

## EL CASO RENTAS VITALICIAS. UN FALLO PROBLEMÁTICO

Annuities case. A problematic decision

ARIEL PÉREZ AUBEL\*

*Universidad Alberto Hurtado*

### Resumen

El comentario analiza la sentencia rol 11.230-2021 del Tribunal Constitucional. En específico, revisa los argumentos que utilizó la magistratura para acoger la inaplicabilidad, considerando que se trata de un precepto constitucional. El Tribunal hizo algo inédito: declaró la inconstitucionalidad de un precepto constitucional vía inaplicabilidad. El autor argumenta que esta sentencia es problemática, pues infringe las normas de competencia que delimitan el actuar del Tribunal Constitucional en materia de inaplicabilidad.

### Palabras clave

Inaplicabilidad; vicios de forma; Tribunal Constitucional.

### Abstract

The writing analyzes the judgment 11.230-2021 of the Constitutional Court. Specifically, it reviews the arguments that the Court used to accept the inapplicability, considering that it is a constitutional precept. The Court did something unprecedented: declare the unconstitutionality of a constitutional precept through inapplicability. The author argues that this sentence is problematic, because it violates the norms of competence that defines the actions of the Constitutional Court in matters of inapplicability.

### Key words

Inapplicability; procedural defects; Constitutional Court.

## Introducción

Las normas jurídicas son válidas si cumplen con la normas sobre la producción jurídica que regulan tanto la forma como el fondo o contenido de ellas. En este sentido existe la validez formal y material de las normas jurídicas. Así, pueden existir infracciones a la validez desde un punto de vista formal o material, dependiendo del tipo de norma que se afecte. Las que importan al presente escrito son las infracciones que se denominarán vicios de forma. En ese sentido, el artículo describe la problemática envuelta en el control de constitucionalidad de los vicios de forma a través de la acción de inaplicabilidad y comenta la sentencia Rol N.º 11230-2021 del Tribunal Constitucional. El autor sostiene que el requerimiento debió haber sido declarado inadmisibles, en tanto no es procedente controlar una norma constitucional a través de la acción de inaplicabilidad. Y, en segundo lugar, argumenta que la acción de inaplicabilidad no es una vía idónea para alegar vicios de forma de una norma, atendido su carácter “concreto” y los efectos particulares de la sentencia estimatoria. Se concluye con una reflexión en torno a las consecuencias que trae este fallo hacia el futuro.

---

\* Abogado, profesor de Derecho Constitucional, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile. Estudiante de LLM, mención Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Becario de la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID), Beca de Magíster Nacional, año académico 2022, folio N°22221214. Correo electrónico: arperez@uahurtado.cl; ORCID: 0000-0002-3114-9794.

## 1. Breve descripción del caso

BICE Vida Compañía de Seguros S.A. interpuso un reclamo de ilegalidad en contra del Oficio N.º 1208 de la Comisión para el Mercado Financiero, en virtud del cual se emitieron instrucciones relativas a hacer efectiva la reforma constitucional que establece y regula un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales y anticipo de rentas vitalicias (popularmente conocida como “retiro del 10%”). En esa gestión pendiente es que BICE Vida requiere de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

En el requerimiento impugnan el “precepto legal” de la ley 21.330<sup>1</sup> que introdujo la Quincuagésima Disposición Transitoria de la Constitución que habilita un retiro de fondos previsionales y rentas vitalicias. BICE Vida S.A sostuvo que esta disposición transitoria tiene la calidad de ley “al margen o con independencia de su denominación, por lo que es susceptible de ser revisada mediante el requerimiento”; además, alegó que el legislador no actuó dentro de sus competencias al regular una materia que es propia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. En los términos que veremos, alega un vicio de forma.

El Tribunal Constitucional acogió la acción de inaplicabilidad haciendo suyos los argumentos dados por la requirente. Aseveró que la acción de inaplicabilidad es un medio eficaz para controlar la reforma constitucional; y que es competente para revisar los vicios de forma. A continuación se analizan críticamente estos argumentos vertidos por la magistratura constitucional al acoger el requerimiento.

## 2. ¿Es admisible que el Tribunal Constitucional controle una reforma constitucional a través de la acción de inaplicabilidad?

El artículo 93 N.º 6 de la Constitución Política de la República<sup>2</sup> dispone que la acción de inaplicabilidad (en adelante INA) debe ejercerse respecto de preceptos legales. En el caso en comento, la norma impugnada ya es parte de la Constitución, se trata de la disposición quincuagésima transitoria<sup>3</sup>. Por su parte, la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional desarrolla los requisitos de admisibilidad de la acción de inaplicabilidad en su artículo 84, y su numeral 4 establece que el Tribunal deberá declarar la inadmisibilidad del requerimiento “cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal”<sup>4</sup>, y precisamente este es el caso. Lo impugnado no tiene rango legal, sino que tiene rango constitucional, pues una vez publicada la norma en el Diario Oficial, se entiende pertenecer al cuerpo constitucional. Con todo, el Tribunal Constitucional afirmó su competencia para conocer de la impugnación:

*“VIGESIMOSEGUNDO: Que no es óbice para que el Tribunal Constitucional pueda efectuar la cualificación en comento, el artículo 84, inciso primero, N° 4, de su ley orgánica constitucional N° 17.997, cuando obliga a declarar inadmisibile una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que se dirija contra un precepto que no tenga “rango legal”.*

*Determinar dicho rango, demanda exactamente atender a la categoría o calidad del precepto examinado y no a su sola presentación. “El intérprete -se dijo en STC Rol N° 591-96- debe ir más allá del mero literalismo”, citando a Patricio Aylwin y el “principio de primacía de la realidad por sobre el nominalismo”, a fin de desentrañar la verdadera naturaleza de un acto jurídico.*

*Así por ejemplo, no porque una regla se encuentre inserta en el Reglamento del Registro del Conservador de Bienes Raíces, es -de suyo- materia de decreto presidencial, si su contenido delata que es en verdad una norma legal, y en este entendido se ha modificado (por las leyes N°s. 7.612 y 10.512, además de otras complementaciones legales) y considerado en grado de*

<sup>1</sup> Ley N° 21.330, de 2021

<sup>2</sup> Constitución Política de la República de Chile, de 1980.

<sup>3</sup> Constitución Política de la República de Chile, de 1980.

<sup>4</sup> Ley N° 17.997, de 1981.

*inaplicabilidad (en STC Rol N° 5031-18, donde se inadmitió un requerimiento en su contra pero no por la causal de tener la condición de reglamento);<sup>5</sup>.*

El razonamiento transcrito puede ser un mal *precedente* a futuro, ya que, si siguiéramos la lógica del Tribunal Constitucional, se podrían impugnar normas constitucionales argumentando que estas fueron introducidas a través de una ley -de reforma constitucional-, por ejemplo, se podría impugnar la protección de datos personales que consagra el artículo 19 N° 4 de la Constitución, argumentando que esta fue introducida por la ley 21.096<sup>6</sup>, aun sabiendo que dicha ley es una reforma constitucional y se entiende parte de la Constitución.

La disidencia al voto de mayoría se refirió a esta temática. Citó dos casos en que el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse sobre planteamientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad contra normas constitucionales:

*“7. Por otra parte, frente al planteamiento de cuestiones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en las que se ha pretendido impugnar normas constitucionales, este tribunal tiene dos pronunciamientos de inadmisibilidad que son paradigmáticos, cuáles son los Roles N°s 2392 y 2124.*

*8. En efecto, en el cons. 9 de la interlocutoria de inadmisibilidad Rol N° 2392 se señala expresamente que “en cuanto a la impugnación de la disposición octava transitoria de la Constitución Política, procede declarar la inadmisibilidad, por no ser procedente respecto de preceptos que no tengan rango legal, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 84 de la citada ley Orgánica de esta Magistratura”, delimitando claramente la competencia de este Tribunal en sede de inaplicabilidad.*

*9. A su vez, el cons. 13 de la sentencia de inadmisibilidad Rol N° 2124, referida a una impugnación del artículo 20 de la Constitución, razonó que “se colige claramente que el requerimiento no recae en un precepto legal en los términos usados por el numeral 4o del artículo 84 de la citada ley orgánica constitucional”, por ser precisamente una norma constitucional<sup>7</sup>.*

En los casos citados por la disidencia, se declararon inadmisibles los requerimientos por estar dirigidos contra una norma constitucional. Pero recordemos que en Chile no tenemos sentencias con fuerza de precedente, y esos fallos no obligan al Tribunal Constitucional a seguir la misma línea decisoria. El artículo 92 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional<sup>8</sup> deja claro que la sentencia estimatoria de inaplicabilidad solo producirá efectos en el juicio en que se solicite. A este respecto, podemos afirmar que no hay norma constitucional ni legal que le imponga al Tribunal Constitucional la obligación de respetar sus decisiones anteriores. A diferencia de lo que ocurre en el *common law*, “donde la Constitución tiene un rol ceremonial, casi de referencia, como punto inicial de enunciación del problema jurídico, pero toda la opinión gira alrededor de precedentes interpretando la constitución y el juez, más que aplicar de forma textual la constitución, busca el precedente constitucional correcto<sup>9</sup>”. Verdugo aclara que en el modelo chileno de jurisdicción constitucional “no existe el precedente en su variante anglosajona, lo que disminuye la importancia de la creación de reglas extraídas de la jurisprudencia<sup>10</sup>”.

Sin embargo, García demuestra que el Tribunal Constitucional ha comenzado, en la última década, a seguir de manera explícita sus propios precedentes. En su estudio describe las variantes y tendencias jurisprudenciales del Tribunal Constitucional en materia de precedente, y detecta una variante de sentencias que establecen el marco jurisprudencial aplicable a la resolución de un determinado asunto<sup>11</sup>; el Tribunal Constitucional utiliza sus potestades en materia de revisión judicial constatando la existencia de parámetros, conceptos o categorías anteriores, que enmarcan y delimitan su decisión presente, pero sin la fuerza obligatoria de una

<sup>5</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 11230-21, de 17 de marzo de 2022.

<sup>6</sup> Ley N° 21.096, de 2018.

<sup>7</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 11230-21, de 17 de marzo de 2022.

<sup>8</sup> Ley N° 17.997, de 1981.

<sup>9</sup> ARÉVALO Y GARCÍA (2018), p. 407.

<sup>10</sup> VERDUGO (2013), p. 209.

<sup>11</sup> GARCÍA (2018), p. 249.

regla jurídica singular que, por haber sido decisiva en la resolución de una controversia en el pasado (o del juicio de constitucionalidad de una ley), se estima debe ser utilizada en el presente<sup>12</sup>.

Como vemos, por un lado, la Constitución y la ley prescriben un carácter relativo a las sentencias constitucionales. Pero, por otra parte, el Tribunal Constitucional ha invocado, o seguido *de facto*, sus propios precedentes en la última década. No me referiré sobre la conveniencia o no de contar con precedentes en materia constitucional, pues ello excede al cometario de esta sentencia. Sin embargo, si la doctrina da cuenta que en otros casos ha seguido sus propias sentencias, en este caso hubiera sido conveniente que el Tribunal Constitucional justificara por qué se apartó de su doctrina precedente en las sentencias rol N.ºs 2992 y 2124 que declararon inadmisibles los requerimientos de inaplicabilidad que impugnaban normas constitucionales<sup>13</sup>.

Existe una pregunta anterior a la que inicia este apartado (¿Es admisible que el Tribunal Constitucional controle una reforma constitucional a través de la acción de inaplicabilidad?): ¿puede una reforma constitucional ser inconstitucional? Este es un tema de larga data en el derecho constitucional. Richard Stith en el año 1996 ya publicaba un artículo sobre las reformas constitucionales inconstitucionales y el rol de la Corte Suprema de Nepal<sup>14</sup>. De manera más contemporánea, Dixon y Landau<sup>15</sup>, Barak<sup>16</sup> y Roznai<sup>17</sup> han estudiado este tema. En Chile, Sergio Verdugo y Miriam Henríquez se han referido al control de constitucionalidad de la reforma constitucional. Verdugo y Poehls, a propósito de dos sentencias en control preventivo de constitucionalidad sobre retiros del diez por ciento, afirman que aunque pareciera ser que el Tribunal Constitucional afirma la *“existencia de una facultad para declarar la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales, de ello no se sigue que exista una doctrina con un contenido suficientemente claro como para identificar criterios de aplicación predecible que permitan distinguir las condiciones que hacen procedente dicha sentencia de inconstitucionalidad en el contexto de la necesidad de estabilizar procesos políticos”*<sup>18</sup>.

Por su parte, Henríquez afirma que *“la validez de la norma de reforma depende de su adecuación a la norma sobre la reforma. Solo tal conformidad será objeto de control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, de forma previa a su entrada en vigencia y de modo facultativo, esto es, a requerimiento de los órganos legitimados”*<sup>19</sup>. Es decir, sólo deben revisarse las normas del Capítulo XV que regula el procedimiento de reforma constitucional y, además, dicha revisión control debe realizarse en un examen preventivo. Sostiene la autora que *“el control de constitucionalidad represivo está vedado para el Tribunal Constitucional toda vez que dicha norma, a partir de su vigencia, es constitucional”*<sup>20</sup>.

Finalmente, cabe mencionar que Sabrina Ragone desarrolla algunos aspectos relacionados con los límites materiales de la reforma constitucional, cuestión que al parecer el Tribunal Constitucional acoge. Así, la autora asevera que *“los límites materiales responden a la idea de que en cada Constitución existe un núcleo que define su identidad y la continuidad del Estado, resultando por tanto inmodificable”*<sup>21</sup>.

En razón del carácter conciso de este comentario, prefiero no ahondar en la discusión sobre la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales, pues excede el objeto de este trabajo. Basta mencionar que existe doctrina al respecto, ejemplo de ello es la mencionada en los párrafos precedentes.

---

<sup>12</sup> GARCÍA (2018), p. 252.

<sup>13</sup> Tribunal Constitucional, Rol N°2392-12, de 22 enero de 2013; Tribunal Constitucional, Rol N° 2124-11, de 8 de noviembre de 2011.

<sup>14</sup> STITH (1996).

<sup>15</sup> DIXON Y LANDAU (2015).

<sup>16</sup> BARAK (2017).

<sup>17</sup> ROZNAI (2017).

<sup>18</sup> VERDUGO Y POEHLS (2021), p. 287.

<sup>19</sup> HENRÍQUEZ (2011), p. 477.

<sup>20</sup> HENRÍQUEZ (2011), p. 477.

<sup>21</sup> RAGONE (2012), p. 45.

### 3. Los vicios de constitucionalidad de forma

La validez de las normas jurídicas ha sido estudiada por muchos teóricos del derecho y se tienen distintas ideas acerca de ella. Kelsen asegura que la validez consiste en la existencia específica de una norma y será válida mientras exista dentro del ordenamiento jurídico<sup>22</sup>. En un sentido distinto, von Wright entiende la validez como la legalidad del acto de emitir una norma, es decir, existe una norma que permite a la autoridad de la primera norma emitirla<sup>23</sup>. Estas son dos corrientes opuestas sobre la definición de validez, ya que Kelsen asume la validez como existencia, y von Wright como legalidad.

Por otra parte, Guastini – siguiendo un concepto de validez como legalidad – designa que la validez de una norma dependerá de si se respetan o no las *normas sobre la producción jurídica* (NSPJ)<sup>24</sup>. Este autor avanza en el concepto, puesto que sugiere la revisión de ciertas NSPJ para poder afirmar la validez o no de una norma jurídica<sup>25</sup>. Así, entrega las siguientes categorías:

- a. Normas que confieren poderes;
- b. Normas sobre el procedimiento;
- c. Normas que circunscriben el ámbito de poder conferido;
- d. Normas que reservan materias a una determinada fuente;
- e. Normas que se refieren al propio contenido de la regulación.

La validez, según el jurista italiano, “*es la conformidad con todas las normas secundarias que regulan su creación y predeterminan su contenido normativo*”<sup>26</sup>. A contrario sensu, si una norma no fue dictada conforme a las NSPJ, será inválida. Sobre este punto, Gascón nos ilustra diciendo que pueden haber cuatro grandes tipos de vicios: de incompetencia formal; de forma o procedimiento; de incompetencia material; y de contenido. Sin embargo, no se debe olvidar que Guastini nos ofrece cinco clases de NSPJ, por lo que pueden ser cinco los vicios que afectan a las normas jurídicas:

- a. Vicio de competencia formal;
- b. Vicio de procedimiento;
- c. Vicio de competencia material;
- d. Vicio de reserva legal;
- e. Vicio de fondo o contenido.

A la vez, Henríquez trata estos vicios a propósito de los conflictos normativos<sup>27</sup>. La autora precisa que cuando existe una incompatibilidad formal, es decir, cuando no se han cumplido debidamente las normas procedimentales, o existen vicios de competencia, corresponde hablar de “*infracción*”. Sin embargo, se podría decir de manera más precisa que la inobservancia de normas que confieren poderes, normas sobre el procedimiento o normas que circunscriben el ámbito de poder conferido, deviene en una infracción constitucional, que para efectos de este escrito se entenderán como vicios formales<sup>28</sup>.

La conformidad con las NSPJ determinará la validez formal o material de la norma jurídica. Si se infringe una NSPJ que determina la validez formal, adolecerá la norma de un vicio de forma. Si se infringe una NSPJ que determina la validez material, estaremos en presencia de un vicio material o de fondo. Es decir, tenemos dos grandes tipos de vicios dependiendo de cuál sea la NSPJ que se incumpla, a saber, la validez formal y material. La validez formal, en este escrito, se entenderá como la conformidad de una norma jurídica con las normas de competencia formal o material y normas sobre el procedimiento que regulan su creación. Pero ¿quién debe realizar ese juicio de validez?

---

<sup>22</sup> KELSEN (1982), p. 23.

<sup>23</sup> VON WRIGHT (1970), p. 200.

<sup>24</sup> GUASTINI (1999), p. 309.

<sup>25</sup> VON WRIGHT (1970), p. 309.

<sup>26</sup> GUASTINI (1999), p. 311.

<sup>27</sup> HENRÍQUEZ (2017), p. 5.

<sup>28</sup> Vicio de competencia formal, de procedimiento, y de competencia material, respectivamente.

Lo que constituía un problema para la teoría del derecho, lo es también para la teoría constitucional. Un precepto legal ve determinada su validez formal por NSPJ consagradas, en muchas ocasiones, en la Constitución. Entonces, existen casos en que un precepto no fue dictado conforme las NSPJ que regulan al procedimiento o la competencia, y adolece de un vicio formal de validez. Ello, para la teoría constitucional significa que el precepto adolece de un vicio de constitucionalidad.

El control sobre la validez de las normas se realiza a través de un régimen de invalidación, que consiste en determinar quién (o quiénes) tienen competencia para enjuiciar la validez de la ley y en qué condiciones ha de ejercerse esta competencia<sup>29</sup>. Gascón señala que dicho régimen de invalidación es contingente respecto del tipo de validez que se esté controlando<sup>30</sup>, ya que cada ordenamiento jurídico dispondrá de un diferente tipo de control dependiendo de la voluntad del constituyente o del legislador.

La sentencia en comento tiene gran relevancia a efectos de estudiar el control de constitucionalidad de los vicios de forma en Chile. Este es un tema discutido -como veremos- en el medio nacional, pues evidencia la manera en que el Tribunal Constitucional chileno ha conocido y controlado los vicios de forma en sede de inaplicabilidad, y los problemas que acarrea dicha situación. Para adelantar, este escrito sostiene que la acción de inaplicabilidad no es la vía idónea para controlar los vicios de forma de un precepto legal. Pero antes, veremos el razonamiento que tuvo el Tribunal Constitucional para acoger la inaplicabilidad, en el que analiza los vicios formales del precepto legal impugnado: *“TERCERO: Que, las razones que justificaron la STC Rol N° 9797-20, son comunicables en este caso y deben presidir el presente reparo a la Ley N° 21.330, toda vez que esta normativa, tal como se dijo respecto al análogo Proyecto de Ley reprochado en dicha oportunidad, aparece dictada sin sujeción al principio basal de competencia recogido en el artículo 7° de la Carta Fundamental, al tener su origen en mociones parlamentarias y no en un mensaje presidencial, como en derecho corresponde. [...]*

*CUARTO: Que, en esta lógica, durante la tramitación parlamentaria de esta Ley N° 21.330, a la que se le venía dando el carácter de reforma constitucional, debió entonces observarse el mandato íntegro y perentorio dado en las reglas vigentes sobre “Reforma Constitucional”, consagradas en el Capítulo XV del propio texto supremo.*

*Cuyo artículo 127, en su inciso tercero, dispone -para lo que aquí interesa- que “serán aplicables a la tramitación de los proyectos de reforma constitucional las normas sobre formación de la ley”. Es condición necesaria de toda ley -y no escapa a ello la ley de reforma constitucional- la de producirse “en la forma prescrita por la Constitución”, para que enseguida pueda válidamente mandar, prohibir o permitir, según reza el artículo 1° del Código Civil.*

*Remisiones a la Constitución que -a su vez- no pueden sino entenderse efectuadas al párrafo “Formación de la ley” contenido en el Capítulo V, el cual se inicia precisamente con su artículo 65, donde se indican las materias de ley que son de iniciativa excluyente del Presidente de la República;”<sup>31</sup>.*

El considerando tercero transcrito hace referencia a la sentencia de rol N° 9797-20<sup>32</sup> aseverando que las razones dadas en aquella son comunicables a esta<sup>33</sup>. En dicha sentencia se estimó la inconstitucionalidad de un proyecto de reforma constitucional impulsado por el Congreso Nacional que autorizaba un retiro del 10% de los fondos previsionales. Sin embargo, yerra el Tribunal Constitucional al afirmar aquello (la comunicabilidad de las razones), pues la sentencia rol N° 9797-20 fue dictada a propósito de un control preventivo de constitucionalidad, cuyo carácter es abstracto, a diferencia del examen de inaplicabilidad, cuyo carácter es concreto, debido a que revisa si la aplicación del precepto genera efectos inconstitucionales en la gestión pendiente<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> GASCÓN (1997), p. 134.

<sup>30</sup> GASCÓN (1997), p. 137.

<sup>31</sup> Tribunal Constitucional, Rol N°11230-2021, de 17 de marzo de 2022.

<sup>32</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 9797, de 30 de diciembre de 2020.

<sup>33</sup> Resulta curioso como aquí sí invoca un precedente, a diferencia del apartado anterior.

<sup>34</sup> PICA (2009), pp. 101-136; RÍOS (2005), pp. 77-78.

Sin embargo, parte de la doctrina sostiene algo diferente en torno al control concreto y señala que la consideración del caso al que debe aplicarse el precepto impugnado sería solamente un requisito de admisibilidad que el Tribunal debe considerar<sup>35</sup> y otros derechamente sostienen que el carácter de la inaplicabilidad es abstracto<sup>36</sup>, lo que Salas llama inaplicabilidad impropia<sup>37</sup>. Por su parte, Couso y Coddou reconocen que se obliga al Tribunal Constitucional a realizar un control concreto y no abstracto de constitucionalidad<sup>38</sup>, pero que en la práctica se vuelve complejo delimitar esa naturaleza concreta ya que el constituyente derivado de 2005 cometió importantes errores en el diseño de la Acción de Inaplicabilidad<sup>39</sup>.

Por su parte, y de forma coincidente con la doctrina mayoritaria, la propia jurisprudencia del órgano constitucional sostiene que se revisa la aplicación concreta de un precepto legal, mas no su conformidad en abstracto con la Constitución<sup>40</sup>.

Siguiendo el razonamiento mayoritario de la doctrina y la jurisprudencia<sup>41</sup>, las razones dadas en la sentencia de rol N.º 9797-20<sup>42</sup> no debieran ser comunicables a la sentencia en comento, toda vez que la naturaleza de ambas sedes sería totalmente diferente. Una corresponde a un control previo y abstracto, y la otra a un control posterior y concreto. En los mismos términos se pronuncia la disidencia en su razonamiento número 34, donde sostuvo que la sentencia invocada como precedente se pronunció en el contexto de un control preventivo abstracto, cuyas materias y atribuciones son completamente incomunicables al caso *sub lite*: *“34. Por otro lado, se pretende traer a colación como precedente lo resuelto en la sentencia de control preventivo dictada en empate en el proceso Rol N° 9797 y lo razonado en el voto de acogimiento en empate que circunstancialmente contó con la adhesión de quién presidía el tribunal. Cabe mencionar que siendo este proceso uno de inaplicabilidad, las sentencias de este tipo requieren en su fundamentación 6 votos de 10, en la medida que el numeral 6° del artículo 93 de la Constitución requiere “mayoría de miembros en ejercicio” para declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, por lo que nada que tenga menos de 6 votos puede ser tenido como fundamento de la sentencia. Es del caso señalar que el mal pretendido precedente Rol N° 9797 es una sentencia de empate, en una materia en la que la ley orgánica de este tribunal contempla el voto dirimente, que en inaplicabilidad no tiene cabida porque en esta sede empate significa rechazo por no haber mayoría para acoger. Adicionalmente, control preventivo abstracto y control a posteriori concreto (inaplicabilidad por inconstitucionalidad), son materias y atribuciones diferentes, en un sistema jurídico en el que además no se contempla ni se regula la fuerza obligatoria del precedente, motivo por el cual tal construcción argumentativa no puede tener cabida en esta sentencia”<sup>43</sup>.*

Como pudimos apreciar antes, el Tribunal Constitucional afirma que la impugnada ley 21.330 incide en materias de seguridad social, y fue *“dictada sin sujeción al principio basal de competencia recogido en el artículo 7º de la Carta fundamental<sup>44</sup>, al tener su origen en mociones parlamentarias y no en un mensaje presidencial, como en derecho corresponde”<sup>45</sup>*. Plantea que hay un vicio de inconstitucionalidad de forma, toda vez que en la tramitación de la reforma no se habrían respetado las normas sobre la producción jurídica formales, es decir, las normas sobre la producción jurídica que circunscriben el ámbito de poder conferido a ciertos órganos para regular ciertas materias. El Tribunal Constitucional sostiene que el Congreso no tenía iniciativa para regular ni desarrollar el derecho a la seguridad social, sino que ello le correspondía

<sup>35</sup> RODRÍGUEZ (2013), p. 32.

<sup>36</sup> RODRÍGUEZ (2013).

<sup>37</sup> SALAS (2018), p. 192.

<sup>38</sup> COUSO Y CODDOU (2010) p. 397.

<sup>39</sup> El principal problema de diseño sería el nexo que tiene con la Acción de Inconstitucionalidad del Artículo 93 N°7 y con el control preventivo. COUSO Y CODDOU (2010), pp. 401 y 420.

<sup>40</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 3116-16, de 15 de marzo 2018; Tribunal Constitucional; Rol N° 3299-16, de 18 julio de 2017; Tribunal Constitucional; Rol N° 2944-15, de 10 de enero de 2017; Tribunal Constitucional; Rol N° 3199-16, de 28 de marzo de 2017.

<sup>41</sup> La naturaleza concreta o abstracta es una cuestión que excede a este comentario y será tratado por este autor en otros trabajos.

<sup>42</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 9797, de 30 de diciembre de 2020.

<sup>43</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 11230-2021, de 17 de marzo de 2022.

<sup>44</sup> Constitución Política de la República de Chile, de 1980.

<sup>45</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 11230-2021, de 17 de marzo de 2022.

exclusivamente al Presidente de la República. El planteamiento es que se infringieron NSPJ formales.

Retomando el asunto sobre el control de constitucionalidad de los vicios de forma, debemos precisar que, si el vicio de una norma proviene de la infracción de NSPJ formales, el control sobre la validez de aquella debiera ser abstracto y con efectos generales. Abstracto en el sentido de constatar si se cumplieron o no las NSPJ que determinan su validez formal, por ejemplo, si se cumplió con el procedimiento legislativo o si fue la autoridad competente para dictarla. Sobre sus efectos, este tipo de vicio afecta en todos los casos la validez de la norma jurídica porque se está constatando que no respetó las NSPJ, por lo que, si se quiere tener un ordenamiento jurídico coherente con normas jurídicas válidas, los efectos de su declaración deben ser generales. No procedería para estos casos la inaplicabilidad, pues sus efectos son relativos.

Como se afirma más arriba, la acción de inaplicabilidad tiene un carácter concreto, debido a que revisa si la aplicación del precepto genera efectos inconstitucionales en la gestión pendiente. Y en el ordenamiento jurídico chileno queda claro que los efectos de la sentencia estimatoria de inaplicabilidad son *inter partes*. La Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional en su artículo 92 declara que dicha sentencia “*solo producirá efectos en el juicio en que se solicite*”<sup>46</sup>.

Catalina Salem, en una investigación sobre esta misma sentencia en comento, defiende la idea que el Tribunal Constitucional revise y controle los vicios de forma a través de la acción de inaplicabilidad, argumentando “*que es una acción que va más allá del control de la ley en stricto sensu: más bien es un tipo de control que se extiende a los actos legislativos, sean estas leyes exentas de vicios de procedimientos o no*”<sup>47</sup>. Me permito discrepar, pues si revisamos la disposición constitucional del artículo 93 N°6 de la Constitución<sup>48</sup>, esta señala la facultad del Tribunal Constitucional de resolver la inaplicabilidad de un *precepto legal*. Entonces, a partir del enunciado “*precepto legal*”, entendido por el propio Tribunal como equivalente a norma jurídica (de rango legal), no se puede deducir lógicamente que ello incluya controlar actos del legislador, porque las leyes, una vez dictadas, son fuentes del derecho independientes de la autoridad que las dictó, y lo controlado es la fuente mas no su autor: “*un precepto legal es una norma o regla jurídica que se caracteriza por formular enunciados lingüísticos de naturaleza asertivos o descriptivos, definitorios, mayormente prescriptivos y, realizativos o perlocutivos o actos de habla ilocutivos, es decir con una intencionalidad determinada*”<sup>49</sup>.

Entonces, el alcance de la voz *precepto legal*, debe ser entendido como un enunciado normativo contenido en una fuente del derecho llamada ley. Es un conjunto de palabras que manda, prohíbe o permite. Ese es el objeto de control en la acción de inaplicabilidad, mas no el acto legislativo. Si aceptáramos que los actos legislativos son objeto de control vía acción de inaplicabilidad, no tendría sentido tener control previo de constitucionalidad, abstracto, como el dispuesto en los artículos 93 N°1 y 3 de la Constitución<sup>50</sup>. Es en esos casos donde se controlan los actos del legislador, materializados en proyectos de ley. En cambio, en sede de inaplicabilidad, se controla un precepto legal ya publicado y vigente, que ya se desprendió de la actuación legislativa, y lo que debe verificarse es si genera efectos contrarios a la Constitución en una gestión judicial pendiente, es decir, es un juicio sobre la aplicabilidad en un caso concreto, independiente de los actos legislativos que ocurrieron en la producción jurídica de la norma en cuestión.

Así las cosas, la acción de inaplicabilidad (INA) no está destinada a ser un régimen de invalidación que revise el procedimiento legislativo y la historia de la ley. La INA no es un medio para enjuiciar la validez de la ley, sino que es una vía para dejar fuera de la solución de un caso concreto una norma jurídica de rango legal cuyos efectos son contrarios a la Constitución. En

<sup>46</sup> Ley N° 17.997, de 1981.

<sup>47</sup> SALEM (2022), p. 256.

<sup>48</sup> Constitución Política de la República de Chile, de 1980.

<sup>49</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 2917-15, de 16 de mayo de 2017.

<sup>50</sup> Constitución Política de la República de Chile, de 1980.

este sentido, Lübbert afirma que, al analizar un vicio de forma en sede de inaplicabilidad, el Tribunal se estará pronunciando sobre la ley en abstracto<sup>51</sup> y Henríquez es clara al determinar que la sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional no afectará la vigencia o la validez del precepto legal impugnado<sup>52</sup>. Incluso, Henríquez y Núñez proponen que debiera existir una especie de acción de inconstitucionalidad directa para depurar preceptos legales que adolezcan de vicios de forma<sup>53</sup>. Coincido con ambas autoras, la INA al ocuparse de la aplicabilidad de un precepto legal no puede declarar la invalidez de una norma porque no fue diseñada para ello. Es una contradicción en los términos decir que la inaplicabilidad resuelve cuestiones de validez.

Además, los efectos de la INA son particulares, y en un caso donde se verifique un vicio que afecte la validez formal de las normas, se generalizaría la declaración de dicha acción provocando efectos *erga omnes*. ¿Es plausible esto? No. La Constitución y la ley obligan al Tribunal Constitucional a que la sentencia de INA sea con efectos *inter partes*, y lo que haría el Tribunal Constitucional al pronunciarse en esta sede sobre un vicio de forma, sería apartarse de su mandato constitucional y generalizar sus decisiones. Esto no se puede permitir y, tanto Lübbert como Henríquez, dan cuenta que, si el TC incurre en esta falta, estaría prescindiendo de las circunstancias del caso e instrumentalizándolo para emitir un pronunciamiento de carácter general. Así, los efectos particulares de la INA no son coherentes con un pronunciamiento sobre un vicio que afecta la validez de un precepto legal, los cuales debieran ser generales<sup>54</sup>. Esto es reconocido por el propio Tribunal que, al resolver un vicio de forma, señala que el efecto particular decae tratándose de defectos en la formación del precepto impugnado, pues resulta obvio que, si en un 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>55</sup>.

## Conclusiones

Las normas sobre la producción jurídica (NSPJ) que determinan la validez formal son: normas sobre el procedimiento; normas de competencia material; y normas de competencia formal. Los ordenamientos jurídicos disponen de regímenes de invalidación contingentes para enjuiciar la validez de sus normas jurídicas. Por su parte, las NSPJ se encuentran contenidas, generalmente, en la Constitución y su incumplimiento genera una infracción constitucional.

Un vicio de forma de la norma requiere que el órgano que la revisa analice de forma abstracta su conformidad con las NSPJ ya que, para determinar la existencia de tal vicio, se contrasta la norma en examen con las NSPJ. En caso de constatar que sí existió vicio formal por incumplimiento de las NSPJ, la sentencia debe tener efectos *erga omnes* y se debe entender derogada del ordenamiento jurídico, porque es inválida.

La sentencia de Rol 11320-21 es de relevancia, en tanto estima inaplicable la ley de reforma constitucional N.º 21.330 por considerar, entre otras cosas, que se cometieron vicios de forma en su producción normativa. Además, su importancia radica en que de manera inédita controló un precepto constitucional vía acción de inaplicabilidad, cuestión nueva en la jurisprudencia constitucional.

El Tribunal Constitucional argumentó que la reforma constitucional no es parte de la Constitución sino que debe considerarse una verdadera ley, pues a pesar de que fue nominalmente llamada reforma constitucional, ello fue una manera de encubrir una legislación prohibida para el legislador. Por su parte, el Tribunal argumenta que dicha reforma infringió normas formales sobre la producción jurídica, pues no respetó la iniciativa exclusiva del Presidente de la República para regular materias relacionadas a la seguridad social, cometiendo

---

<sup>51</sup> LÜBBERT (2014), p. 383. En el mismo sentido VERDUGO (2010), p. 107.

<sup>52</sup> HENRÍQUEZ (2017), p. 58. En el mismo sentido ATRIA (2001), p. 150.

<sup>53</sup> HENRÍQUEZ Y NÚÑEZ (2021), p. 21.

<sup>54</sup> HENRÍQUEZ (2017), p. 58.

<sup>55</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 741-07, de 31 de octubre de 2007.

entonces un vicio de forma en su producción, ya que la preceptiva impugnada fue de iniciativa del Congreso y no del Ejecutivo.

La doctrina y jurisprudencia mayoritaria aceptan que la acción de inaplicabilidad tiene un carácter concreto y efectos *inter partes*. Y si aceptáramos esa afirmación sobre el carácter concreto y los efectos de la acción de inaplicabilidad, resulta poco plausible que puedan controlarse los vicios de forma a través de ella, puesto que revisar y controlar vicios de forma requiere de un ejercicio abstracto, alejado de los hechos que rodean el caso, debiendo remontarse al momento de la creación normativa, siendo indiferente el efecto de la aplicación en una gestión pendiente, y la declaración de inaplicabilidad por vicios de forma tendría un efecto generalizador.

Al futuro, esta sentencia podría marcar un mal precedente, pues los operadores jurídicos podrían impugnar la Constitución a través de la acción de inaplicabilidad, una cuestión inédita e incoherente en el ordenamiento jurídico chileno. Además, reafirma la jurisprudencia que ha sostenido el Tribunal Constitucional desde el año 2005, esto es, que tiene competencia para conocer de los vicios de forma de preceptos legales a través de la acción de inaplicabilidad.

En el marco de un proceso constituyente debieran considerar estas cuestiones problemáticas del diseño y ejercicio del control de constitucionalidad de los vicios de forma.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARÉVALO, WALTER Y GARCÍA, LUISA (2018): “La interpretación constitucional y sus métodos en el sistema jurídico norteamericano, una interacción entre lo político y lo jurídico: Teorías y casos de estudio”, en: Revista *Ius et Praxis* (Año 24, N° 2), pp. 393-430.

ATRIA, FERNANDO (2001): “Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo”, en: Revista de Derecho de Valdivia (Vol. 12), pp. 119-156.

BARAK, AARON (2017): “Unconstitutional Constitutional Amendments”, en: *Israel Law Review* (Vol. 44, N° 3), pp. 321-341.

COUSO, JAVIER Y CODDOU, ALBERTO (2010): “La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un desafío pendiente”, en: Revista de Estudios Constitucionales (Vol. 8, N° 2), pp. 389-430.

DIXON, ROSALIND Y LANDAU, DAVID (2015): “Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendment”, en: *International Journal of Constitutional Law* (Vol. 13, N° 3), pp. 606-638.

GASCÓN, MARINA (1997): “Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes”, en: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* (N° 20), pp. 131-156.

GARCÍA, JOSÉ FRANCISCO (2018): “¿Precedente horizontal de facto en el Tribunal Constitucional?”, en: Revista de Derecho Público (Número especial), pp. 247-262.

GUASTINI (1999): *Distinguiendo, Estudios de teoría y metateoría del Derecho* (Barcelona, Gedisa).

HENRÍQUEZ, MIRIAM (2011): “El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en el ordenamiento constitucional chileno”, en: *Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales* (N°1), pp. 461-477.

HENRÍQUEZ, MIRIAM (2017): “Justicia constitucional chilena y vicios de forma: un caso de improcedencia”, en: *Revista de Derecho Ucdal* (Año 13, N° 15.), pp. 49-68.

HENRÍQUEZ, MIRIAM Y NÚÑEZ, JOSÉ IGNACIO (2021): “Reflexiones preliminares sobre los vicios de constitucionalidad de forma en el sistema chileno”, en: Henríquez, Miriam (Ed.), *Jurisdicción Constitucional y vicios de forma* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 11-22.

- KELSEN, HANS (1982): *Teoría pura del derecho* (México, UNAM).
- LÜBBERT, VALERIA (2014): “El proceso legislativo frente a los jueces: El caso de la inaplicabilidad por vicios de forma”, en: *Revista de Derecho Público* (Nº 76), pp. 373-391.
- PICA, RODRIGO (2009): “El carácter concreto del control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley en el derecho chileno”, en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (Año 16, Nº 2), pp. 101-136.
- POEHLS, MARIANNE Y VERDUGO, SERGIO (2021): “Auge y Caída de la Doctrina de las Reformas Constitucionales Inconstitucionales en Chile”, en: *Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales* (Nº 1), pp. 263-288.
- RAGONE, SABRINA (2012): *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos* (México, Porrúa).
- RÍOS, LAUTARO (2005): “El proyecto de reforma constitucional sobre los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la justicia”, en: *Revista Estudios Constitucionales* (Vol. 3, Nº 1), pp. 73-95.
- RODRÍGUEZ, PABLO (2013): “¿Inconstitucionalidad en abstracto o en concreto?”, en: *Revista de Derecho Público Iberoamericano* (Nº 2), pp. 15-33.
- ROZNAI, YANIV (2017): *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment Powers* (Reino Unido, Oxford University Press)
- SALAS, RICARDO (2018): “Una reconstrucción dogmática de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad”, en: *Revista de Estudios Constitucionales* (Año 16, Nº 1), pp. 187-226.
- SALEM, CATALINA (2022): “Los casos de ‘rentas vitalicias’ y la consolidación de la acción de inaplicabilidad como amparo de derechos contra actos del legislador”, en: *Revista Actualidad Jurídica* (Año XXIII, Nº 46), pp. 247-269.
- STITH, RICHARD (1996): “Unconstitutional Constitutional Amendments: The Extraordinary Power of Nepal's Supreme Court”, en: *American University International Law Review* (Vol. 11, Nº 1), pp. 47-77.
- VON WRIGHT, GEORG (1970): *Norma y acción* (Madrid, Tecnos).
- VERDUGO, SERGIO (2010): “Inaplicabilidad y vicios de forma: ¿un problema resuelto?”, en: *Revista de Derecho de Valdivia* (Vol. 23, Nº 2), pp. 83-112.

#### JURISPRUDENCIA CITADA

- REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD (2007): Tribunal Constitucional 31 de octubre de 2007 (acción de inaplicabilidad), Rol Nº 741-07, en: [https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do\\_search?proc=1&idCausa=741&buscador=true](https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do_search?proc=1&idCausa=741&buscador=true).
- REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD (2017): Tribunal Constitucional 10 de enero de 2017 (acción de inaplicabilidad), Rol Nº 2944-15, en: [https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do\\_search?proc=1&idCausa=3905&buscador=true](https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do_search?proc=1&idCausa=3905&buscador=true).
- REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD (2017): Tribunal Constitucional 28 de marzo de 2017 (acción de inaplicabilidad), Rol Nº 3199-16, en: [https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do\\_search?proc=1&idCausa=4161&buscador=true](https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do_search?proc=1&idCausa=4161&buscador=true).
- REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD (2017): Tribunal Constitucional 16 de mayo de 2017 (acción de inaplicabilidad), Rol Nº 2917-15, en: [https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do\\_search?proc=1&idCausa=3878&buscador=true](https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do_search?proc=1&idCausa=3878&buscador=true).

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD (2017): Tribunal Constitucional 18 de julio de 2017 (acción de inaplicabilidad), Rol N° 3299-16, en: [https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do\\_search?proc=1&idCausa=4261&buscador=true](https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do_search?proc=1&idCausa=4261&buscador=true).

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD (2018): Tribunal Constitucional 15 de marzo de 2018 (acción de inaplicabilidad), Rol N° 3116-16, en: [https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do\\_search?proc=1&idCausa=4078&buscador=true](https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do_search?proc=1&idCausa=4078&buscador=true).

REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD (2020): Tribunal Constitucional 30 de diciembre de 2020 (control preventivo de constitucionalidad), Rol N° 9797-20, en: [https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do\\_search?proc=1&idCausa=10772&buscador=true](https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do_search?proc=1&idCausa=10772&buscador=true).

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD (2022): Tribunal Constitucional 17 de marzo de 2022 (acción de inaplicabilidad), Rol N° 11230-21, en: [https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do\\_search?proc=1&idCausa=12208&buscador=true](https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do_search?proc=1&idCausa=12208&buscador=true).

#### NORMAS JURÍDICAS CITADAS

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Diario Oficial, 11 de agosto de 1980.

LEY N°17.999, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Diario Oficial, 19 de mayo de 1981.

LEY N°21.096, Consagra el derecho a protección de los datos personales. Diario oficial, 16 de junio de 2018.

LEY N°21.330, Modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiros de fondos previsionales y anticipo de rentas vitalicias, en las condiciones que indica. Diario Oficial, 28 de abril de 2021.