

**LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN LA  
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**Jorge Barrera Rojas**

Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo  
Abogado, Universidad de Chile  
Master of Laws (LL.M.), University of California, Los Angeles  
Doctor of Juridical Science (J.S.D.) candidate, University of Notre Dame

Agosto, 2020

## I. CONTENIDOS

I.	Jurisprudencia Constitucional en Materia de Inaplicabilidad: Consensos y Precedentes. ....	2
II.	La Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad Antes y Después del Año 2005 .....	4
III.	Jurisprudencia Reciente y Relevante Sobre Admisibilidad de los requerimientos de inaplicabilidad .....	5
	a) Acción de Inaplicabilidad contra Preceptos de un Tratado Internacional. ....	5
	b) La Falta de Fundamento Plausible: Obligación de Hacerse cargo de Pronunciamientos Recientes del Tribunal .....	6
IV.	Sentencias Recientes que Conocen el Fondo de la Acción de Inaplicabilidad. ....	7
	a) Fondos de Pensiones.....	7
	b) Facultades del Consejo Nacional de Televisión.....	8
	c) Juicio de Cuentas.....	8
	d) Inaplicabilidad Por Vicios de Forma: Un Pronunciamiento Pendiente.....	8
V.	Conclusiones .....	9

## I. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE INAPLICABILIDAD: CONSENSOS Y PRECEDENTES.

En una interesante columna publicada en el Mercurio Legal,<sup>1</sup> el Prof. Enrique Navarro nos detalla la importancia de que las decisiones adoptadas por el Excelentísimo Tribunal Constitucional (en adelante, el “TC”, o el “Tribunal Constitucional”) sean lo más consensuadas posibles, pues de esta forma, podemos tener “una adecuada muestra de lo que supone una fundada y consistente jurisprudencia”. Continúa en esta línea, señalando que “deben celebrarse las resoluciones dictadas por el TC en las que se ha obtenido un alto grado de acuerdo, porque ellas dan cuenta de un adecuado proceso deliberativo en el que se busca una decisión más sabia. En tal sentido, deben resaltarse tres sentencias dictadas en el último tiempo y en el que se alcanza un evidente consenso que debe felicitarse, porque dan cuenta de una verdadera “jurisprudencia”.”<sup>2</sup>

Finalmente, si bien la columna en su desarrollo hace referencia específicamente a tres sentencias conocidas por el TC—dos inaplicabilidades y un requerimiento por inconstitucionalidad—, nada obsta a que este mismo juicio

---

<sup>1</sup> Navarro, Enrique. Justicia Constitucional y consenso en las sentencias. El Mercurio Legal. 11 de agosto de 2020.

<sup>2</sup> Ibid.

aplique respecto de las decisiones adoptadas en ejercicio de otras acciones constitucionales, como lo serían los requerimientos parlamentarios.

En esta línea, y muy relacionado con lo anterior, encontramos la tesis que hasta hace muy pocos años ilustraba el Prof. José Francisco García, relativo a la creciente tendencia del TC seguir sus propios precedentes (precedente horizontal).<sup>3</sup> Ello lo hacía ya sea (i) aplicando sus propios test,<sup>4</sup> (ii) rescatando conceptos o categorías doctrinarias particulares,<sup>5</sup> o (iii) fijando un conjunto de precedentes que enmarcan el debate y la resolución de la sentencia.<sup>6</sup> Luego, el TC aplica las categorías anteriormente señaladas, ya sea (i) explicitando el precedente en su decisión,<sup>7</sup> (ii) explicitar la necesidad de cambio de precedente u *overruling*,<sup>8</sup> y (iii) como elemento de denuncia de la minoría respecto del apartamiento del precedente del propio Tribunal.<sup>9</sup>

Pues bien, algo quizás relevante para adicionar a lo ya señalado por el Prof. Navarro, en relación con la existencia fáctica de un precedente horizontal vinculante en el TC, y en específico aplicable a la acción de inaplicabilidad, es que luego de la avalancha de requerimientos relativos a la Ley Emilia y los cambios operados en la Ley de Control de Armas y la ley N° 18.216 sobre penas sustitutivas,<sup>10</sup> también resulta posible dar cuenta de una mayoría sostenida, aun cuando ciertamente, no se equiparan a los tres casos a que hace referencia el Prof. Navarro en su columna.

---

<sup>3</sup> García, José Francisco. TC y el precedente horizontal (de nuevo). El Mercurio Legal. 23 de noviembre de 2016

<sup>4</sup> Por ejemplo, el “test” de proporcionalidad aplicado para resolver el Requerimiento contra la ley de presupuestos el año 2015 relativo a la gratuidad universitaria.

<sup>5</sup> Como los contornos del concepto de “autonomía de los cuerpos intermedios” reconocido nuevamente en fallo reciente por requerimiento contra Decreto Supremo que fija el Reglamento de Objeción de Conciencia Institucional.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> People Meter I y II

<sup>8</sup> Tal cual ocurrió en sentencia recaída en requerimiento contra la ley que crea el Administrador Provisional y de Cierre de las Instituciones de Educación Superior, donde el TC expresamente señala que procede a “cambiar el precedente” contenido en STC Rol 184 del año 1994.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> Las inaplicabilidades por este concepto superan el 90% de las causas que conoce el TC actualmente

## II. LA INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD ANTES Y DESPUÉS DEL AÑO 2005

Tal como relatamos en conjunto con el ministro Rodrigo Pica en columna en el Mercurio Legal el año 2019,<sup>11</sup> la acción de inaplicabilidad previa al año 2005 ante la Excelentísima Corte Suprema, durante 80 años no fue ni eficaz ni exitosa.

Ello, debido principalmente a que la inaplicabilidad del constituyente derivado del año 2005 difiere bastante en naturaleza respecto de la inaplicabilidad que se tramitaba ante la Corte Suprema. En efecto, el antiguo artículo 80 de la Constitución señalaba que esta última podía declarar inaplicable *“todo precepto legal contrario a la Constitución”*, por lo que lo que había no era precisamente un control concreto de constitucionalidad, sino que un control abstracto pero aplicable al caso concreto. Por otra parte, si analizamos lo dispuesto en el artículo 93 N° 6 de la Constitución, donde el TC lo que hace es verificar si resulta inaplicable *“un precepto legal cuya aplicación... resulte contraria a la Constitución”*, nos enfrentamos a un verdadero control concreto, en donde es la aplicación de la norma en un determinado supuesto específico, lo que resulta contrario a la Carta Fundamental, y no un precepto legal en sí mismo, entendiéndose que este se encuentra conforme a la Constitución en todas sus demás aplicaciones posibles.

Lo anterior, resulta relevante para entender, por una parte, el por qué las inaplicabilidades impetradas ante la Corte Suprema tenían tan poco éxito, tomando en consideración que la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, si bien tenía efectos solo para el caso concreto, significaban para el Máximo Tribunal una declaración de que la norma era inconstitucional en abstracto, lo cual obviamente chocaba –en teoría al menos– con el principio de deferencia al legislador y generaba, al mismo tiempo, una contradicción funcional insalvable: un tribunal de casación, garante de la sumisión a la ley, que al mismo tiempo era tribunal de control de normas que podía romper esa misma sumisión para el juez.

Sin perjuicio de ello, tampoco debemos descartar que esta *“autorrestricción”* por parte de la Corte Suprema, y previo a la reforma del año 2005, haya significado que en la práctica existieran preceptos legales que nacieron a la vida del derecho siendo contrarios a la Constitución, pero que, no obstante aquello, la Corte Suprema terminó tolerando en muchos casos dichas vulneraciones, tal como lo fue su

---

<sup>11</sup> Barrera, Jorge: Pica, Rodrigo. Reflexiones relativas a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. El Mercurio Legal. 29 de agosto de 2019.

temprana doctrina de los años 30, en la cual se declaraba incompetente para conocer vicios e constitucionalidad de forma.

Finalmente, y para lo que interesa a la presente minuta, no resulta posible analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, sin tomar en consideración que estamos frente a una acción constitucional diversa a la que le tocó conocer a la Corte Suprema. Así las cosas, no resulta del todo correcto traspasarle al TC la carga por la existencia de un mayor número de requerimientos de inaplicabilidad ni de inaplicabilidades acogidas, en comparación con lo que ocurría antes del año 2005, pues, resultan realidades algo incomparables, habida cuenta que la naturaleza misma de la acción constitucional en comento es distinta y que, tal como dimos cuenta en el acápite anterior, la estadística existente debiese de partida desglosar las causas relativas tanto a Ley de Control de Armas, la Ley N° 18.216, sobre penas alternativas, así como al año de presidio efectivo de la llamada “Ley Emilia”, que hoy son la gran mayoría de causas que conoce el Tribunal Constitucional.

### **III. JURISPRUDENCIA RECIENTE Y RELEVANTE SOBRE ADMISIBILIDAD DE LOS REQUERIMIENTOS DE INAPLICABILIDAD**

#### **a) ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD CONTRA PRECEPTOS DE UN TRATADO INTERNACIONAL.**

Con fecha 06 de agosto de 2020, la primera sala del TC dio un importante vuelco jurisprudencia, y procedió a declarar admisible un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra de determinados artículos del Estatuto de Roma. Esta resolución de admisibilidad resulta novedosa, toda vez que la opinión del Tribunal, casi incontrovertida hasta esta fecha en sede de inaplicabilidad, fue que los requerimientos en contra de tratados debían ser declarados inadmisibles, habida cuenta de que no constituían preceptos de rango legal, y por tanto, no cumplían con el requisito fijado en el artículo 84 N°4 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (en adelante, la “LOCTC”).<sup>12</sup>

Los argumentos esgrimidos por la resolución de admisibilidad de 6 de agosto consisten en que, en primer lugar, los tratados internacionales han sido considerados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacionales, como "preceptos

---

<sup>12</sup> STC Rol 2789 c. 7 y 6447, c. 8° a 11°, e incluso la misma sala en STC 7102.

legales" para los efectos de examinar su constitucionalidad, tanto bajo la vigencia de la Constitución de 1925 como en el actual texto constitucional.<sup>13</sup>

A ello se suma que en STC Rol 346-02, relativo a la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el TC indicó que la reforma constitucional de 1989 al artículo 5° inciso segundo de la Carta Fundamental, en caso alguno reconoció que los tratados internacionales sobre derechos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la Ley Fundamental.<sup>14</sup>

Finalmente, sostiene el fallo que ha sido el propio TC ha señalado que si bien "el tratado internacional no es propiamente una ley, pues no se somete al mismo procedimiento que ella" (...), sin embargo, (...) "no obsta a que éste, una vez aprobado por el Congreso Nacional y ratificado por el Presidente de la República, se integre a nuestro derecho interno como un "precepto legal", concepto que siempre se ha entendido por esta Magistratura, como antiguamente por la Corte Suprema, cuando era ella quien conocía del recurso de inaplicabilidad, en un sentido amplio" (STC 1288, considerandos 52 y 53, referido al control preventivo de la Ley N2 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, Santiago, 25 de agosto de 2009)".<sup>15</sup> (énfasis añadido)

#### **b) LA FALTA DE FUNDAMENTO PLAUSIBLE: OBLIGACIÓN DE HACERSE CARGO DE PRONUNCIAMIENTOS RECIENTES DEL TRIBUNAL**

En efecto, recientemente el Tribunal Constitucional ha adoptado un criterio a lo menos controversial, consistente en declarar inadmisibles aquellos requerimientos cuya cuestión planteada contradice pronunciamientos recientes del TC, sin hacerse

---

<sup>13</sup> "Así lo reconocía el constitucionalista Alejandro Silva Bascuñán, al afirmar que en aquella Carta el referido concepto se contenía en las siguientes fuentes normativas: en las leyes ordinarias o corrientes; los decretos con fuerza de ley; los decretos leyes y, los tratados internacionales, que al ser ratificados y promulgados tienen el valor o fuerza de ley" (Los preceptos legales en la Nueva Constitución, Revista Chilena de Derecho, Volumen 9, año 1982, p. 111); y lo mismo Teodoro Ribera, "es forzoso concluir que el Tribunal Constitucional debe ejercer un control a posteriori de la constitucionalidad de los tratados, sea mediante el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad o bien mediante la declaración de inconstitucionalidad", (Teodoro Ribera Neumann, "Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional", en revista Estudios Constitucionales, número 1, 2007, pp. 89-118)"

<sup>14</sup> STC 346-02, considerando 62

<sup>15</sup> STC 8872

cargo, en derecho, de los pronunciamientos previos en que se descartó el reproche alegado.<sup>16</sup>

Ahora bien, ciertamente este criterio resulta a lo menos cuestionable, y podría perfectamente tomarse como un prejuizgamiento del propio TC y aun antes de conocer el fondo del asunto controvertido, cuestión que sólo debiese verificarse ante el Pleno.

En rigor, la situación del numeral 6º del artículo 84 de la LOCTC, ya ha sido advertida por el suscrito, insistiendo en la necesidad de definir claramente en la ley orgánica del TC lo que debe entenderse por “falta de fundamento plausible” en materia de inaplicabilidad, pues, ese debiera ser el gran filtro de admisibilidad. Sin embargo, hoy no existe definición legal alguna al respecto, siendo necesario que el legislador establezca también la necesidad de argumentar en torno a la relevancia constitucional del asunto que se pretende sea conocido, sin dejarlo al mero arbitrio del Tribunal.<sup>17</sup>

#### **IV. SENTENCIAS RECIENTES QUE CONOCEN EL FONDO DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD.**

##### **a) FONDOS DE PENSIONES**

Tal como sostiene el Prof. Navarro en su columna, la sentencia definitiva del requerimiento Rol 7442, en que se cuestionan ciertas y determinadas disposiciones del DL 3.500 que impiden a los trabajadores el poder disponer de los dineros que forman parte de su cuenta individual en las AFP, fue rechazado de manera unánime.

Señala el TC que los fondos previsionales constituyen una propiedad que ha nacido afectada a una finalidad específica: generar pensiones, pudiendo usarse solo con ese fin; constituyendo un verdadero “patrimonio de afectación”, lo cual no se contrapone con el derecho de propiedad, sino que, por esta circunstancia, nos encontramos frente a una “especie de propiedad”.

---

<sup>16</sup> STC Rol 6423, y Rol 6438. En el mismo sentido STC Rol 6556 Rol 6698, Rol 6814 Rol 6820, Rol 6868 Rol 6914, Rol 7092 Rol 7376, Rol 7431, Rol 7556.

<sup>17</sup> Barrera, Jorge: Pica, Rodrigo. Reflexiones relativas a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. El Mercurio Legal. 29 de agosto de 2019.

## **b) FACULTADES DEL CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN**

Con fecha 30 de julio de 2020, el TC declaró inaplicable por inconstitucional, el artículo 33 N° 2 de la Ley 18.838 (modificado por las leyes 19.131 y 20.750), que permite al CNTV la aplicación de multas de entre 20 y 200 unidades tributarias mensuales (tratándose de concesionarias de servicios de radiodifusión televisiva o permisionarios de servicios limitados de televisión regionales) e incluso hasta 1.000 UTM (para el caso de servicios de radiodifusión televisiva o permisionarios de servicios limitados de televisión de carácter nacional).<sup>18</sup>

En el caso concreto, la disposición “no garantiza realmente que el Consejo Nacional de Televisión o el juez del fondo, en su caso, puedan ajustar o calibrar la sanción, quedando entregada la determinación precisa de la multa, en el caso concreto, a la sola apreciación discrecional de quien la impone y ello no por defecto o error en la apreciación de dicho Consejo, sino porque el precepto legal contenido en el artículo 33 N° 2 de la Ley N° 18.838 adolece de criterios, márgenes o parámetros que son constitucionalmente exigidos para que resulte, en su aplicación, respetuoso de la Carta Fundamental;”<sup>19</sup>

Así las cosas, el TC decidió declarar la inaplicabilidad por inconstitucional del precepto legal requerido, “al no contemplar criterios objetivos, reproducibles y verificables que determinen no sólo un mínimo y un máximo del monto de la multa a ser aplicada por el Consejo Nacional de Televisión, sino los elementos indispensables necesarios para que respete el estándar constitucional de proporcionalidad, de lo cual se sigue que su aplicación, en este caso concreto, resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 19 numerales 2° y 3° de la Carta Fundamental.”<sup>20</sup>

## **c) JUICIO DE CUENTAS**

El TC conoció de un requerimiento formulado contra el artículo 127 de la Ley N° 1.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría. Ello, atendido que la aplicación de esa norma infringe la igualdad ante la ley y el derecho a defensa, así como la igual protección de la ley en el ejercicio de derechos, el debido proceso y el derecho de propiedad (artículo 19 Nos 2, 3 y 24 de la Constitución), en tanto se restringe la defensa de los actores, tanto por el mínimo número de excepciones oponibles, como por los alcances y fines de la impugnación.

## **d) INAPLICABILIDAD POR VICIOS DE FORMA: UN PRONUNCIAMIENTO PENDIENTE.**

Un tema que ha salido a la palestra nuevamente en las últimas semanas es el que dice relación con la posibilidad o imposibilidad de que el TC pueda conocer de

---

<sup>18</sup> STC 8196

<sup>19</sup> Ibid. Considerando 24

<sup>20</sup> Ibid. Considerando 27.

una inaplicabilidad por inconstitucionalidad, alegando vicios de forma en el proceso legislativo.

En esta línea, es dable partir señalando que, la Corte Suprema en forma sostenida, manifestó su rechazo a conocer de la inaplicabilidad por vicios de forma, por dos razones: i) los vicios de forma solo pueden controlarse en un control preventivo de constitucionalidad, y ii) la naturaleza misma de la inaplicabilidad impide controlar vicios de forma.<sup>21</sup> Luego en 1995, la Corte Suprema volvió a pronunciarse sobre este asunto en relación a la inaplicabilidad de las normas relativas a las extinciones de pertenencias mineras reguladas en el Código de Minería, las cuales exigiría quórum de ley orgánica constitucional.

Después del año 2005, y tal como señala la Prof. Valeria Lübbert,<sup>22</sup> podemos reconocer tres etapas en el Tribunal Constitucional. Una primera, que admite que tiene competencia para conocer vicios de forma y los analiza, en definitiva, concluye que no había tal vicio (estos casos también son relativos al artículo 96 del Código de Minería que regula las concesiones sobre pertenencias mineras). Una segunda etapa, relativa a las facultades del Ministerio Público, donde el TC sostuvo que tenía competencia para conocer de la inaplicabilidad por vicios de forma, pero sin analizar dichos vicios. Y finalmente, desde 2011 en adelante, a propósito de la institución del *solvo et repete* del antiguo 474 del Código del Trabajo, donde el TC reconoce su competencia para conocer por vicios de forma, pero siempre como argumento o canon interpretativo adicional (no autónomo), en este caso, fue por haberse limitado facultades jurisdiccionales sin ley orgánica constitucional mediante.<sup>23</sup>

En suma, si bien no hay ningún caso en que el Tribunal Constitucional haya acogido una inaplicabilidad exclusivamente por vicios de forma, la jurisprudencia sobre la materia parece inclinarse a reconocer la posibilidad de hacerlo<sup>24</sup>.

## V. CONCLUSIONES

La presente minuta buscó partir entregando algunos elementos previos a fin de circunscribir el debate jurisprudencial en el seno del TC. Luego, se procedió a diferenciar la inaplicabilidad que era conocida por la Corte Suprema, de aquella que

---

<sup>21</sup> Lübbert, Valeria. " El proceso legislativo frente a los jueces: el caso de la inaplicabilidad por vicios de forma." Revista de Derecho Público [En línea].76 (2012): Págs. 373-391. Web. 13 ago. 2020, citando SCS Rol N° 17.769, de 19.04.1985.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> STC Rol N° 1580, de 27.01.2011 y N° 1865, de 14.07.2011, c. 6 y c. 5 respectivamente

<sup>24</sup> Lübbert, Valeria. Ob. Cit.

actualmente es requerida ante el TC. Y finalmente, se mencionaron a vía meramente ejemplar, algunas de las decisiones más relevantes en el último tiempo, respecto a temas relativos a la admisibilidad de los requerimientos, así como determinadas sentencias que resuelven conflictos constitucionales de fondo.

El debate entorno al futuro de la Inaplicabilidad, ciertamente será objeto de arduas discusiones en el seno de la Convención Constitucional, donde incluso se enarbolan banderas a fin de que dicho control ex post vuelva a la Corte Suprema. Es de esperar de que la acción no sufra una desnaturalización tal, que impida que los particulares puedan en el futuro hacer uso de una herramienta clave para la salvaguarda de la supremacía constitucional.