

# III. DERECHO POLÍTICO IBEROAMERICANO



**LA FISONOMÍA DE LA ACCIÓN  
DE INAPLICABILIDAD EN LA  
FUTURA CONSTITUCIÓN CHILENA  
¿CONTROL CONCRETO?**

MIRIAM HENRÍQUEZ VIÑAS

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. PREMISA DEL TRABAJO, METODOLOGÍA Y PLAN DE ANÁLISIS. 3. LA FISONOMÍA DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL MAYORITARIA. 4. EL CUESTIONAMIENTO DE CIERTOS AUTORES AL CARÁCTER CONCRETO DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD. 5. LOS VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD Y EL CONTROL ABSTRACTO. 5.1 El problema. 5.2. La práctica del Tribunal Constitucional respecto a los vicios de inconstitucionalidad. 6. CONCLUSIONES PRELIMINARES SOBRE EL TEXTO APROBADO.

Fecha recepción: 10.04.2022  
Fecha aceptación: 06.09.2022

# LA FISONOMÍA DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD EN LA FUTURA CONSTITUCIÓN CHILENA ¿CONTROL CONCRETO?

MIRIAM HENRÍQUEZ VIÑAS<sup>1</sup>

Universidad Alberto Hurtado

## 1. INTRODUCCIÓN

Chile inició un proceso de cambio constitucional profundo que busca el reemplazo de la actual Constitución Política de la República (en adelante la Constitución Política).

Uno de los temas que se modificó en la propuesta de nuevo texto constitucional es el relativo a la jurisdicción constitucional. Este cambio atendió a la ya tradicional crítica al carácter contramayoritario de este tipo de órganos. Tal crítica se agudizó cada vez que el órgano de justicia constitucional ejerció el control previo de constitucionalidad de proyectos de ley sobre asuntos políticamente sensibles y relevantes para la sociedad, y cuya declaración de inconstitucionalidad convirtieron al Tribunal Constitucional en una tercera Cámara con poder de veto. A la crítica del carácter contramayoritario se sumaron otra serie de objeciones, entre las que destacaron: a) Que las decisiones del Tribunal Constitucional, pese a que inciden en cuestiones muy relevantes de carácter político, no están sujetos a control. Tampoco sus miembros son

---

<sup>1</sup> Abogado, Universidad Nacional del Comahue, República Argentina. Magíster en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile. Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad de Santiago de Compostela, España. Profesora Asociada de Derecho Constitucional Universidad Alberto Hurtado. Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Dirección Postal Almirante Barroso 10, Santiago, Chile. Email: mhenriqu@uahurtado.cl. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5900-9347>

El presente artículo se escribió con el apoyo de la Vicerrectoría de Investigación y Postgrados de la Universidad Alberto Hurtado en el marco del Fondo de ayudantías de investigación 2022. Agradezco la colaboración del Ayudante de Investigación de la Universidad Alberto Hurtado, Licenciado en Derecho Ariel Pérez Aubel, por la revisión y selección de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

responsables políticamente<sup>2</sup>; y b) Que sus sentencias no se coordinan adecuadamente con las de los tribunales de justicia, particularmente con las de Corte Suprema<sup>3</sup>.

Hasta antes del inicio del proceso constituyente en curso, las respuestas a tales críticas fueron canalizadas a través de propuestas de reforma constitucional<sup>4</sup>. En los días que se escriben estas líneas, es posible constatar que la Convención Constitucional —órgano encargado de proponer un nuevo texto constitucional— barajó las siguientes alternativas de cambio: a) Radicar la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la Corte Suprema<sup>5</sup>; y b) Mantener el control de constitucionalidad concentrado en un órgano especializado de justicia constitucional, posiblemente como una Corte Constitucional, con cambios a la competencias de control previo<sup>6</sup>. No se plantearon iniciativas de norma constitucional que propusieran mudar el modelo por un control judicial difuso.

Ambos escenarios posibles de cambio dejaron a salvo el control posterior de las normas jurídicas, ya sea que lo ejerciera exclusivamente la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional. Sin embargo, la alternativa a) excluiría el control previo, toda vez que el control sólo procedería respecto de la aplicación de una norma legal en un juicio o gestión pendiente, mientras que la alternativa b) mantendría —aunque probablemente de forma acotada— el control previo de ciertos proyectos de ley. De allí que es relevante analizar cuál sería la fisonomía de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (en adelante acción de inaplicabilidad) como principal acción de control posterior de los preceptos legales<sup>7</sup>.

Respecto a las competencias de control previo de constitucionalidad<sup>8</sup>, las propuestas de modificación fueron: a) Eliminarlo completamente, dejando subsistente

---

<sup>2</sup> Sobre esta temática ver BUSCH, T. (2019). *El control del juez constitucional*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch».

<sup>3</sup> HENRÍQUEZ, M. (2019). «La jurisdicción constitucional en Chile», en Von Bogdandy, Casal, Morales, Correa, editores, *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune, Vol. I*, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 172 – 173.

<sup>4</sup> En ese sentido se encaminan la decena de proyectos de reforma constitucional al Tribunal Constitucional, que se encuentran en tramitación. (Boletines N°s. 11.663-07; 11680-07; 11099-07; 5803-07; 5802-07; 6186-07; 10082-07; 11374-07; 11389-07; 12076-07).

<sup>5</sup> Ver iniciativa constituyente de norma constitucional N° 89.

<sup>6</sup> Ver iniciativa constituyente de norma constitucional números 325, 472 y 915.

<sup>7</sup> El ejercicio de la acción de inaplicabilidad en 2019 ocupó casi el 98% del total de asuntos ingresados para el conocimiento del TC en ese año. Ver en Cuenta Pública de la Presidenta del Tribunal Constitucional, 2019, en el apartado Actividad Jurisdiccional 2019, p. 25.

<sup>8</sup> Las reformas propuestas al Tribunal Constitucional, anteriores al actual proceso constituyente, se concentran principalmente en sus atribuciones de control previo de los proyectos de ley y en perfeccionar la acción de inaplicabilidad. Ver Informe final. Grupo de estudio de reforma al Tribunal Constitucional. 25 propuestas para un Tribunal Constitucional del siglo XXI, junio de 2019, pp. 31-32.

solo el control posterior de constitucionalidad<sup>9</sup>; y b) Limitarlo al control de los tratados internacionales y de los vicios de forma de las normas con jerarquía legal<sup>10</sup>.

En relación con la acción de inaplicabilidad, algunos aspectos que se sugirieron revisar o perfeccionar con ocasión del proceso constituyente son: a) Sus presupuestos de admisibilidad; b) El valor y los efectos de la sentencia estimatoria de inaplicabilidad para la justicia ordinaria; c) La mayoría de votos exigida para dictar la sentencia estimatoria de inaplicabilidad; d) La oportunidad de interposición de la acción; e) El estándar argumentativo requerido para la medida de suspensión de la gestión pendiente; f) El conocimiento y decisión en salas; g) La relación entre la acción de inaplicabilidad y la acción de inconstitucionalidad; y h) La naturaleza concreta del control. Sobre este último aspecto versará el presente trabajo.

## 2. PREMISA DEL TRABAJO, METODOLOGÍA Y PLAN DE ANÁLISIS

La dogmática constitucional mayoritaria y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han afirmado sostenidamente que la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad implica un control concreto de constitucionalidad de las leyes, ejecutado mediante un examen incidental que realiza el Tribunal Constitucional acerca de la constitucionalidad de la aplicación de la norma jurídica con rango legal con ocasión de una gestión pendiente, que por su configuración produce efectos particulares. A juicio de esa dogmática y de la jurisprudencia, este control no examina la constitucionalidad del precepto legal, sino que controla si su aplicación en un caso concreto produce efectos inconstitucionales.

Sin embargo, ciertos vicios de constitucionalidad, tales como los vicios de forma (de procedimiento y de incompetencia material); los vicios que suponen una contradicción al principio de legalidad material (principio de legalidad en materia penal, en materia administrativa sancionatoria, en materia tributaria, entre otros); y los manifiestamente contrarios a la Constitución son originarios y afectan la constitucionalidad de la norma legal. En cuyo caso, y siguiendo el predicamento sobre la naturaleza de la acción de inaplicabilidad, no serían controlables por esa vía. No obstante, sí se ha ejercido respecto de ellos el control posterior a través de la acción de inaplicabilidad.

En tal sentido, la premisa que guía este trabajo es la siguiente: el proceso constituyente en curso abrió un espacio para diferenciar dos tipos de exámenes en el ámbito de la acción de inaplicabilidad. Un control de los efectos inconstitucionales que un precepto legal, no afectado por un vicio de inconstitucionalidad, genera por su aplicación en una gestión judicial específica. Y otro, de un precepto legal que necesi-

---

<sup>9</sup> Ver iniciativa constituyente de norma constitucional N°. 89.

<sup>10</sup> Ver iniciativa constituyente de norma constitucional N°. 325, artículo 6 N°. 3 y 5.

riamente producirá efectos inconstitucionales porque es inconstitucional. El primero conduce a un control concreto y el segundo a un control abstracto.

Para confirmar la premisa expuesta se propone el siguiente plan de análisis: a) Sintetizar la fisonomía de la acción de inaplicabilidad desde la perspectiva de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la dogmática constitucional mayoritaria; b) Reseñar las objeciones de ciertos autores al carácter concreto de la acción de inaplicabilidad; c) Distinguir el vicio de inconstitucionalidad que afecta una norma legal de aquel causado por la aplicación de un precepto legal en un caso concreto, vinculándolos con el control abstracto y concreto en sede de inaplicabilidad; d) Relacionar estas categorías con la práctica del Tribunal Constitucional a propósito de los vicios de inconstitucionalidad; y e) Analizar el texto aprobado por el Pleno de la Convención Constitucional y algunas consideraciones finales.

Para la ratificación de la premisa y el cumplimiento del plan de análisis trazado se sigue el método deductivo, para lo cual se sintetizan las posiciones de la dogmática constitucional chilena en lo referido a las características de la acción de inaplicabilidad, las distinciones entre los vicios de inconstitucionalidad y los vicios de los efectos inconstitucionales, el control concreto y el control abstracto de constitucionalidad. También se sigue el método inductivo, basado en el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para reconocer su postura y práctica, desde el año 2006 a la fecha, pero sin un afán exhaustivo, sobre el carácter de la acción de inaplicabilidad, diferenciando entre aquellas sentencias que en la práctica efectúan un control de inaplicabilidad por los efectos inconstitucionales de aquellas que efectúan un control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad total de la norma.

### 3. LA FISONOMÍA DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL MAYORITARIA

La Constitución Política fue reformada en el año 2005, por ley N°. 20.050 que delineó una nueva atribución de control posterior de los preceptos legales, radicándola en el Tribunal Constitucional: la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad<sup>11</sup>. Inmediatamente se estableció esta acción, tanto la doctrina como la jurisprudencia buscaron diferenciarla del *recurso* de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, conocido anteriormente por la Corte Suprema. La nueva acción correspondería a un control concreto, en tanto el otrora recurso se habría configurado como un control abstracto.

---

<sup>11</sup> Regulada en el artículo 93: Son atribuciones del Tribunal Constitucional: «6° Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución».

En general, la jurisprudencia constitucional basó la diferencia en la simple comparación del texto de la norma reformada con el antiguo artículo 80 de la Constitución. Mientras antes se habría tratado de una confrontación directa entre la 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>12</sup>.

Principalmente entre 2006 a 2012, el Tribunal Constitucional aseveró que la acción de inaplicabilidad supone: a) Una decisión jurisdiccional que recae en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto legal puede tener en cada caso concreto, destacando que se trata de un control de constitucionalidad de la aplicación del precepto legal y no del precepto mismo; b) Un fallo que no recae en la contradicción abstracta y universal del precepto legal con la normativa constitucional; c) Que la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal no significa que éste sea en sí mismo inconstitucional, sino que sólo lo es en el caso concreto en el cual se formula el requerimiento; d) Que el juicio de inaplicabilidad no puede prescindir del análisis de los hechos que estructuran la gestión pendiente, destacando que las características y circunstancias del caso concreto adquieren una relevancia mayor de la que se atribuía antes de la reforma constitucional de 2005; y e) Que la acción de inaplicabilidad se diferencia de la acción de inconstitucionalidad, en que la segunda requiere de una completa, abstracta y universal contradicción del precepto legal con la Constitución<sup>13</sup>.

Como se aprecia, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sentó que la acción de inaplicabilidad tiene un carácter concreto, que supone verificar si la aplicación del precepto legal produce efectos contrarios a la Constitución sin que le corresponda detenerse a examinar la constitucionalidad del precepto mismo<sup>14</sup>. Por ello, a juicio de este órgano, cobra especial relevancia el análisis de los hechos, las

<sup>12</sup> De esta forma lo expresó en las sentencias roles N.º 791, 821, 976, 946, 968, 1038, 1130, 1314, 1295, 1445, 1951, 1952. En general los fallos basan la diferencia en el propio texto constitucional. La reforma constitucional de 2005 a la Constitución Política radicó la facultad de ejercer la acción de inaplicabilidad en el Tribunal Constitucional y modificó la redacción que establecía el recurso de inaplicabilidad (artículo 80) conocido por la Corte Suprema previo a la enmienda. El actual artículo 93 N.º 6 se refiere a la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal «cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución», mientras que el antiguo artículo 80 señalaba «todo precepto legal contrario a la Constitución».

<sup>13</sup> Así, por ejemplo, lo señaló en las sentencias roles N.º 473, 517, 596, 588, 589, 623, 608 - 609- 610- 611 612, 741, 773, 791, 946, 968, 1295, 1445, entre otras.

<sup>14</sup> Como explica Manuel Núñez, «el Tribunal construye una versión vernácula de su competencia que consiste, por una parte, en considerar como impropia la revisión en abstracto de la norma y, por otra, en entender que lo propio de la inaplicabilidad consiste en determinar si la aplicación del precepto en la gestión específica resulta contraria a la Constitución». NÚÑEZ, M. (2012). «Desaplicación e inaplicabilidad de las leyes en Chile: ejercicio de la jurisdicción y control concreto de constitucionalidad». *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 19, N.º 2, p. 221.

características y circunstancias de la gestión pendiente que sirve de base al requerimiento. También sostiene que solo la acción de inconstitucionalidad —del artículo 93 N.º. 7 de la Constitución— importa el ejercicio de un control abstracto<sup>15</sup>. Sin embargo, como se analizará, el mismo Tribunal Constitucional en ciertas sentencias reconoce que la distinción entre control concreto y abstracto no es tan nítida en la acción de inaplicabilidad<sup>16</sup>.

Por su parte, la dogmática constitucional mayoritaria ha afirmado el carácter concreto de la acción de inaplicabilidad. Al respecto, algunos autores más críticos han prevenido sobre la dificultad de delimitar qué se entiende por control concreto, sobre la pluralidad de significados atribuidos a la categorización control concreto<sup>17</sup>, y la dificultad y poca atención que se ha dispensado al alcance del término<sup>18</sup>.

Pero al margen de estas opiniones sobre el significado del control concreto, la dogmática dominante esgrime que la reforma de 2005 supuso un cambio sustancial en la «naturaleza» o en la «fisonomía» del recurso de inaplicabilidad. La diferencia estribaría en que el recurso de inaplicabilidad fue un control abstracto entre el precepto legal y la norma constitucional. Mientras que la acción de inaplicabilidad supone un control concreto, más precisamente un control de la constitucionalidad de la aplicación del precepto legal a un caso particular, carácter que se destacaría si se lo distingue de la acción de inconstitucionalidad como control abstracto<sup>19</sup>. Esta

<sup>15</sup> Artículo 93 N.º. 7. Son atribuciones del Tribunal Constitucional: «Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior.»

<sup>16</sup> Por ejemplo, en las sentencias roles N.º. 1038 considerando cuarto, 810, considerando décimo, 1295, considerando décimo séptimo; y 2896, considerando primero

<sup>17</sup> ALDUNATE, E. (2009). *Jurisprudencia Constitucional 2006-2008*, Santiago, LegalPublishing, p.7.

<sup>18</sup> Por ejemplo, Rodrigo Pica cuestiona: «¿Es la inaplicabilidad un control de carácter concreto claramente configurado? ¿O bien es solo un aparente control concreto que en realidad solo está dotado del elemento incidental y debiera ser calificado de fronterizo?» PICA, R. (2009). «El carácter concreto del control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley en el derecho chileno». *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Vol. 16, N.º. 2, p. 124.

<sup>19</sup> Solo a modo ejemplar sostienen el carácter concreto de la acción de inaplicabilidad del artículo 93 N.º. 6 de la Constitución Política: VALENZUELA, W. (2019). «La sentencia de inaplicabilidad y su cumplimiento por parte de los tribunales de justicia». *Revista Estudios Constitucionales*, Vol.17, N.º. 1, p. 58; LÜBBERT, V. (2014) «El proceso legislativo frente a los jueces: El caso de la inaplicabilidad por vicios de forma». *Revista de Derecho Público*, N.º. 76, p. 381; COLOMBO, J. (2013). «Reflexiones sobre el Tribunal Constitucional a ocho años de la reforma de 2005», en Nogueira, H., *Reflexiones acerca del Tribunal Constitucional y sus competencias a ocho años de la reforma de 2005*, Santiago, Librotecnia, pp. 237 – 246, p. 243; GÓMEZ, G. (2013). *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, p. 36; RIVAS, D. (2013). *Naturaleza jurídica de la inaplicabilidad en el modelo chileno*, Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N.º. 51., p. 123; GARROTE, E. (2012). «Cosa Juzgada constitucional sui generis y su efecto en las sentencias del TC». *Revista Estudios Constitucionales*, Año 10 (N.º. 2), p. 416; ZÚÑIGA, F. (2010). «La relación Tribunal Constitucional - tribunales del fondo y los efectos de la sentencia de inaplicabilidad acerca de los presupuestos de la acción». *Anuario de Derecho Público*, N.º. 1, p. 372; SAENGER, F. (2009). «Control abstracto y concreto en la nueva inaplicabilidad», en VV.AA., *Temas actuales de Derecho Constitucional*.

distinción se funda principalmente —tal como lo hace la jurisprudencia del Tribunal Constitucional— en la diferencia textual del artículo 80 previo a la reforma constitucional de 2005 y el actual artículo 93 N°. 6.

El punto de partida doctrinal sobre el carácter de control concreto de la acción de inaplicabilidad y su modalidad de ejercicio, se encuentra en un artículo del año 2005 del profesor Lautaro Ríos<sup>20</sup>, profusamente citado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>21</sup> y por los autores nacionales. Entre las cuestiones que explica Lautaro Ríos es que «hay preceptos legales que pueden estar en perfecta consonancia con la Carta Fundamental y, no obstante ello, ser inaplicables a un caso particular, precisamente porque en la particularidad de ese caso, la aplicación de la norma legal objetada contraría los efectos previstos por la norma constitucional.» No se cuestiona el autor el caso contrario, esto es si vía acción de inaplicabilidad también se controlan aquellos preceptos legales que *per se* no están en consonancia con la Constitución y si, en esos supuestos, se ejerce un control abstracto de constitucionalidad.

#### 4. EL CUESTIONAMIENTO DE CIERTOS AUTORES AL CARÁCTER CONCRETO DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD

Ciertos autores han cuestionado, a propósito del entendimiento estándar de la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que: a) En sede de inaplicabilidad, la práctica del Tribunal Constitucional no es clara si corresponde al ejercicio de un control concreto o abstracto de constitucionalidad; y b) Es complejo concordar la situación de los preceptos manifiestamente inconstitucionales con la Constitución y el carácter concreto de la acción de inaplicabilidad.

---

*Libro Homenaje al profesor Mario Verdugo Marinkovic*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 28; SUÁREZ, C. (2009). «El recurso de inaplicabilidad en Chile a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N°. 13, p. 664; GARCÍA BARZELATTO, A. (2008). «Influencia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como nueva Atribución del Tribunal Constitucional». *Revista de Derecho Público*, 70, p. 127; ZÚÑIGA, F. Y VEGA, F. (2006). «El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y práctica». *Revista Estudios constitucionales*, Año 4, N°. 2, p. 149; MARTÍNEZ, J. (2005). «Recurso de inaplicabilidad, Tribunal Constitucional y juez ordinario en la reforma constitucional», en Nogueira, H., *La Constitución reformada de 2005*, Santiago, Librotecnia, p. 461, entre otros.

Un ejemplo de afirmación categórica sobre el carácter concreto de la acción corresponde a Francisco Zúñiga: «No se debe perder de vista, bajo ningún pretexto, que el análisis de inaplicabilidad objeto de estudio versa sobre un control concreto de constitucionalidad y no abstracto. Por esta razón, lo que se juzga es si la aplicación de un precepto legal para un caso concreto resulta o no contraria a la Constitución y no si el precepto legal es o no en sí mismo inconstitucional.» ZÚÑIGA, F. (2010). «La relación Tribunal Constitucional - tribunales del fondo y los efectos de la sentencia de inaplicabilidad acerca de los presupuestos de la acción». *Anuario de Derecho Público*, N°. 1, p. 402.

<sup>20</sup> RÍOS, L. (2005). «El proyecto de reforma constitucional sobre los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la justicia». *Revista Estudios Constitucionales*, Vol. 3, N°. 1, pp. 77 y 78.

<sup>21</sup> Tribunal Constitucional, Roles N°. 478, 529, 821.

Sobre una práctica poco clara, Eduardo Aldunate expresa que a veces «la referencia al carácter concreto del control es simple anuncio de lo que el Tribunal no hace.»<sup>22</sup> Y luego dice que «a pesar del énfasis que pone el Tribunal en el hecho de tratarse esta acción de un control concreto, tanto en su naturaleza como en sus efectos, es interesante destacar el tipo de argumentación que usa, que puede llegar a ser de carácter absolutamente general y abstracto, no sólo desvinculada del caso y de las pretensiones y alegaciones de las partes, sino que también desvinculada de las propias circunstancias de hecho que se trata de examinar.»<sup>23</sup> Por su parte, Javier Couso y Alberto Coddou reparan que el órgano de justicia constitucional en ciertos casos confunde el control concreto con el control abstracto o usa criterios abstractos para determinar la inaplicabilidad de preceptos legales<sup>24</sup>.

Respecto a la dificultad de concordar la situación de los preceptos manifiestamente inconstitucionales con un control concreto de constitucionalidad, Andrés Bordalí expone —a propósito de las acciones incoadas contra el artículo 116 del Código Tributario— que si el precepto legal ostenta una inconstitucionalidad intrínseca su contraste con la norma constitucional no admitirá conciliación, traducéndose, generalmente, en su aplicación contraria a la misma. En casos como este, la acción de inaplicabilidad se ve forzada a operar como un presupuesto para una posterior declaración de inconstitucionalidad, puesto que no habrá particularidad que permita excepcionar su aplicación en el caso concreto<sup>25</sup>.

Manuel Núñez expresa: «Cabe advertir que ello no significa que en la inaplicabilidad sea completamente imposible sostener que la ley, además de aplicada en ese caso, puede ser siempre y en todo lugar inconstitucional (esto es el *facial challenge* del que hablan los estadounidenses), como tampoco significa que el Tribunal sea enteramente coherente con este carácter concreto y con la pretendida relevancia de los hechos»<sup>26</sup>.

Más categóricamente, Ricardo Salas distingue entre «acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad impropia o abstracta» de la «acción de inaplicabilidad por inconstitucional propia o concreta». Sobre la primera afirma que «el objeto sometido a control es el propio precepto legal y no su aplicación a un caso concreto»<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> ALDUNATE, E. (2009). *Jurisprudencia Constitucional 2006-2008*, Santiago, LegalPublishing, p. 15.

<sup>23</sup> ALDUNATE, E. (2009). *Jurisprudencia Constitucional 2006-2008*, Santiago, LegalPublishing, p. 23.

<sup>24</sup> COUSO, J. Y CODDOU A. (2010). «La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un desafío pendiente». *Revista Estudios constitucionales*, Vol.8, N° 2, p. 420.

<sup>25</sup> BORDALÍ, A. (2006). Sentencia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del juez tributario, (Tribunal Constitucional). *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XIX, N° 2, p. 254.

<sup>26</sup> NÚÑEZ, M. (2012). «Desaplicación e inaplicabilidad de las leyes en Chile: ejercicio de la jurisdicción y control concreto de constitucionalidad». *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 19, N° 2, p. 222.

<sup>27</sup> SALAS, R. (2018). «Una reconstrucción dogmática de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Las inaplicabilidades propia e impropia, la legislación negativa singular, el control preventivo de

Por su parte, Cristian Román, asevera que la ley arbitraria: «es siempre inconstitucional, de lo que concluye que su aplicación en un caso particular siempre produce efectos contrarios a la Constitución, de ahí que se sostenga que el control concreto que importa la inaplicabilidad en relación a dicho precepto legal, se erige, en la práctica, en abstracto»<sup>28</sup>

Estas reflexiones abren espacio a la necesaria distinción entre un control concreto y abstracto en la acción de inaplicabilidad; y también a la constantemente negada coherencia entre la acción de inaplicabilidad y la acción de inconstitucionalidad<sup>29</sup>. Por cuanto, si se acepta la premisa de que un precepto legal inconstitucional, al aplicarse al caso concreto necesariamente produce efectos inconstitucionales, la exigencia del artículo 93 N°. 7 —en orden a que para declarar la inconstitucionalidad de una norma debe existir una declaración previa de inaplicabilidad— siempre debiera verificarse, con lo que establecerlo como condición parece lógico<sup>30</sup>.

## 5. LOS VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD Y EL CONTROL ABSTRACTO

### 5.1. *El problema*

Siguiendo a Marina Gascón, los vicios de inconstitucionalidad generalmente se catalogan en vicios de fondo y forma. Una norma legal podría ser declarada inconstitucional por vicios de fondo si contraviene las normas constitucionales que prede-

---

constitucionalidad de las sentencias y la equidad constitucional». *Revista Estudios Constitucionales*, Año 16, N°. 1, pp. 203-205.

<sup>28</sup> ROMÁN, C. (2010). «El requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como mecanismo de control de la arbitrariedad del legislador». *Revista de Derecho Público*, N°. 72, p. 348.

<sup>29</sup> Permite que cobre sentido el requisito de admisibilidad previsto para la acción de inconstitucionalidad como control abstracto: una previa sentencia estimatoria de inaplicabilidad (artículo 93 N°. 7 de la Constitución).

En un sentido contrario, es decir a la falta de consistencia entre ambas acciones, destaca Lautaro Ríos, quien afirma que al tratarse de dos acciones que corresponden a sistemas diferentes de control de constitucional, la inaplicabilidad a la esfera de control concreto y la inconstitucionalidad a la esfera de control abstracto, son incoherentes. RÍOS, L. (2009). «Análisis crítico de la acción de inconstitucionalidad en el derecho chileno, con referencias al derecho comparado». *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XV, p. 365.

<sup>30</sup> En el mismo sentido, Jorge Correa, quien también explica: «es perfectamente posible que las condiciones fácticas de la o de las gestiones pendientes analizadas en sede de inaplicabilidad determinen que la aplicación del precepto produzca efectos inconstitucionales, pero que no toda aplicación posible de la norma lo sea y, por ende, que no resulte inconstitucional en abstracto.» CORREA, J. (2011). *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional*, Santiago, Abeledo Perrot, pp. 70-72.

terminan sus posibles contenidos<sup>31</sup>. De esta contravención resulta un vicio de fondo, contenido, sustantivo o material o contradicción<sup>32</sup>.

Por otra parte, una norma legal podría ser declarada formalmente inconstitucional cuando no ha sido producida: a) Por el órgano competente; b) Según el procedimiento prescrito; y c) En el ámbito material reservado por la Constitución a la ley y a los distintos tipos de ley. La infracción a la primera condición señalada origina un vicio de incompetencia formal; de la segunda un vicio de procedimiento; y de la tercera un vicio de incompetencia material<sup>33</sup>. Estos vicios son rotulados como infracción o vicios de constitucionalidad de forma<sup>34</sup>.

Hechas las distinciones, el vicio de inconstitucionalidad ocurre cuando un precepto legal directa o manifiestamente es incompatible —material o formalmente— con la Constitución, independientemente de su aplicación en un caso concreto. Toda vez que, en todos los casos en que reciba aplicación, producirán efectos inconstitucionales. Esto, por cuanto el precepto legal es inconstitucional. Son ejemplos de vicios de inconstitucionalidad: a) Los vicios formales, más precisamente los vicios de procedimiento y los vicios de incompetencia material; b) Las contradicciones al principio de legalidad material; y c) Las contradicciones manifiestas a la Constitución, entre otros.

El problema, como se esbozó en la Introducción, es que mayoritariamente se ha concebido a la acción de inaplicabilidad como un control concreto. Sin embargo, cuando el Tribunal Constitucional conoce de los vicios de inconstitucionalidad vía acción de inaplicabilidad los resuelve sin considerar las circunstancias de la gestión pendiente que le sirve de sustento a la acción, y los efectos de su sentencia se generalizan. Es decir, ejerce un control abstracto; y lo hace porque este tipo de vicios siempre constituirán uno no concreto, siendo la inaplicabilidad la única vía procesal para conocerlo y purgarlo.

El cambio constitucional que se desarrolló en Chile era una oportunidad para entregar claridad sobre el pretendido carácter concreto de la acción de inaplicabilidad y reconocer que en algunos casos esta acción se ejerce como un control abstracto. Pero sobre todo era una oportunidad para separar la actual acción de inaplicabilidad en dos acciones, una de control concreto que resuelva los casos en que un precepto legal, aplicable en una gestión pendiente, produzca efectos inconstitucionales, de otra acción que implique un control abstracto de los vicios de inconstitucionalidad que afectan a una norma.

<sup>31</sup> GASCÓN, M. (1997). «Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes». *Doxa* 20, p. 144.

<sup>32</sup> HUERTA, C. (2007). *Conflictos normativos*, UNAM, México, pp. 52-58 y HENRÍQUEZ, M. (2016). *Las fuentes del orden constitucional chileno*, Santiago, Editorial Thomson Reuters, p. 5.

<sup>33</sup> GASCÓN, M. (1997). «Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes». *Doxa* 20, p. 144.

<sup>34</sup> HUERTA, C. (2007). *Conflictos normativos*, UNAM, México, pp. 52-58 y HENRÍQUEZ, M. (2016). *Las fuentes del orden constitucional chileno*, Santiago, Editorial Thomson Reuters, p. 5.

Siguiendo a Pizzorusso, el control concreto, en contraposición al abstracto, es un control que se ejerce en función de la aplicación que la disposición o norma de cuya constitucionalidad se duda debe recibir o ha recibido respecto de un supuesto de hecho determinado<sup>35</sup>. Según el mismo autor, el control abstracto significa, en cambio, un control de constitucionalidad realizado a partir de una referencia potencial a cualquier aplicación de la disposición o norma controlada que sea técnicamente hipotetizable y, por tanto, independiente de cualquier supuesto de hecho que pueda considerarse comprendido en las formulaciones abstractas previstas en la norma<sup>36</sup>.

El perfeccionamiento de la acción de inaplicabilidad podría distinguir entre: a) un *control de los efectos inconstitucionales* que un precepto legal, no afectado por un vicio de inconstitucionalidad, genera por su aplicación en una gestión judicial específica; y b) un *control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad* de un precepto legal afectado por un vicio de inconstitucionalidad.

La separación directamente en dos acciones podría significar: a) un control de los efectos inconstitucionales que un precepto legal produce por su aplicación en una gestión judicial pendiente, y llamarse propiamente *acción de inaplicabilidad*; y b) un control de constitucionalidad de un precepto legal afectado por un vicio de inconstitucionalidad, y llamarse *acción de inconstitucionalidad*.

En ambas alternativas, el primero conduce a un control concreto y el segundo a un control abstracto de constitucionalidad.

### 5.2. La práctica del Tribunal Constitucional respecto a los vicios de inconstitucionalidad

El Tribunal Constitucional ha conocido y fallado acciones de inaplicabilidades en los que se reprochaba que un determinado precepto legal adolecía de un vicio de procedimiento o de incompetencia material. En estos casos, el órgano de justicia constitucional admite que se trata de vicios de inconstitucionalidad de forma. En el primer caso cuestiona incluso que el precepto legal sea tal, es decir repara sobre su existencia. En estos casos ha ejercido un control abstracto de vicios originarios, consistentes en que el legislador no siguió el procedimiento establecido constitucionalmente para la dictación de la ley o en el hecho que el legislador se excedió del ámbito reservado constitucionalmente a la ley o a un determinado tipo de ley, esto es vicios que afectan al precepto legal con independencia de su aplicación en alguna gestión judicial. En la práctica, el Tribunal Constitucional se ha adentrado a conocer las infracciones sin considerar las circunstancias de las gestiones que son presupuesto y parámetro del

<sup>35</sup> PIZZORUSSO, A. (2006). «La justicia constitucional, entre modelo difuso y modelo concreto», en *Fundamentos*, Asturias, Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional, N.º. 4, p. 250.

<sup>36</sup> PIZZORUSSO, A. (2006). «La justicia constitucional, entre modelo difuso y modelo concreto», en *Fundamentos*, Asturias, Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional, N.º. 4, p. 250.

control concreto. Por el contrario, ha realizado un estudio de la génesis del precepto legal, del ámbito reservado por la Constitución a una determinada fuente del Derecho versus el estatuto constitucional<sup>37</sup>.

En un caso que versó sobre vicios de forma, el Tribunal Constitucional expresamente reconoció en la sentencia Rol N.º. 741, considerando 10, que cuando se trata de un vicio de procedimiento la importancia del caso concreto disminuye. En sus palabras: «De esta manera, el que en uno o más casos determinados se declare un precepto legal inaplicable por inconstitucional, no significa que siempre y en cualquier caso procederá igual declaración, característica que cobra mayor importancia cuando se trata de una inconstitucionalidad de fondo y cuya trascendencia decae tratándose de defectos en la formación del precepto impugnado, pues resulta obvio que si en determinado caso la inaplicabilidad se acoge por estimarse que el precepto impugnado adolece de inconstitucionalidad de forma, disminuirá la importancia del caso concreto y la declaración de inaplicabilidad adquirirá una dimensión más general»<sup>38</sup>.

Además de la práctica constitucional, y particularmente sobre los vicios de forma, autores como Valeria Lübbert y Sergio Verdugo cuestionan que la acción de inaplicabilidad, como control concreto, sea la vía para conocer de aquellos<sup>39</sup>. Por su parte, junto a José Ignacio Núñez, hemos afirmado que el control concreto en la acción de inaplicabilidad sobre vicios de forma se desnaturaliza<sup>40</sup>. Mientras que este

<sup>37</sup> Un ejemplo de vicio de procedimiento, por no haber cumplido con el trámite de control previo de constitucionalidad del artículo 93 N.º. 1 y por no oírse previamente a la Corte Suprema exigido en artículo 77 de la Constitución, corresponde al Rol N.º. 1145 de 2009. Un caso de vicios de incompetencia material, por no haberse regulado un asunto determinado por el tipo especial de ley – de quórum supramayoritario – que fija la Constitución Política, corresponde al Rol N.º. 467, de 2006.

<sup>38</sup> Tribunal Constitucional, Rol N.º. 741.

<sup>39</sup> Valeria Lübbert reconoce que la acción de inconstitucionalidad sería plausible para controlar un vicio de forma, sin embargo, repara que la misma exige una previa sentencia estimatoria de inaplicabilidad que no tiene sentido si el control es concreto. Sostiene: «en nuestro sistema constitucional, la única forma en la cual el Tribunal podría controlar un vicio de origen, es de forma preventiva. Los mecanismos establecidos para controlar la constitucionalidad de la ley una vez que esta se encuentra vigente exigen que primero se desarrolle un control concreto. Dicho control no tiene sentido cuando se trata de vicios de forma, los cuales no son idóneos para producir un efecto inconstitucional mediante su aplicación a un caso en particular. LÜBBERT, V. (2014) «El proceso legislativo frente a los jueces: El caso de la inaplicabilidad por vicios de forma». *Revista de Derecho Público*, N.º. 76, p. 383.

Sergio Verdugo expresa: «sostener que la inaplicabilidad es un control concreto (en el significado que le han atribuido a este tipo de control los autores citados y el TC) implica reconocer que la misma no es un instrumento adecuado para controlar los vicios de forma. Por consiguiente, si lo que se quiere es que la inaplicabilidad sí sea adecuada, entonces existen dos alternativas: o se modifica la teoría del control concreto, o se realiza una excepción. La primera alternativa resulta de muy difícil implementación, ya que aún no está muy claro en qué consiste, en la práctica, el control concreto. VERDUGO, S. (2010). «Inaplicabilidad y vicios de forma: ¿un problema resuelto?». *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 23, N.º. 2, p. 108.

<sup>40</sup> HENRÍQUEZ, M. Y NÚÑEZ, J. I. (2020). «Reflexiones preliminares sobre los vicios de constitucionalidad de forma en el sistema chileno» en Henríquez, M., *Jurisdicción constitucional y vicios de forma*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 11- 22.

último ha afirmado que el denominado control concreto no supone un examen esencialmente diferente al abstracto<sup>41</sup>.

Respecto a los vicios que suponen una contradicción al principio de legalidad material, cabe decir que el Tribunal Constitucional ha afirmado que el principio de legalidad se traduce en un límite formal al establecer que sólo la ley puede sancionar las conductas prohibidas y en un límite material al exigir que la ley describa expresamente aquella conducta humana que prohíbe y sanciona<sup>42</sup>.

Un ejemplo de acción de inaplicabilidad que conoció de un precepto legal cuya aplicación resultaría contraria al principio de legalidad en materia penal<sup>43</sup> corresponde a la sentencia Rol N°. 1432 de 2010; al principio de legalidad de la sanción administrativa<sup>44</sup>, corresponde a la sentencia Rol N°. 6250 de 2019; y también se han esbozados criterios sobre cuando un precepto legal podría resultar contrario al principio de legalidad tributaria<sup>45</sup>.

En los ejemplos presentados, cuando el Tribunal Constitucional falla una acción de inaplicabilidad en la que se impugna un precepto legal que contradice el principio de legalidad material, esto es que sea la ley la fuente del Derecho que regule

<sup>41</sup> NÚÑEZ, J. I. (2019). *Jurisdicción constitucional: las implicancias del neoconstitucionalismo*, Santiago, DER Ediciones, p. 179.

<sup>42</sup> El límite formal se encontraría a juicio del Tribunal Constitucional en el artículo 19 N°. 3 inciso 8°, que señala: «Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.» Por su parte, el límite material se encontraría en el inciso 9° que expresa: «Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.» Tribunal Constitucional. Roles N°. 1432, considerandos 26 y 28; 1443 considerando 23; 4476 considerando 11.

<sup>43</sup> En lo que respecta al principio de legalidad en materia penal, este se vincula con el principio de tipicidad, que requiere la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable. Tribunal Constitucional. Roles 244 considerando 10; 480 considerando 5; 2666 considerando 27; 2744 considerando 29; 2953 considerando 28.

<sup>44</sup> A juicio del Tribunal Constitucional el principio de tipicidad como de legalidad, establecidos en los dos últimos incisos del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución, rigen, por mandato constitucional, la actividad sancionadora de la administración. A modo ejemplar lo dicen las sentencias roles 437 considerandos 17 y 18; 479 considerandos 6 a 10; 1233 considerando 13; 1245 considerando 13; 1518 considerando 24; 1951 considerando 20; 2682 considerando 7; 3625 considerandos 31, entre otras.

<sup>45</sup> El principio de legalidad en materia tributaria, según el Tribunal Constitucional, se encuentra prevista en los artículos 19, Nos. 20, 63 y 65 de la Constitución e importa que sea la ley la fuente del derecho llamada a determinar los elementos esenciales que configuran la obligación tributaria. Es la ley la fuente del Derecho que debe imponer, modificar, suprimir o condonar tributos, la que debe regular los elementos esenciales de esta materia, estableciendo el hecho imponible, el procedimiento para determinarlo, las infracciones, el sujeto pasivo, las tasas y las situaciones especiales, de exención y las infracciones. A juicio del órgano de justicia constitucional, atenta contra este principio cuando sus disposiciones son cláusulas abiertas o globales, o cuando remite en blanco o genéricamente a la potestad reglamentaria la regulación de los elementos esenciales. Tribunal Constitucional. Roles N°. 718 considerandos 17, 18, 19, 22, 28 y 89; 759 considerandos 17, 18, 19, 22, 28 y 89; 773 considerandos 17, 18, 19, 22, 28 y 89; 2038 considerando 17, 3033 considerando 12; 3034 considerando 12; 3843 considerando 9; y 4097 considerando 11, entre otras.

ciertos contenidos mínimos o pre-configurados por la Constitución, ejerce un control abstracto.

Por último, es posible aludir los vicios manifiestos del precepto legal. El Tribunal Constitucional se refiere a ellos como vicios ostensibles, que surgen del propio texto, del propio enunciado, vicios intrínsecos, que no admiten conciliación alguna con la Constitución. Un ejemplo, es la sentencia dictada bajo el Rol N°. 1140 de 2009, en que se requirió la declaración de inaplicabilidad del artículo 595 primer inciso del Código Orgánico de Tribunales, esto es la gratuidad del turno de los abogados por su contrariedad con el artículo 19 N 2, 16 y 20 de la Constitución. El Tribunal Constitucional afirmó en el considerando 42: «Que la imposición del deber de atender gratuitamente en los términos que establece el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, puede transformarse en una carga contraria a la Constitución en consideración a los criterios que se han sostenido respecto a la igualdad ante la ley, aplicables en la especie.» Los criterios aludidos fueron la historia nacional y extranjera de la institución del turno gratuito, el sentido de la igualdad ante la ley, la proporcionalidad de la medida del legislador respecto del fin perseguido, el derecho comparado, con exclusión de las circunstancias del caso, salvo constatar, para acoger la acción, que la requirente fue nombrada abogada de turno. Pocos meses después, tal precepto legal fue declarado inconstitucional bajo el Rol N°. 1254 de 2009. Algunos autores, a este tipo de vicios los denominan de contradicción flagrante o propios del texto, y enfatizan que no requieren conocer ni suponer los efectos de las normas que se contrastan<sup>46</sup>.

En los casos citados a modo ejemplar, el Tribunal Constitucional no ha considerado los hechos, circunstancias y características de la gestión judicial en la que el precepto legal sería aplicable y decisivo para la resolución del asunto, sino que su práctica demuestra que ha formulado un análisis abstracto del precepto legal impugnado y de la normativa constitucional supuestamente infringida, principalmente la historia de las normas, la opinión de los autores y la jurisprudencia.

---

<sup>46</sup> Por ejemplo, Patricio Zapata, distingue los vicios de la voluntad, de contenido, de procedimiento y de omisión. Dentro de los vicios de contenido, releva los vicios de contradicción flagrante, que «son aquellos que derivan de una incompatibilidad lógica, directa, *prima facie*.» ZAPATA, P. (2008). *Justicia constitucional: teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 313. Por su parte, Pilar Arellano distingue, en un estudio dedicado a la admisibilidad de la INA, los vicios de inconstitucionalidad propios de su texto: «Es decir, la inaplicabilidad por inconstitucionalidad no solo puede originarse en la contravención constitucional que genere una determinada aplicación del precepto legal, sino que también, de la inconstitucionalidad que es propia de su texto.» ARELLANO, P. (2013). «Inadmisibilidad del requerimiento de inaplicabilidad por falta de fundamento razonable: jurisprudencia del Tribunal Constitucional». *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N°. 2, p. 249.

## 6. CONCLUSIONES PRELIMINARES SOBRE EL TEXTO APROBADO

El texto constitucional aprobado por la Convención Constitucional y que se someterá a plebiscito ratificatorio el próximo 4 de septiembre formuló cambios a la justicia constitucional. En términos generales, radicó la función en una Corte Constitucional cuya integración y atribuciones son, en parte, distintas al Tribunal Constitucional; eliminó el control previo de constitucionalidad de los proyectos de ley, de la reforma constitucional y de los tratados internacionales; y mantuvo la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y la acción de inconstitucionalidad como controles posteriores de los preceptos legales.

El proceso constituyente era una oportunidad para repensar la acción de inaplicabilidad como una acción de carácter concreto y, en algunos casos, también de carácter abstracto. Sin embargo, la acción propuesta no diferencia estos tipos de control, y sólo en un momento de su tramitación se esbozó la posibilidad de configurarla como un control abstracto de constitucionalidad.

El 4 de abril del corriente año, la Comisión de Sistemas de Justicia de la Convención Constitucional procedió a la votación en particular de una serie de indicaciones de los convencionales Bravo y Villena<sup>47</sup>. En dicha oportunidad, se aprobó que la Corte Constitucional tendría la facultad de «resolver la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos legales, que la o el juez que conoce de la gestión pendiente someta a conocimiento de la Corte Constitucional. El requerimiento sólo se iniciará a petición del tribunal que conozca del asunto, de oficio o a petición de parte, la que se tramitará como incidente y cuya resolución será inapelable.» Esta propuesta fue rechazada en general por el Pleno de la Convención Constitucional.

Luego, en sesión de 26 de abril de 2022, la Comisión de Sistemas de Justicia aprobó el siguiente texto de reemplazo de la propuesta previamente rechazada: «Atribuciones de la Corte Constitucional. La Corte Constitucional tendrá las siguientes atribuciones, ejerciéndolas conforme a los principios referidos en el artículo 67: 1. Conocer y resolver la inaplicabilidad de un precepto legal cuyos efectos, en abstracto, sean contrarios a la Constitución. Tratándose del número 1, el tribunal de una gestión pendiente, de oficio o previa petición de parte, podrá plantear una cuestión de constitucionalidad respecto de un precepto legal decisorio para la resolución de dicho asunto. El pronunciamiento del juez en esta materia no lo inhabilitará para seguir conociendo el caso concreto. No procederá esta solicitud si el asunto está

---

<sup>47</sup> Se trata de la Indicación N.º 401 de los convencionales Bravo y Villena. En base a ella se elaboró el texto final. A su respecto, los convencionales Daza, Stingo y Viera sostuvieron su voto a favor, pero con la condición de que la norma volviera a ser discutida por la Comisión de Sistemas de Justicias. Véase «Tercer Informe de la Comisión de Sistemas de Justicia, órganos autónomos y reforma constitucional, p. 152.

sometido al conocimiento de la Corte Suprema. La Corte Constitucional decidirá la cuestión de inaplicabilidad por mayoría de sus integrantes.»<sup>48</sup>

En dicha oportunidad, el convencional Viera defendió la propuesta de un control abstracto, sosteniendo que «la Corte Constitucional no es de instancia, no debe conocer los hechos.» Sin embargo, el artículo propuesto fue nuevamente rechazado por el Pleno de la Convención Constitucional.

Esto obligó a la respectiva Comisión a formular una nueva y última propuesta para ser deliberada y, eventualmente aprobada, por el Pleno del órgano constituyente. En este contexto, el 8 de mayo, a través de una indicación transversal de los convencionales Villena, Bravo, Hoppe, Royo, Jiménez, Cruz, Laibe, Stingo, Viera, Woldarsky, Llanquileo, Gutiérrez y Daza, se aprobó el siguiente texto que quedó establecido en el texto constitucional en su artículo 381, que dice: «1. La Corte Constitucional tendrá las siguientes atribuciones: a) Conocer y resolver la inaplicabilidad de un precepto legal cuyos efectos sean contrarios a la Constitución. El tribunal que conoce de una gestión pendiente, de oficio o previa petición de parte, podrá plantear una cuestión de constitucionalidad respecto de un precepto legal decisorio para la resolución de dicho asunto. El pronunciamiento del juez en esta materia no lo inhabilitará para seguir conociendo el caso concreto. No procederá esta solicitud si el asunto está sometido al conocimiento de la Corte Suprema. La Corte Constitucional decidirá la cuestión de inaplicabilidad por mayoría de sus integrantes.»

Como se advierte, la discusión sobre la acción de inaplicabilidad no se centró en distinguir entre una *acción de inaplicabilidad por los efectos inconstitucionales*, que se ejerce como control concreto porque recae en la inconstitucionalidad de la aplicación de un precepto legal; y una *acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*, que se ejerce como control abstracto respecto de un precepto legal inconstitucional y que en todos los casos que reciba aplicación producirá efectos inconstitucionales.

Esta distinción habría permitido conocer sin dudas ni ambages: a) Los vicios formales, más precisamente los vicios de procedimiento y los vicios de competencia material; b) Las infracciones al principio de legalidad material; y c) Las contradicciones manifiestas a la Constitución. De aprobarse el texto constitucional por la ciudadanía en el plebiscito, corresponderá a la doctrina y jurisprudencia de la Corte Constitucional futuras interpretar —como se ha hecho bajo de la vigencia de la Constitución de 1980— si en estos casos también procede la acción de inaplicabilidad, máxime si entre sus competencias ya no cuenta con el control previo y abstracto de constitucionalidad; o mantener la tesis de que se trata de un control concreto y descartarlas del ámbito de sus competencias.

El momento de cambio constitucional también era una oportunidad para considerar consagrar dos acciones diferenciadas de control posterior de los preceptos legales: una acción de inaplicabilidad y una acción de inconstitucionalidad desligada

---

<sup>48</sup> Esta norma fue aprobada a través de la Indicación N.º 231 y 233 del respectivo Informe. Ver votación: <https://www.cconstituyente.cl/comisiones/votacion.aspx?prmId=30&prmIdSesion=940>

de la primera. Porque cuando el precepto legal es inconstitucional su confrontación con la Constitución no admitirá conciliación alguna y debiera ser declarada en todos los casos su inaplicabilidad. Sin embargo, se mantuvo el esquema de la Constitución de 1980, al consagrar en el número 381.1.b) la acción de inconstitucionalidad de un precepto legal previamente declarado inaplicable.

**Title**

The physiognomy of the action of inapplicability in the future chilean constitution. ¿Concrete judicial review?

**Summary:**

1. INTRODUCTION. 2. PREMISE, METHODOLOGY AND PLAN OF ANALYSIS. 3. THE PHYSIOGNOMY OF THE ACTION OF INAPPLICABILITY ACCORDING TO THE CONSTITUTIONAL COURT JURISPRUDENCE. 4. THE QUESTIONING BY CERTAIN AUTHORS OF THE SPECIFIC CHARACTER OF THE ACTION OF INAPPLICABILITY. 5. THE VICIES OF UNCONSTITUTIONALITY AND ABSTRACT CONTROL. 5.1 The problem. 5.2. Practices of the Constitutional Court practice, regarding the vices of unconstitutionality. 6. PRELIMINARY CONCLUSIONS ON THE APPROVED TEXT.

**Resumen:**

La dogmática constitucional mayoritaria y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han afirmado sostenidamente que la acción de inaplicabilidad implica un control concreto de constitucionalidad de las leyes. A juicio de esa dogmática y de la jurisprudencia, este control no examina la constitucionalidad del precepto legal, sino que controla si su aplicación en un caso específico produce efectos inconstitucionales.

Sin embargo, ciertos vicios de constitucionalidad son originarios y afectan la constitucionalidad de la norma legal. En cuyo caso no serían controlables por esa vía. No obstante, sí se ha ejercido respecto de ellos el control posterior a través de la acción de inaplicabilidad.

En tal sentido, la premisa que guía este trabajo es la siguiente: el proceso constituyente en curso abre un espacio para diferenciar dos tipos de exámenes en el ámbito de la acción de inaplicabilidad. Un control de los efectos inconstitucionales que un precepto legal, no afectado por un vicio de inconstitucionalidad, genera por su aplicación en una gestión judicial específica. Y otro, de un precepto legal que necesariamente producirá efectos inconstitucionales porque es inconstitucional. El primero conduce a

un control concreto y el segundo a un control abstracto. Pero sobre todo es una oportunidad para separar la actual acción de inaplicabilidad en dos acciones, una de control concreto que resuelva los casos en que un precepto legal, aplicable en una gestión pendiente, produzca efectos inconstitucionales, de otra acción que implique un control abstracto de los vicios de inconstitucionalidad que afectan a una norma.

**Abstract:**

The majority constitutional dogmatic and the jurisprudence of the Constitutional Court have consistently affirmed that the inapplicability action implies a concrete control of the constitutionality of the laws. In the opinion of this dogmatic and jurisprudence, this control does not examine the constitutionality of the legal precept, but controls whether its application in a specific case produces unconstitutional effects.

However, certain vices of constitutionality are original and affect the constitutionality of the legal norm. In which case, they would not be controllable in this way. However, subsequent control has been exercised with respect to them through the action of inapplicability.

In this sense, the premise that guides this work is the following: the constitutional process in course opens a space to differentiate two types of exams in the field of inapplicability action. A control of the unconstitutional effects that a legal precept, not affected by a vice of unconstitutionality, generates by its application in a specific judicial management. And another, of a legal precept that will necessarily produce unconstitutional effects because it is unconstitutional. The first leads to concrete control and the second to abstract control. But above all, it is an opportunity to separate the current action of inapplicability into two actions, one of concrete control that resolves the cases in which a legal precept, applicable in a pending procedure, produces unconstitutional effects, and another action that implies an abstract control of the vices of unconstitutionality that affect a norm.

**Palabras claves:**

control de constitucionalidad; acción de inaplicabilidad; control concreto; control abstracto; Constitución Chile.

**Key words:**

judicial review; action of inapplicability; concrete control; abstract control; Chilean Constitution.