suprema la facultad de declarar inaplicable una ley en el caso proceso que conociere en virtud de atribuciones propias o que le fuere sometido por medio de un recurso especial en juicio que se siguiera ante un Tribunal sobre el que pueda ejercer la superintendencia y no en el caso que se le ha propuesto que es de la incumbencia de otro organismo que la misma Constitución y Ley señalan*”. También en el caso Schott de 28 de junio de 1943 se invoca la historia del debate constitucional para ratificar que la inaplicabilidad solo puede ser respecto de preceptos legales y no de normas infralegales.

Asimismo, la jurisprudencia muestra una significativa deferencia hacia el legislador. Posiblemente, diversos factores político-institucionales como la purga judicial de 1927, la acusación constitucional de 1933 en contra de los ministros de la Corte Suprema y, en general, la naciente cultura judicial burocrática, contribuyeron a aquel fenómeno⁸². A modo de ejemplo, en los primeros 20 años de vigencia, las sentencias publicadas muestran que la Corte Suprema acogió solo 7 de 49 recursos presentados. Las sentencias muestran que las inaplicabilidades se suelen rechazar con diversos argumentos formales, tales como que el recurso omite señalar con precisión el caso particular, que la norma ya fue aplicada, que no se ha impugnado un precepto legal, sino que uno infralegal y que el recurso no determina con precisión las contradicciones entre la norma legal y la Constitución. También es posible encontrar otros debates de mayor densidad en que la inaplicabilidad fue rechazada, como la constitucionalidad de los decretos leyes y la procedencia de la inaplicabilidad respecto de delegaciones legislativas y respecto de reclamaciones formuladas con motivo del resultado de una elección.

En definitiva, el examen de la jurisprudencia y de la doctrina en torno a la inaplicabilidad durante las primeras décadas de vigencia de la Carta de 1925 solo aportan algunas luces. Las sentencias de la Corte Suprema configuraron las características y requisitos del recurso sin referencias relevantes a los debates originarios o a sus fuentes. Por su parte, la doctrina reconoció a Estados Unidos como modelo, aunque menciona también otros países de la región.

⁸² VILLALONGA, Cristian, “Dwindling Professional Authority: Legal Elites and the Division of Governmental Labor in Chile, 1932–70”, *Law & Social Inquiry*, 46, 1 (2021) 244-245.

V. DISCUSIÓN: LA EVIDENCIA HISTÓRICA A LA LUZ DE LAS TEORÍAS SOBRE EL ORIGEN DEL JUDICIAL REVIEW

Habiendo descrito el debate sobre el recurso de inaplicabilidad al interior del proceso constituyente de 1925 y su recepción doctrinal y jurisprudencial, corresponde analizar la evidencia histórica bajo las distintas teorías sobre el origen del *judicial review*, antes presentadas.

1. ¿Funcionalismo?

En primer lugar, una aproximación desde las teorías funcionalistas apuntaría a que el recurso de inaplicabilidad buscó responder a un proceso de transformación del régimen político, siendo establecido para resguardar la coherencia entre la ley y la constitución tras la superación del parlamentarismo. Este acercamiento no debe sorprender en el marco de los procesos de transformación política desde la década de 1920, cuando países con profundas culturas legalistas transitaban desde democracias liberales de orientación parlamentaria a otros tipos de regímenes con predominio del ejecutivo⁸³. No es casual que, posteriormente, los disputas sobre quién es el guardián de la constitución entre Schmitt y Kelsen hubieran resonado en varios países europeos y latinoamericanos a mediados del siglo XX, al discutir este asunto⁸⁴.

En el caso de Chile, todo apunta a que se buscó resolver qué hacer con una facultad que había estado tradicionalmente en manos exclusivas del Congreso⁸⁵. La discusión sobre el recurso de inaplicabilidad no puede ser sino entendida en el marco de una fuerte tendencia hacia la superación de la hegemonía parlamentaria. La intervención de Fernández Peña, quien introduce al control judicial en la discusión son elocuentes. En sus palabras, el parlamentarismo es asimilado al cohecho y al desgobierno, y solo podría ser superado bajo un nuevo diseño que impusiera la autoridad del ejecutivo. Por ello, propone a Estados Unidos como modelo presidencialista, y al control judicial como una herramienta para evitar la excesiva concentración política y los conflictos entre los poderes del estado⁸⁶.

Los miembros de la subcomisión en general concordaron con el diagnóstico inicial sobre la profunda crisis del parlamentarismo chileno. Conviene recordar que, en cada uno de los discursos anuales ante el Congreso pleno desde 1921, Alessandri llamó a corregir los vicios del parlamentarismo, primero de forma tímida pero gradualmente de manera cada vez más enérgica⁸⁷. Varios de los miembros de

⁸³ VILLALONGA, *Enacting*, cit. (n. 15) 159-166.

⁸⁴ Para Brasil, ver DE VASCONCELOS DINIZ, Marcio A., “Pontes de Miranda, Hans Kelsen y los debates sobre la jurisdicción constitucional en la Asamblea Constituyente de 1933-1934”, en RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo (ed.), *Kelsen en el mundo: la influencia de la teoría pura del derecho en distintos lugares* (Bogotá: Universidad del Externado, 2023) 188-196.

⁸⁵ *Supra*, sección III.

⁸⁶ *Actas Oficiales*, cit. (n. 17) 33-36.

⁸⁷ DONOSO, cit. (n. 17) 412-415.

la subcomisión redactora, como Guerra⁸⁸ y Vicuña Fuentes⁸⁹, hicieron eco de este llamado. Asimismo, cabe recordar que la amenaza autoritaria de origen militar no habría permitido algo distinto que la liquidación del parlamentarismo⁹⁰.

En este contexto, se insertaron una serie de reformas al texto constitucional como la exclusiva confianza de los ministros, el fin de la calificación de las elecciones por el Congreso y la creación del Tribunal Calificador de Elecciones⁹¹, el traslado desde la sede legislativa a la judicial de las decisiones sobre el fuero parlamentario y las reformas que limitaron las atribuciones presupuestarias de la legislatura⁹².

En esta línea entonces, para los integrantes de la subcomisión que buscaban limitar al legislador omnipotente, la idea de seguir manteniendo al Congreso como único interprete de la constitución resultaba inaceptable. De hecho, en el debate rechazaron establecer que solo se podía interpretar la constitución de manera generalmente obligatoria a través de la ley, como proponían inicialmente Edwards Matte y Vicuña Fuentes⁹³. Por una parte, aquella facultad concebida en términos de una atribución exclusiva del Congreso abría la puerta para que, en el futuro, este configurara nuevas prerrogativas parlamentarias. Es indiscutible que además tenían a la vista cómo el régimen presidencialista establecido por la Constitución de 1833 había evolucionado gradualmente hacia un régimen parlamentario, en parte, gracias a distintas interpretaciones del Congreso, como en lo que respecta a la exclusiva confianza de los ministros del gabinete. También tenían a la vista cómo la interpretación parlamentaria de la constitución incidió en el conflicto de poderes que desencadenó la Guerra Civil de 1891⁹⁴. Por otra parte, la aprobación de la dieta parlamentaria, que gatilló el conflicto político de 1924, también fue entendida por algunos redactores como una interpretación abusiva de la constitución por parte de los parlamentarios⁹⁵.

Sin embargo, la subcomisión redactora consideró que terminar con la exclusividad de la interpretación parlamentaria de la constitución no significaba convertir a los tribunales en un supra-legislador o en el último árbitro frente al conflicto de poderes⁹⁶. No existió una reconceptualización de la función judicial. Por ello rechazaron el control difuso y los efectos absolutos de la declaración de inconstitucionalidad. La misma expresión “inaplicabilidad”, para definir un re-

⁸⁸ GUERRA, José Guillermo, *Temas constitucionales* (Santiago: Editorial Universitaria, 1928) 37-42.

⁸⁹ VICUÑA FUENTES, Carlos. *La Tiranía en Chile. Libro escrito en el destierro en 1928* (Santiago: Editorial Aconcagua, [1938-1939] 1987) 267.

⁹⁰ *Supra*, n. 17.

⁹¹ ALESSANDRI, cit. (n. 18) II, 179 ss.

⁹² SOTO, Sebastián; COUYOUMDJIAN, Juan Pablo, “La Misión Kemmerer y su influencia en la Constitución de 1925”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 44 (2022) 609-632.

⁹³ *Actas Oficiales*, cit. (n. 17) 306.

⁹⁴ ALESSANDRI, cit. (n. 18) II, 182-184.

⁹⁵ “Si esta facultad existiera en la Constitución actual, se podría haber podido evitar la Revolución de Septiembre, pues aquel Tribunal habría podido anular los efectos de la escandalosa ley de dieta parlamentaria”. GUERRA, *Temas constitucionales*, cit. (n. 88) 130.

⁹⁶ *Actas Oficiales*, cit. (n. 17) 81.

curso conducente a la correcta aplicación del derecho en el marco de otro proceso judicial, marca aquella continuidad⁹⁷. En términos de la teoría constitucional contemporánea, el recurso está concebido modestamente bajo una perspectiva dialógica⁹⁸. La Corte Suprema puede declarar la inconstitucionalidad de la aplicación de la ley en un caso concreto, y más tarde hacer presente al legislador la deficiencia que notare en la aplicación de la norma legal⁹⁹. En resumidas cuentas, la teoría funcionalista como línea de análisis para explicar el establecimiento de este recurso posee asidero.

2. *¿Compromiso institucional con el libre mercado?*

En segundo lugar, existen buenas razones para estimar que la teoría del compromiso económico institucional no resulta ser la mejor explicación para el caso del recurso de inaplicabilidad. Aquella teoría fue desarrollada para dar cuenta de situaciones en que un nuevo régimen decide proteger la inviolabilidad del derecho de propiedad para permitir el mercado de capitales frente a una eventual amenaza futura. Ese es el contexto original a partir del que North y Weingast explican el surgimiento del control de constitucionalidad en Inglaterra a fines del siglo XVII¹⁰⁰. En otros contextos, el *judicial review* habría operado como parte de una estrategia general para favorecer la economía capitalista. Tal es el caso de la práctica judicial bajo la constitución argentina de 1853, y la posterior reforma de su artículo 100¹⁰¹. Este también es el caso en que la revisión de constitucionalidad se estableció, incluso en regímenes autoritarios, como manera de atraer inversiones en el contexto de globalización económica de fines del siglo XX¹⁰². Sin embargo, esta no es la situación de la Constitución de 1925.

El debate constitucional de 1925 no estuvo enfocado en mostrar un compromiso institucional con la economía de mercado. Por el contrario, se caracterizó por un fuerte cuestionamiento al derecho de propiedad por parte de algunos de los miembros de la subcomisión, como Hidalgo, Guerra y Oyarzún, quienes plantearon la liquidación del latifundio y la división de la tierra en consonancia con los debates de la Asamblea de Intelectuales y Asalariados¹⁰³. En términos más amplios, también estuvo caracterizado por la afirmación de que la garantía del derecho de propiedad en la Constitución de 1833 no resultaba suficiente para reconocer las limitaciones al dominio que habían sido introducidas desde la entrada en vigencia del Código Civil en 1857¹⁰⁴. Es cierto que finalmente la nueva redacción protegió el derecho de propiedad y que los constituyentes procuraron

⁹⁷ *Actas Oficiales*, cit. (n. 17) 255-256; 369.

⁹⁸ TUSHNET, cit. (n. 10) 105-108.

⁹⁹ Aunque se discutió la posibilidad de entregar iniciativa de ley en materias judiciales a la Corte Suprema, finalmente se desechó. *Actas Oficiales*, cit. (n. 17) 199; 229.

¹⁰⁰ NORTH y WEINGAST, cit. (n. 3) 817-819.

¹⁰¹ ADELMAN, Jeremy, *Republic of Capital: Buenos Aires and the Legal Transformation of the Atlantic World* (Stanford: Stanford University Press, 1999) 203-208.

¹⁰² E.g., MOUSTAFA, Tamir, "Law versus the State: The Judicialization of Politics in Egypt", *Law & Social Inquiry* 28, 4 (2003) 883-930.

¹⁰³ *Actas Oficiales*, cit. (n. 17) 86.

¹⁰⁴ *Actas Oficiales*, cit. (n. 17) 94.

una redacción clara en el artículo 10 N°10. Sin embargo, lo hicieron en el entendido que la propiedad cumplía una función social y que el estado propendería a su conveniente distribución para favorecer el progreso material. Así las cosas, no existen motivos para pensar que el recurso de inaplicabilidad buscó primeramente mostrar un compromiso en la economía de mercado.

3. ¿Preservar la hegemonía?

En tercer lugar, la teoría de la preservación de la hegemonía, propuesta teóricamente por Ran Hirschl también resulta improbable como explicación¹⁰⁵. Tal como indica Lisa Hilbink al atribuir el recurso de inaplicabilidad a esta dinámica, es efectivo que existía alguna afinidad entre la elite política parlamentaria y quienes encabezaban los altos tribunales de justicia¹⁰⁶. Como expone Armando de Ramón, muchos jueces estaban involucrados en las asambleas de los partidos políticos parlamentarios antes del 1925, y la pertenencia a los partidos conservador, liberal o radical podía tener efectos benéficos dentro de la carrera judicial¹⁰⁷. Además, algunos políticos del periodo poseían lazos de parentesco estrechos con los jueces de los altos tribunales de justicia. Durante la purga judicial de 1927, los lazos entre los hermanos Emiliano Figueroa como presidente de la República, y Javier Ángel Figueroa como presidente de la Corte Suprema, pondrá de manifiesto estos vínculos¹⁰⁸. Sin embargo, no existen razones para estimar que la inaplicabilidad es una parte de una estrategia de reacción de la elite política tradicional frente al avance electoral de la clase media y sectores populares.

Existen varias razones por las que la teoría de la preservación de la hegemonía resulta improbable. La principal es que la elite parlamentaria, al momento de la discusión constituyente, ya había perdido el control de la agenda política en general, y del debate al interior de la subcomisión redactora en particular. Alessandri seleccionó a los miembros de la comisión constituyente y la subcomisión redactora dentro de ella, asegurando el predominio de quienes tenían una visión crítica del parlamentarismo¹⁰⁹. Asimismo, Alessandri, con justa razón, se concibe a sí mismo, y es percibido por los demás actores políticos, como precursor de un nuevo régimen, no como el epígono del antiguo parlamentarismo. Tal como explica uno de sus críticos, Ricardo Donoso en su obra *Alessandri, agitador y demoleedor* “[...] desde el punto de vista político, [va a ser] el sepulturero del parlamentarismo y echará las bases de un nuevo régimen político, que se caracterizaría por la dictadura legal del Ejecutivo [...], desde el ángulo de la evolución social, su advenimiento al poder señalará la caída de la aristocracia y la conquista del poder político por la clase media”¹¹⁰.

¹⁰⁵ HIRSCHL, cit. (n. 4) 38-49.

¹⁰⁶ HILBINK, (n 13) 58-59.

¹⁰⁷ DE RAMÓN, Armando, *La Justicia Chilena entre 1875 y 1924* (Santiago: Universidad Diego Portales, 1989) 46-57.

¹⁰⁸ DE RAMÓN, cit. (n 107) 58-59.

¹⁰⁹ DONOSO, cit. (n. 17) 418; VICUÑA FUENTES, cit. (n. 89) 267; GUERRA, *Temas constitucionales*, cit. (n. 65) 35.

¹¹⁰ DONOSO. cit. (n. 17) 7.

A mayor abundamiento, existen varios factores por los que el recurso de inaplicabilidad no podría haber sido ideada como un instrumento adecuado para preservar una hegemonía política. Aun cuando los constituyentes eliminaron el anterior Consejo de Estado y discutieron sobre el reforzamiento de la independencia judicial, terminaron entregando al Ejecutivo un grado importante de protagonismo en el proceso de selección de los tribunales superiores de justicia¹¹¹. Además, el Poder Judicial se encontraba bajo asedio político, pues se le consideraba una expresión más de un régimen en corrupción y desgobierno¹¹². Por otra parte, nada permitía concluir que el anterior involucramiento entre los jueces y la política parlamentaria aseguraría la conservación de la hegemonía política de esta última. Desde 1891 el número de jueces provenientes de la clase media, sin participación política activa, había crecido de manera sostenida¹¹³. Por último, las propias características del recurso de inaplicabilidad, antes descritas, en ningún caso parece ser el mejor instrumento para aislar al proceso de toma de decisiones legislativas de los vaivenes de la arena electoral. En suma, no existen motivos para entender que los constituyentes de 1925, o la elite política tradicional, pensaran en preservar su hegemonía política de un antiguo orden a través de este recurso.

4. *¿Un seguro político?*

Finalmente, parece ser que la introducción del recurso de inaplicabilidad como seguro político, en los términos descritos por Ginsburg, posee también asidero en las fuentes históricas¹¹⁴. Todo indica que la existencia de un recurso judicial que pudiera impedir la aplicación de leyes inconstitucionales permitió aumentar el valor de los acuerdos al interior de la subcomisión redactora, disminuyendo asimismo la incertidumbre futura cuando la negociación del texto se encontraba estancada. Ello ocurre particularmente en relación con la discusión sobre el derecho de propiedad. Sin embargo, esto es bastante atípico, pues las constituciones latinoamericanas posteriores que incluyeron la función social de la propiedad, lo hicieron para fortalecer la autoridad del ejecutivo en materia económica, usualmente debilitando las posibilidades de control judicial de la legislación¹¹⁵.

La discusión sobre el derecho de propiedad fue uno de los asuntos que mayor interés suscitó en el debate constituyente. Los integrantes de la subcomisión consideraban que la redefinición del estado en materia económica y la posibilidad de reaccionar frente a la crisis social pasaban por repensar los límites del dominio. Aunque la mayoría de sus miembros consideraban que era necesario realizar reformas sociales como obras de vivienda, existían dudas respecto de la posibilidad de políticas redistributivas. Así las cosas, el debate se encontraba tensionado por aquellos que deseaban la socialización de propiedad (Hidalgo), otros que buscaban introducir su función social (Alessandri, Briones y Guerra), quienes por distintos

¹¹¹ *Actas Oficiales*, cit. (n. 17) 251-257.

¹¹² DE RAMÓN, cit. (n. 107) 34-35.

¹¹³ VILLALONGA, "Dwindling", cit. (n. 82) 244.

¹¹⁴ GINSBURG, cit. (n. 5) 21-33.

¹¹⁵ BRINKS, Daniel M.; BLASS, Abby, *The DNA of Constitutional Justice in Latin America. Politics, Governance, and Judicial Design* (New York: Cambridge University Press, 2018) 7.

motivos deseaban mantener la redacción de 1833 (Amunátegui, Barros Borgoño, Montenegro, Silva Cortés y Yáñez), y aquellos que buscaban un término intermedio (Edwards Matte y Oyarzún)¹¹⁶. Ya sea por razones doctrinarias, como la idea de un derecho natural de propiedad versus la concepción de función social, ya sea por consideraciones pragmáticas, como las dinámicas económicas, la subcomisión se encontraba dividida sobre este asunto¹¹⁷.

No es necesario leer entrelíneas las actas de la subcomisión para observar la importancia del recurso de inaplicabilidad para destrabar el debate particular sobre el derecho de propiedad. Por el contrario, el lenguaje es bastante directo. A modo de ejemplo, y como ya mencionamos, las aseveraciones de Guerra y Alessandri, en el marco de la discusión sobre la propiedad, en orden a que muchas de las leyes dictadas bajo la Constitución de 1833 podrían haber sido declarado inconstitucionales de haber existido un recurso de este tipo, y que podría recurrirse en contra de las futuras leyes contrarias a la constitución, son inequívocas. También lo es la repetida insistencia de Matte Edwards para que quedara claramente establecida la protección de la propiedad y la reserva legal de toda afectación al dominio. Asimismo, el recurso de inaplicabilidad permitía disminuir el riesgo disipando la incertidumbre en lo que respecta a la protección del dominio.

El papel del recurso de inaplicabilidad como seguro político también se encuentra sustentado en la secuencia del proceso de negociación¹¹⁸. Resulta indicativo que la subcomisión definió inicialmente la fisonomía del recurso de inaplicabilidad en la sesión del 08 de junio, pensando en proteger a los ciudadanos respecto de leyes que contrariaran derechos constitucionales. Mientras tanto, el cierre del debate sobre el derecho de propiedad ocurriría cuando la existencia del recurso ya estaba bien asentada al interior de la subcomisión, el 07 de julio. Este texto definitivo fue claramente producto de una negociación, estableciendo la inviolabilidad de la propiedad, la reserva legal para su afectación, y su función social.

VI. CONCLUSIÓN: EL RECURSO DE INAPLICABILIDAD AL CENTRO DEL DEBATE CONSTITUCIONAL

El estudio sistemático de las fuentes apunta a que, tanto la tesis funcionalista como la del seguro político, en conjunto, explicarían el origen del recurso de inaplicabilidad durante la elaboración de la Constitución de 1925. A través de este recurso, los redactores del texto contribuyeron a superar el anterior régimen político, poniendo término a una de las doctrinas centrales que permitieron el surgimiento del parlamentarismo chileno, asentada en que el Congreso tenía la facultad exclusiva de interpretar la constitución. Además, las actas de la subcomisión redactora muestran de manera inequívoca que el recurso de inaplicabilidad sirvió como un seguro político. En efecto, este recurso fue una especie de garantía

¹¹⁶ MIROW, M.C, "Origins of the Social Function of Property in Chile", *Fordham L. Rev.* 80 (2011) 1191-1200.

¹¹⁷ *Actas Oficiales*, cit. (n. 17) 88; 100; 114.

¹¹⁸ La discusión sobre el derecho de propiedad ocurrió asumiendo que existiría un control de constitucionalidad. *Actas Oficiales*, cit. (n. 17) 117; 124-125.

que reducía la incertidumbre respecto al valor futuro de la Constitución, especialmente en lo que respecta a uno de los asuntos más controvertidos del proceso de redacción: el derecho de propiedad y la posibilidad de políticas redistributivas.

La conclusión antes señalada no solo da cuenta del origen del recurso de inaplicabilidad, sustentada teóricamente, sino que también invita a pensar sobre el papel de este recurso en el proceso de cambio constitucional de manera más general. La introducción del recurso de inaplicabilidad está lejos de ser un asunto marginal, como en ocasiones suele aparecer en testimonios o análisis posteriores. Por el contrario, este se habría situado al centro del diseño constitucional de 1925, incidiendo directamente en dos de los tres principales ejes del proceso de cambio constitucional.

Es cierto que, por distintos motivos, el recurso de inaplicabilidad no operó como aquel crucial dispositivo del control de constitucionalidad que los constituyentes de 1925 pensaron en su minuto. Su jurisprudencia es extremadamente deferente y poco significativa en lo que respecta tanto al control del avance de la regulación económica como en lo relativo a la protección de las garantías constitucionales. No obstante, ello no obsta que su diseño original y la motivación de los constituyentes, hayan tenido una inspiración diversa.

ACERCA DEL ARTÍCULO

Notas de conflictos de interés. Los autores declaran no tener ningún conflicto de interés acerca de la publicación de este trabajo.

Contribución en el trabajo. En la confección de este trabajo los autores desempeñaron en igual proporción todos los roles previstos en *Contributor Roles Taxonomy* (CrediT).

BIBLIOGRAFÍA

- ADELMAN, Jeremy, *Republic of Capital: Buenos Aires and the Legal Transformation of the Atlantic World* (Stanford: Stanford University Press, 1999).
- ALESSANDRI, Arturo, *Recuerdos de Gobierno* (Santiago: Editorial Nacimiento, 1967). 3 tomos.
- BERNASCHINA, Mario, *Manual de Derecho Constitucional*, II (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1951).
- BOCKSANG, Gabriel, *El nacimiento del Derecho Administrativo patrio de Chile (1810-1860)* (Santiago: Ediciones UC, 2015).
- BOCKSANG, Gabriel, *El impulso sistemático del Derecho Administrativo chileno (1861-1890)* (Santiago: Ediciones UC, 2024).
- BRAHM GARCÍA, Enrique, “¿Volver a la Constitución de 1925? una propuesta sin fundamento histórico”, *Revista Chilena de Derecho*, 46, 1 (2019) 79-97.
- BRINKS, Daniel M.; BLASS, Abby, *The DNA of Constitutional Justice in Latin America. Politics, Governance, and Judicial Design* (New York: Cambridge University Press, 2018).
- CALABRESI, Steven G., “The Global Rise of Judicial Review Since 1945”, *Cath. U. L. Rev.* 69, 3 (2020) 401-444.

- CASTILLO VALENCIA, Orlando, *Orígenes e historia del recurso de inaplicabilidad ante la Corte Suprema* (Santiago: Tribunal Constitucional, 2021).
- DE RAMÓN, Armando, *La Justicia Chilena entre 1875 y 1924* (Santiago: Universidad Diego Portales, 1989).
- DE VASCONCELOS DINIZ, Marcio A., “Pontes de Miranda, Hans Kelsen y los debates sobre la jurisdicción constitucional en la Asamblea Constituyente de 1933-1934”, en RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo (ed.), *Kelsen en el mundo: la influencia de la teoría pura del derecho en distintos lugares* (Bogotá: Universidad del Externado, 2023) 169-219.
- DONOSO, Ricardo, *Alessandri, agitador y demoledor. Cincuenta años de historia política de Chile*. Tomo I (Santiago: Fondo de Cultura Económica, 1952).
- ESTÉVEZ, Carlos, *Elementos de Derecho Constitucional* (Santiago: Editorial Jurídica, 1949).
- FAÚNDEZ, Julio, *Democratización, desarrollo y legalidad. Chile 1831-1973* (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011).
- FERNÁNDEZ PEÑA, Carlos, *La República Escolar* (Santiago: Imprenta Nacional, 1903).
- GINSBURG, Tom, *Judicial Review in New Democracies Constitutional Courts in Asian Cases* (New York: Cambridge University Press, 2003).
- GINSBURG, Tom, “The Global Spread of Constitutional Review”, en WHITTINGTON, Keith et al (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics* (Oxford: Oxford University Press, 2013) 81-98.
- GREZ, Sergio, “La Asamblea Constituyente de Asalariados e Intelectuales, Chile 1925: entre el olvido y la mitificación”, *Izquierdas*, 29 (2016) 1-48.
- GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia, *The Power of Judges. A Comparative Study of Courts and Democracy* (New York: Oxford University Press, 2002).
- GUERRA, José Guillermo, *Temas constitucionales* (Santiago: Editorial Universitaria, 1928).
- GUERRA, José Guillermo, *Apuntaciones tomadas de las actas de la comisión reformadora y de catorce constituciones extranjeras* (Santiago: Archivo Central Andrés Bello. Universidad de Chile, 1928).
- GUERRA, José Guillermo, *La Constitución de 1925* (Santiago: Establecimientos Gráficos Balcells y Co., 1929).
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John, *El Federalista* (México: Fondo de Cultura Económica, 2001).
- HILBINK, Lisa, *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile* (New York: Cambridge University Press, 2007).
- HIRSCHL, Ran, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Cambridge M.A.: Harvard University Press, 2007).
- HUNEEUS, Jorge, *La Constitución ante el Congreso* (Santiago: Imprenta Cervantes, 1891).
- KELSEN, Hans, “Observaciones sobre la Constitución chilena” (traducción de Joaquín García Huidobro de artículo publicado en 1926), *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 20 (2002), 643-647.
- LANGFORD, Malcolm, “Why Judicial Review?”, *Oslo Law Review*, 1 (2015) 36-85.
- NORTH, Douglass C.; WEINGAST, Barry, “Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutions Governing Public Choice in Seventeenth-Century England”, *The Journal of Economic History*, 49, 4 (1989) 803-832.
- MAZA, José, “Conferencia dictada por don José Maza. Recuerdos de la Reforma Constitucional de 1925”, en FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE.

- La Constitución de 1925 y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1951).
- MILLAR, René, *La elección presidencial de 1920: tendencias y prácticas políticas en el Chile parlamentario* (Santiago: Editorial Universitaria, 1982).
- MINISTERIO DEL INTERIOR, COMISIÓN CONSULTIVA DE REFORMAS CONSTITUCIONALES. *Actas Oficiales de las Sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisiones encargadas del estudio del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República* (Santiago: Imprenta Universitaria, 1925).
- MIROW, M.C., “Origins of the Social Function of Property in Chile”, *Fordham L. Rev.* 80 (2011) 1183-1217.
- MOUSTAFA, Tamir, “Law versus the State: The Judicialization of Politics in Egypt”, *Law & Social Inquiry*, 28, 4 (2003) 883-930.
- NAVARRO, Enrique “Notas sobre la evolución histórica del control de constitucionalidad de las leyes en Chile”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 22, 2 (2010) 1231-1255.
- OSSA, Juan Luis, “Retomar la Constitución de 1925: reflexiones burkeanas”, en FONTAINE, Arturo et al., 1925. *Continuidad republicana y legitimidad constitucional. Una propuesta* (Santiago: Catalonia, 2018) 59-96.
- RAVEAU, Rafael, *Tratado elemental de Derecho constitucional Chileno y Comparado* (Santiago: Editorial Nacimiento, 1939).
- ROLDÁN, Alcibíades, *Elementos de Derecho Constitucional de Chile*³ (Santiago: Imprenta Lagunas, 1924).
- SALEM, Catalina, *La acción de inaplicabilidad en el derecho chileno: su incidencia en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial*. Tesis de Doctorado en Derecho (Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2024).
- SOTO, Sebastián; COUYOUMDJIAN, Juan Pablo, “La Misión Kemmerer y su influencia en la Constitución de 1925”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 44 (2022) 609-632.
- TUSHNET, Mark, “Revisión judicial dialógica”, en GARGARELLA, Roberto (ed.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática* (México: Siglo XXI, 2014) 105-116.
- VERDUGO, Sergio, “Lastarria y la revisión judicial de la ley en el marco de la Constitución chilena de 1833”, *Revista Chilena de Derecho*, 43, 3 (2016) 927-953.
- VICUÑA FUENTES, Carlos, *La Tiranía en Chile. Libro escrito en el destierro en 1928* (Santiago: Editorial Aconcagua, [1938-1939] 1987).
- VILLALONGA, Cristian, “Dwindling Professional Authority: Legal Elites and the Division of Governmental Labor in Chile, 1932–70”, *Law & Social Inquiry*, 46, 1 (2021) 226-251.
- VILLALONGA, Cristian, “Enacting Legal Reforms, Reframing Modern Societies. The Transformation of Latin American Law from 1930 to the Present”, en MIROW, M.C.; URIBE, Víctor (eds.), *A Companion to the Legal History of Latin America* (Leiden: Brill/Nijhoff, 2023) 154-191.
- WATSON, Alan, *Legal Transplant. An Approach to Comparative Law* (Athens: Georgia University Press, 1993).