

# Influencia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como nueva atribución del Tribunal Constitucional

## I. Consideraciones previas

Desde la reforma constitucional del año 2005 la facultad de conocer y resolver las acciones de inaplicabilidad de un precepto legal por ser contrario a la Constitución quedó radicada en el Tribunal Constitucional. Así lo dispone el artículo 93 N° 6 de la Carta, en cuanto señala que es atribución de esta Magistratura: “Resolver, por 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”<sup>1</sup>.

Durante la vigencia de la Constitución de 1925 esta atribución correspondía a la Corte Suprema, siguiendo, con algunas variantes, el modelo de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, nacido en el constitucionalismo norteamericano como obra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el que comenzó a conocer los requerimientos de inaplicabilidad que le fueron formulados a partir del conocido caso *Marbury vs. Madison* en 1803. Consta que nuestra Corte Suprema entre 1925 y 2005 conoció y resolvió anualmente alrededor de treinta casos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Es tal la importancia que ha tenido la reforma constitucional del año 2005 en cuanto a radicar esta atribución en el Tribunal Constitucional, que se ha constatado que en los últimos tres años (2005–2008) esta magistratura ha resuelto centenares de requerimientos de inaplicabilidad.

Ha sido el mismo Tribunal Constitucional el que se ha encargado de hacer notar las diferencias entre el control de constitucionalidad que ejercía la Corte Suprema y el que hoy se ejerce. Así, “mientras antes se trataba de una confrontación directa entre la

*\*Profesora Titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.*

<sup>1</sup> El mismo artículo en el inciso 11 precisa que “la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto.”

norma legal y la disposición constitucional, ahora se está en presencia de una situación diferente, por cuanto lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, es la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto, lo que relativiza el examen abstracto de constitucionalidad, marcando así una clara diferencia con la regulación prevista por el texto constitucional anterior”<sup>2</sup>.

De modo tal que ahora la decisión recae en la conformidad o contrariedad con la Constitución que pueda tener la aplicación del precepto legal impugnado en cada caso concreto, sin que ello implique necesariamente una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional. Además, hoy pueden interponer la acción de inaplicabilidad, es decir, tienen legitimación activa, no solamente las personas que actúan como partes en un juicio sino también el juez que conoce un asunto.

La acción de inaplicabilidad es uno de los medios más efectivos previstos en la Carta para garantizar la supremacía constitucional, principio fundamental consagrado en las bases de la institucionalidad, y que conforme a lo previsto en el inciso segundo del artículo 6, sus preceptos obligan no sólo a los titulares o integrantes de los órganos estatales sino que a toda persona, institución o grupo.

A mayor abundamiento, a contar de la reforma constitucional de 2005, el Tribunal Constitucional es el máximo garante de la supremacía constitucional por cuanto en él ha quedado concentrado el control preventivo de constitucionalidad, el control posterior o declaración de inaplicabilidad, y, además, la nueva atribución consistente en la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal previamente declarado inaplicable, con la consecuencia de quedar expulsado del ordenamiento jurídico.<sup>3</sup>

Ahora bien, en cumplimiento del respeto a la supremacía constitucional, el Tribunal Constitucional ha debido abocarse después de la reforma, en muchísimos casos, a establecer el alcance de los derechos fundamentales, determinar su significado y promoverlos, específicamente tratándose de derechos consagrados en el articulado de la Carta Fundamental y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

En efecto, es posible constatar que las inaplicabilidades declaradas últimamente, por lo general se han fundado en que los preceptos cuestionados vulneran derechos fundamentales asegurados por la Constitución.

Así, a través de la revisión de la jurisprudencia resulta verdaderamente ostensible lo que un autor ha denominado el “efecto de irradiación de los derechos fundamentales” a todo el ordenamiento jurídico<sup>4</sup>. Esta situación es de interés porque contribuye a hacer

<sup>2</sup> Rol N° 781-07 INA y N° 946-07-INA.

<sup>3</sup> El inciso tercero del artículo 94 de la Constitución regula los efectos de la declaración de inaplicabilidad, en cuanto dispone que “...el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”.

<sup>4</sup> Aldunate L., Eduardo, “El efecto de irradiación de los derechos fundamentales” en “La constitucionalización del derecho chileno”, Universidad Austral de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 13.

cada día más evidente la influencia de la Constitución Política en los más variados aspectos de nuestro ordenamiento jurídico. La regulación de diversas materias consagradas desde antaño en normas de rango legal va siendo puesta en tela de juicio, lo que debe reconducir la reflexión doctrinaria, jurisprudencial y de los legisladores para buscar replanteamientos y nuevas formulaciones a la luz de los preceptos constitucionales.

Asimismo, el estudio de las sentencias que declaran la inaplicabilidad de preceptos legales hace también evidente la vigorización del proceso denominado constitucionalización del derecho chileno, del cual numerosos trabajos e investigaciones han ido dando cuenta en los últimos años<sup>5</sup>.

A este respecto, hemos estimado interesante examinar un grupo de sentencias, seleccionadas de entre aquéllas dictadas en los dos últimos años y que presentan las siguientes características: a) declaran la inaplicabilidad de un precepto legal; b) la inaplicabilidad se funda en la vulneración de derechos fundamentales; c) los preceptos legales declarados inconstitucionales tienen la particularidad de encontrarse contenidos en Códigos de la República.

Si bien es cierto que los códigos tienen rango legal, no es menos válido que éstos se caracterizan por conformar un conjunto armónico y sistemático de preceptos que regulan unitariamente una determinada materia. En consecuencia, la inaplicación de una de sus normas es una muestra de la forma en que la Constitución va gravitando e influyendo en el ordenamiento jurídico, con el propósito que éste se ajuste verdaderamente a la preceptiva constitucional, lo que representa una muestra evidente del actual proceso de constitucionalización del derecho chileno.

## II Algunas inaplicabilidades declaradas sobre preceptos de Códigos de la República:

### 1. *Código del Trabajo:*

*Inaplicabilidad del artículo 474 inciso tercero por vulnerar el derecho a la acción y el derecho de cualquier persona lesionada por la Administración a reclamar ante los tribunales de justicia contenidos en los artículos 19 N° 3 y 38 de la Constitución.*

El 1° de julio de 2008 el Tribunal Constitucional declaró la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso tercero del antiguo artículo 474 del Código del Trabajo (actual artículo 503)<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Véase monografías de los profesores Hernán Corral, Alejandro Guzmán y Eduardo Aldunate en publicación de Universidad Austral de Chile, ob. cit.

<sup>6</sup> Sentencia Rol N° 946-07-INA.

Si bien esta disposición fue eliminada por el legislador en el nuevo procedimiento laboral, resulta interesante conocer los fundamentos que tuvo el Tribunal Constitucional para declarar su inaplicabilidad.

El precepto legal impugnado se refiere a las sanciones que puede imponer la Dirección del Trabajo por infracciones a la legislación laboral y de seguridad social, y la exigencia a los administrados de consignar la tercera parte de la multa establecida por el órgano administrativo, como condición para poder reclamar de la sanción ante la justicia. La referida disposición consagra a favor de la Administración el privilegio procesal conocido como “solve et repete” (primero paga y después reclama).

Tomando en consideración lo dicho por la doctrina nacional y por numerosos autores extranjeros, así como por la jurisprudencia constitucional italiana, española y colombiana de los últimos cuarenta años, el Tribunal declara la inconstitucionalidad de este antiguo privilegio procesal, que se estimaba fundado en la primacía del interés público sobre el interés particular.

La convicción alcanzada por el Tribunal Constitucional se funda en que la obligación de consignar una parte de la multa, como requisito de admisibilidad para acceder libremente a un órgano jurisdiccional y para accionar a favor de sus pretensiones, contraviene varios derechos fundamentales.

a) En primer lugar, vulnera el derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. La consignación previa estaría restringiendo “el derecho a la acción o derecho a la tutela judicial, como presupuesto básico de las garantías de la igual protección en el ejercicio de los derechos y del debido proceso, contempladas en el N° 3 del artículo 19 de la Constitución”.<sup>7</sup>

En esta materia el Tribunal es coincidente con numerosos fallos anteriores en los que ha manifestado la importancia de entender y aplicar en forma amplia y no restrictiva el artículo 19 N° 3 como elemento propio de un Estado de Derecho, junto con la seguridad jurídica y el principio de certeza jurídica.<sup>8</sup>

b) En segundo lugar, se estima que la norma impugnada trasgrede el artículo 38 inciso segundo, que establece el derecho de cualquier persona lesionada en sus derechos por la Administración, a reclamar ante los tribunales que determine la ley.

c) Finalmente, se considera también vulnerado el N° 26 del artículo 19 porque el precepto legal impugnado limita e impone una condición que impide el libre ejercicio del derecho afectándolo en su esencia.

Cabe destacar que la sentencia fue acordada con un voto en contra que estimó que la acción de inaplicabilidad no cumplía el requisito esencial de que el precepto legal impugnado pudiera tener aplicación decisiva en la resolución del asunto que consti-

<sup>7</sup> Considerando 29.

<sup>8</sup> Reitera lo afirmado en los Roles N°s 205, 207 y 437.

tuía la gestión pendiente.<sup>9</sup> A juicio del disidente “la acción de inaplicabilidad no es una vía constitucionalmente idónea para cautelar la vigencia de todo tipo de garantías consagradas en la Carta Fundamental, sino sólo de aquéllas cuya vulneración se configure por la aplicación de normas legales que el respectivo sentenciador pueda tener en cuenta al momento de decidir el asunto sobre que recae el ejercicio de la potestad jurisdiccional.” Recalca que existen otros medios más adecuados para la tutela como son el recurso de protección, sin perjuicio de los controles preventivos que corresponde ejercer al Tribunal Constitucional. Esta disidencia tiene importancia en cuanto implica una voz de alerta en prevención de un uso exagerado o eventual abuso de la acción de inaplicabilidad.

## 2. *Código de Justicia Militar.*

*Inaplicabilidad de los artículos 299 N° 3, 431 y 433 por vulnerar los principios de tipicidad y legalidad de la ley penal contenidos en el artículo 19 N° 3 inciso último de la Constitución.*<sup>10</sup>

Las normas impugnadas se refieren al delito de incumplimiento de deberes militares, delito que se habría configurado en los hechos de la causa, por cuanto Carabineros no habría actuado en forma inmediata y oportuna para garantizar la integridad de la persona agredida, configurándose, así, el delito de incumplimiento de deberes militares. Este delito está tipificado en el artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar, que señala que “el que sin incurrir en desobediencia o en el delito previsto en el artículo 294, deje de cumplir sus deberes militares”. A su vez, el artículo 431, inciso primero, dispone que “el Presidente de la República dictará en cada institución los reglamentos correspondientes sobre los deberes militares, las faltas de disciplina, las reglas del servicio y demás necesarios para el régimen militar.”

Al momento de acontecer los hechos no regía norma reglamentaria alguna que regulara los “deberes militares” conforme a lo dispuesto en el artículo 431, advirtiéndose un vacío respecto de la descripción de la conducta penada.

En consecuencia, la sentencia en estudio toma como antecedente de su análisis las líneas jurisprudenciales establecidas en sentencias anteriores respecto de las leyes penales en blanco.

Recuerda que el texto del artículo 19, N° 3, inciso final de la Constitución Política ha dado lugar a interpretaciones diversas sobre su alcance, “prevaleciendo aquella que sostiene la permisividad de las leyes penales en blanco en nuestro orden jurídico”<sup>11</sup>. Se ha estimado que es suficiente que la ley tipifique en lo esencial la conducta delictual, la que puede ser desarrollada o precisada en aspectos no esenciales por otra norma no necesariamente de rango legal. Esto en atención a que el constituyente suprimió

<sup>9</sup> Voto en contra del Ministro Francisco Fernández Fredes.

<sup>10</sup> Sentencia Rol N° 781-07-INA de 27 de septiembre de 2007.

<sup>11</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional roles N°s 24 y 468.

la voz “completamente” de la referida disposición constitucional, dejando sólo la voz “expresamente”<sup>12</sup>.

Continuando con su análisis, el Tribunal advierte que en el caso sometido a su estudio no se detalla cuáles son los deberes militares infringidos ni qué normas los establecen, de manera que “todo indica que se pretende sancionar la infracción de eventuales deberes que no figuran de forma concreta y específica en normas legales ni reglamentarias y que, por ende, el inculpado y requirente no podía conocer con anterioridad a los hechos incriminados”<sup>13</sup>. Por lo que no puede considerarse cumplido el mandato del constituyente en orden a describir “expresamente” la conducta penada, erigiéndose las normas cuestionadas en una ley penal abierta, lo que, a juicio del Tribunal “produce efectos contrarios a la Constitución, al permitir la condena de una persona por delitos que no están suficientemente descritos por la ley, ni aun en su núcleo fundamental”.<sup>14</sup>

Se declara, en consecuencia, que los preceptos cuestionados son contrarios a lo prescrito en el artículo 19 N° 3, último inciso, es decir, vulneran los principios constitucionales de tipicidad y legalidad de la ley penal.

### 3. Código Procesal Penal

*Inaplicabilidad del artículo 416 inciso tercero por lesionar el derecho a ser juzgado en un procedimiento e investigación racional y justo consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución.*

En tres causas de desafuero de parlamentarios por delitos de acción privada, el Tribunal Constitucional, ha declarado la inaplicabilidad del artículo 416 inciso tercero del Código Procesal Penal. La primera, de 8 de agosto 2006, relativa al desafuero del ex diputado y actual senador Guido Girardi (Rol N° 478–2006), la segunda de fecha 9 de noviembre de 2006, relativa al desafuero del senador Nelson Ávila (Rol N° 533–2006) y la última también de 9 de noviembre de 2006, referida al desafuero del senador Juan Pablo Longueira (causa Rol N° 529–2006).

El fuero, como señala el Tribunal, es una garantía procesal que protege al parlamentario de una persecución criminal infundada y que inhiba o entorpezca el cumplimiento adecuado de sus funciones. La finalidad del fuero es resguardar un principio fundamental de todo Estado de Derecho, como es la autonomía parlamentaria y el principio de separación de funciones. Así, para que un parlamentario sea desaforado es preciso que la Corte de Apelaciones respectiva autorice “previamente la acusación declarando haber lugar a formación de causa”, como lo dispone el artículo 61 inciso segundo de la Constitución. En consecuencia, para que un parlamentario pierda el fuero se requiere de un juicio previo, regulado y que culmine con una sentencia.

<sup>12</sup> El inciso final del N° 3 del artículo 19 prescribe: “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté *expresamente* descrita en ella”.

<sup>13</sup> Considerando 12.

<sup>14</sup> Considerando 18.

La norma cuestionada –el artículo 416 inciso tercero– dispone: “Si se tratare de un delito de acción privada, el querellante deberá ocurrir ante la Corte de Apelaciones solicitando igual declaración antes de que se admitiere a tramitación su querrela por el juez de garantía”. Al respecto, en los tres casos mencionados el Tribunal ha estimado que el referido artículo no reúne las características exigidas por la Carta Fundamental en relación al debido proceso, vulnerando lo preceptuado en el artículo 19 N° 3 inciso quinto. En lo específico, se objeta la ausencia de un término probatorio que permita a las partes la producción de pruebas; la Corte tendría “como antecedente para fundar su decisión sobre el desafuero únicamente el texto de la querrela, antes de que se verifique siquiera su admisibilidad, careciendo de elementos probatorios, debidamente producidos, que le permitan constatar la existencia de un fundamento serio sobre el mérito o justificación para formar causa. Así, el conocimiento, previo a la resolución, es precario e incompleto”.<sup>15</sup>

No sería errado suponer que ante las reiteradas declaraciones de inaplicabilidad, la disposición cuestionada termine siendo declarada inconstitucional y, por tanto, derogada y expulsada del ordenamiento jurídico. Ante ello, no podemos dejar de recordar que durante la tramitación del Código Procesal Penal se omitió el envío del proyecto al Tribunal Constitucional, para que éste ejerciera el control preventivo obligatorio de constitucionalidad antes de ser promulgado, por tratarse de una materia de ley orgánica constitucional. Esa era la oportunidad para reflexionar sobre la nueva normativa y decidir preventivamente sobre la constitucionalidad de sus normas. La omisión de este trámite está hoy a la vista.

#### 4. Código Civil

*Inaplicabilidad del artículo 2.331 por vulnerar el derecho a la honra consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Constitución.*

El tenor del artículo 2331 del Código Civil es el siguiente: “Las imputaciones injuriosas contra el honor o crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación.”

De la disposición transcrita se infiere que cuando una persona se ve afectada en su honor sólo cabe indemnización por daño patrimonial y mediando dos requisitos: a) que el demandante afectado pruebe el daño económico apreciado en dinero; y, b) que el demandado no logre probar la verdad de la imputación injuriosa. Por lo tanto, el Código Civil, además de establecer un límite a la compensación económica exigible por el particular afectado en su honor, no admite la indemnización por daño moral.

Con motivo de una acción civil en la que podría aplicarse por el juez el referido artículo 2331, la parte demandante formuló requerimiento al Tribunal para que declarase la

<sup>15</sup> Hay varios fallos en este sentido, entre ellos Rol N° 806–2007 considerando 19.

inaplicabilidad de ese precepto legal. Así, con fecha 10 de junio de 2008, mediante un fallo de mayoría el Tribunal declaró inaplicable esta disposición, por establecer un límite inconstitucional a la responsabilidad civil.<sup>16</sup>

Sobre la base de la historia del establecimiento del derecho a la honra y de la doctrina, el Tribunal estimó que éste es un “derecho que emana directamente de la dignidad con que nace la persona humana, un derecho personalísimo que forma parte del acervo moral o espiritual de todo hombre y mujer, que no puede ser negado o desconocido por tratarse de un derecho esencial propio de la naturaleza humana”.<sup>17</sup> La ley, concluye el Tribunal, debe reconocer derecho no sólo a compensaciones de tipo pecuniario por daños económicos sino también por daños extrapatrimoniales o morales derivados de actos contra el honor.

La sentencia cuenta con dos prevenciones que enfatizan la inaplicabilidad por estimar que el artículo 2.331 limita la protección a la honra, al establecer una restricción inusual y desigual respecto de quienes padecen imputaciones injuriosas. Consideran que la norma en cuestión da un trato desigual a los actos injuriosos que causan daño moral respecto del resto de los injustos que pueden producir análogos efectos y respecto de los cuales no existe la prohibición de indemnización que sólo se establece para este caso.<sup>18</sup>

La sentencia contó con un voto disidente que estimó que “es materia de la potestad legislativa determinar los alcances de la responsabilidad indemnizatoria derivada de una eventual lesión a dicho bien jurídico, como lo es asimismo establecer los deslindes de su tutela penal a través de la configuración de los delitos de injuria, calumnia y difamación, entre otros.”<sup>19</sup> La disidencia estimó posible concebir otras formas eficaces para darle adecuado resguardo a la honra de una persona, como podría ser, por ejemplo, la imposición al autor del agravio de la obligación de publicar, a su costa, el texto íntegro de la sentencia condenatoria.

### III. Declaración de Inconstitucionalidad

*Declaración de inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario por lesionar los artículos 5, 6, 7, 19 N° 3 inciso cuarto, 38 inciso segundo, 64, 76 inciso primero y 77 inciso primero de la Constitución Política.*

Este es el primer caso en que el Tribunal Constitucional hace uso de la facultad que le fue otorgada por la reforma constitucional de 2005 para declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal y, por ende, entenderlo derogado desde la publicación de la sentencia en el Diario Oficial, según lo disponen los artículos 93 N° 7, inciso duodécimo y 94 inciso tercero de la Constitución, y expulsado del ordenamiento jurídico.

<sup>16</sup> STC Rol N° 943 de 2007, en “Valdés con Irrázabal y otros”.

<sup>17</sup> *Ibidem*, considerando 25.

<sup>18</sup> Prevención de los Ministros Raúl Bertelsen R. y Jorge Correa S.

<sup>19</sup> Voto disidente del Ministro Francisco Fernández Fredes.

En ejercicio de esta facultad, con fecha 26 de marzo de 2007, el Tribunal se pronunció de oficio sobre la inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario, cumpliendo todos los requisitos constitucionales exigidos para ello, en particular que el referido artículo 116 había sido ya declarado inaplicable. La inaplicabilidad había tenido lugar no una vez sino que en más de treinta procesos efectuados el año 2006 y por el mismo reproche de constitucionalidad.

El tenor del referido artículo 116 era el siguiente: “El Director Regional podrá autorizar a funcionarios del Servicio para conocer y fallar reclamaciones y denuncias obrando por orden del Director Regional”.

Para resolver la inconstitucionalidad, el Tribunal razona señalando que el legislador orgánico estableció como tribunal tributario de única o primera instancia al Director Regional de Impuestos Internos para conocer y fallar las reclamaciones y denuncias tributarias. Sus funciones son de carácter jurisdiccional y así lo ha afirmado la Corte Suprema al señalar que los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos forman parte de los tribunales especiales a que se refiere el Código Orgánico de Tribunales.

Además, en diversos pronunciamientos de inaplicabilidad del artículo 116 ha quedado establecido que los Directores Regionales cumplen funciones de jurisdicción, es decir, tienen la facultad para “conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir”<sup>20</sup>.

Admitido, entonces, que las funciones del Director Regional son orden jurisdiccional, el Tribunal concluye que tales funciones no pueden delegarse en funcionarios dependientes del mismo ya que por disposición constitucional la función de jurisdicción “pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”, y “una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República”<sup>21</sup>.

En consecuencia, la delegación de facultades jurisdiccionales –que se concreta mediante la dictación de una resolución exenta– del órgano superior en uno dependiente, se declara inconstitucional en cuanto vulnera numerosos preceptos constitucionales (los que han sido señalados al comienzo de este acápite). En particular, el Tribunal Constitucional advierte que el hecho que una persona sólo pueda ser juzgada por el tribunal que le señale la ley y por el juez que lo representa, constituye un derecho esencial que se asegura a toda persona, y los órganos del Estado están obligados a respetar ese derecho.

Por lo tanto, el Tribunal declara la inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario, el que se considera derogado, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 94 inciso tercero de la Constitución.

<sup>20</sup> Sentencia Rol N° 681–2006, considerando 16.

<sup>21</sup> Artículos 76 y 77 CPR.

Cabe hacer presente que esta sentencia fue acordada con el voto en contra de dos ministros fundado en estimar que el Servicio de Impuestos Internos no ejerce una facultad jurisdiccional, sino una función administrativa cuando resuelve un reclamo tributario a través de su Director Regional o del funcionario en que éste delegue. En consecuencia, lo que se habría autorizado a delegar habría sido una función administrativa y no una función jurisdiccional. No coincidimos en absoluto con esta observación, pero lo que nos parece muy rescatable de esta disidencia es la crítica que formula a nuestro sistema tributario, en cuanto a la inconveniencia de no contar con tribunales especializados contencioso-administrativos para conocer y resolver estas reclamaciones.<sup>22</sup>

No es materia del presente trabajo entrar al examen de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal. Estimamos, ésta es una materia de alto contenido interpretativo, interpretación que deberá realizarse considerando la historia de la disposición, lo señalado por la doctrina y los antecedentes del derecho comparado. Sin embargo, a continuación se indicarán las principales diferencias que es posible observar entre las dos nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional.

#### **IV. Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad y Declaración de Inconstitucionalidad**

Como se ha podido apreciar, desde la aprobación de la reforma de 2005 ha sido sorprendente la respuesta que ha encontrado la radicación del conocimiento de la acción de inaplicabilidad en el Tribunal Constitucional.

Esta nueva atribución ha funcionado de manera extraordinariamente fluida tanto por quienes tienen la facultad para formular requerimiento—las partes y el juez en un litigio o gestión pendiente— como por el Tribunal que, con regularidad, ha recibido y resuelto centenares de casos en los tres últimos años.

A esta nueva atribución se agrega otra, anteriormente inexistente en nuestro ordenamiento jurídico, consistente en la facultad para declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal, bastando como presupuesto procesal para ello, la declaración previa de inaplicabilidad. Ello constituye un cambio de tal envergadura que no deja de presentar interesantes aristas interpretativas y problemas jurídicos que deberán ser examinados ya sea por la doctrina como por la jurisprudencia, o aclarados por el ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional en actual tramitación.

Como ha sido señalado, el análisis de esta nueva facultad excede el marco del presente

<sup>22</sup> “El hecho de que el país no haya instalado tribunales contencioso-administrativos para conocer y resolver estas reclamaciones, no se puede mejorar ni se mejora por el hecho de considerar como tribunales a servicios públicos, como lo es el de Impuestos Internos, que no cumplen los requisitos mínimos para ser tenidos como tales. A juicio de estos disidentes, hacerlo tampoco ayuda a superar los problemas y rasgos criticables de una situación que debe tener una resolución política que se exprese en una legislación sistemática”. Sentencia Rol N° 681-2006, voto en contra de los Ministros Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández, considerando décimo octavo.

trabajo. Sin embargo, resulta interesante dejar establecidas las diferencias que el mismo Tribunal Constitucional ha ido decantando entre la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y la declaración de inconstitucionalidad.

Así, desde el punto de vista del *origen o impulso procesal*, el requerimiento de inaplicabilidad corresponde a las partes de la gestión pendiente y al juez que conoce el asunto; en cambio, la declaración de inconstitucionalidad sólo corresponde ser iniciada de oficio por el Tribunal Constitucional, o por acción pública.

En cuanto al *tipo de control*, mientras la inaplicabilidad es un control concreto que se ejerce respecto de un caso particular, la inconstitucionalidad se manifiesta como un control abstracto mediante el cual “se contrasta la norma constitucional con el precepto legal, con prescindencia de los efectos que su aplicación pudiere generar en cualquier caso sometido a proceso”.<sup>23</sup>

Finalmente, en cuanto a *sus efectos*, la inaplicabilidad deja inaplicable el precepto legal en un caso particular con efectos relativos, particulares, manteniéndose su vigencia como ley de la República; en cambio, la declaración de inconstitucionalidad produce la derogación del precepto legal con efectos generales, *erga omnes* y no retroactivos, *ex nunc*, quedando fuera del ordenamiento jurídico. Esto último en función de lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 94 que señala: “... el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, *se entenderá derogado* desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”.

## V. Conclusiones

De lo expresado se ha podido constatar que las nuevas atribuciones constitucionales que el constituyente de 2005 confirió al Tribunal Constitucional traen consigo una influencia determinante de sus decisiones en todo el ordenamiento jurídico. Son numerosos los Códigos de la República cuyas disposiciones se han visto afectadas por declaraciones de inaplicabilidad por vulnerar derechos fundamentales.

El Tribunal tiene atribuciones, debe ejercerlas y, efectivamente, así lo ha hecho desde que le fueron conferidas, y eso es lo que corresponde en un país que respeta los principios democráticos y la voluntad del poder constituyente.

Sin embargo, a la luz de su aplicación han ido surgiendo interrogantes de orden jurídico y también práctico –algunas de las cuales se vislumbran en las prevenciones y votos disidentes de las sentencias– que requieren atención y que deberán ser abordadas por la misma jurisprudencia, por la doctrina y por la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional aún en tramitación legislativa.

<sup>23</sup> STC Rol N° 891-2007-INA considerando quinto.

Un órgano con atribuciones tan vigorosas que pueden gravitar e influir en los más variados aspectos del ordenamiento jurídico debe, a nuestro juicio, necesariamente actuar con moderación, considerar la eficacia de su decisión y no desvincularse de la realidad concreta donde tendrán aplicación sus decisiones.