

Tribunal Constitucional de Chile y el control preventivo de constitucionalidad

Serie Estudio N° 01-24, 08/03/2024

por Blanca Bórquez Polloni y Víctor Soto Martínez

Resumen

Si bien gran parte de las constituciones del mundo establecen la figura de una jurisdicción constitucional como máximo resorte de garantía de la Carta Magna, su composición y atribuciones son ampliamente discutidas no solo por ser una figura que altera el clásico principio de separación de poderes o funciones sino también, otros principios propios de un Estado de Derecho constitucional y democrático.

El presente Estudio se dedica a analizar una de las funciones que aun cuando representan una parte ínfima del número de ingresos anuales que tiene el Tribunal Constitucional chileno, es de las que mayor impacto mediático y sobre el proceso democrático tiene: el control preventivo de constitucionalidad contemplado en los numerales 1 y 3 del artículo 93 de la Constitución Política de la República. Ámbito donde se discuten la extensión y límites del poder de este órgano jurisdiccional.

Disclaimer: Este trabajo ha sido elaborado a solicitud de parlamentarios del Congreso Nacional, bajo sus orientaciones y particulares requerimientos. Por consiguiente, sus contenidos están delimitados por los plazos de entrega que se establezcan y por los parámetros de análisis acordados. No es un documento académico y se enmarca en criterios de neutralidad e imparcialidad política.

TABLA DE CONTENIDOS

1. Introducción	3
Tabla 1. Muestra procesos ingresados por materia a TC últimos 5 años	4
2. Sobre el control preventivo de constitucionalidad.....	4
3. Principios que deben ser considerados para la discusión	7
4. Análisis de sentencias	9
4.1. Proyecto de ley que moderniza el sistema de relaciones laborales.....	9
4.2. Proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales	18
4.3. Proyecto de ley que fortalecía el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC).....	26
4.4. Proyecto de reforma constitucional relativa al segundo retiro de fondos de las Administradoras de Fondo de Pensiones.....	35
5. Reflexiones finales	45

1. Introducción

Siendo la Constitución la mayor expresión de la voluntad soberana, y encontrándose ella, bajo una concepción Kelsiana, en la cúspide del ordenamiento jurídico nacional, se requiere de un mecanismo de protección que la blinde de los vaivenes políticos de cada época, prevenga su vulneración y, en caso de ser necesario, restablezca su poder y supremacía. Surge así la justicia constitucional, precisamente, como la encargada de defender el texto constitucional y con ello dar garantía jurisdiccional a la Constitución, permitiendo su efectividad y fuerza normativa.

Si bien gran parte de las constituciones del mundo establecen la figura de una jurisdicción constitucional como máximo resorte de garantía de la Carta Magna, su composición y atribuciones son ampliamente discutidas no solo por ser una figura que altera el clásico principio de separación de poderes sino también, como lo refiere AHUMADA, por tratarse de un órgano que afecta la clásica concepción de soberanía popular radicada en la elección de órganos representativos, puesto que se trata por lo general de órganos integrados por jueces no electos popularmente "ni tampoco responsables frente a la ciudadanía"¹.

En el derecho comparado esta labor es asumida bien por los tribunales ordinarios de justicia, como sucede, por ejemplo, en Venezuela o Costa Rica en que es desempeñada por una Sala Constitucional de la Corte Suprema, o bien, por tribunales especializados como ocurre en Francia con el Consejo Constitucional, en Colombia con la Corte Constitucional o en España y Chile con el Tribunal Constitucional (en adelante, TC).

Con independencia de su configuración, en el ejercicio de su papel de garante de la Constitución al órgano jurisdiccional le es encomendada fundamentalmente, como lo expresa NOGUEIRA, la función de "interpretación y defensa jurisdiccional de la Constitución, a través de procedimientos contenciosos constitucionales referentes como núcleo esencial a la constitucionalidad de normas infra constitucionales y la distribución vertical y horizontal del poder estatal, agregándose generalmente la protección extraordinaria de los derechos fundamentales".²

Un ámbito de competencia central de la justicia constitucional es pronunciarse sobre la legitimidad o ilegitimidad de normas internas de rango inferior a las normas constitucionales, de normas del derecho internacional que se integran al derecho interno y su compatibilidad con la Constitución, de normas de reforma constitucional, así como también, de control sobre proyectos de normas previo a su inclusión en el ordenamiento nacional.

Esta última facultad delimitada por el control preventivo de constitucionalidad sobre proyectos de ley, aun cuando se muestra de baja aplicación, en relación con el total de

¹ Ahumada, Paula. (2018). Capítulo 11 El Tribunal Constitucional en Chile: tres ensayos de justicia constitucional. En: Huneeus, Carlos y Avendaño, Octavio (Editores). *El sistema político de Chile*. LOM Ediciones. pp. 379- 407.

² Nogueira Alcalá, Humberto. (2019). El Tribunal Constitucional chileno y perspectiva comparativa con tribunales constitucionales latinoamericanos. Tirant lo blanch, Valencia, pág. 20.

procesos que ingresan anualmente al Tribunal Constitucional chileno (como muestra la Tabla 1) es la que, en ocasiones, alcanza un mayor impacto comunicacional y serios cuestionamientos sobre la validez del proceso democrático legislativo, despertando inquietud el papel que en estos casos desempeña el TC que lo acercaría más a la figura de un legislador y, por tanto, a una tercera instancia del proceso legislativo, antes que a un verdadero órgano de control de jurisdicción constitucional.

Tabla 1. Muestra procesos ingresados por materia a TC últimos 5 años

AÑO	PROCESOS INGRESADOS POR MATERIA	TOTAL	% DEL TOTAL
2022	Control obligatorio constitucionalidad (Art. 93 N° 1)	26	2,195%
	Cuestiones constitucionalidad (Art. 93 N° 3)	1	
	Total procesos ingresados	1230	
2021	Control obligatorio constitucionalidad (Art. 93 N° 1)	24	1,086%
	Cuestiones constitucionalidad (Art. 93 N° 3)	5	
	Total procesos ingresados	2668	
2020	Control obligatorio constitucionalidad (Art. 93 N° 1)	19	1,396%
	Cuestiones constitucionalidad (Art. 93 N° 3)	8	
	Total procesos ingresados	1934	
2019	Control obligatorio constitucionalidad (Art. 93 N° 1)	13	0,678%
	Cuestiones constitucionalidad (Art. 93 N° 3)	2	
	Total procesos ingresados	2210	
2018	Control obligatorio constitucionalidad (Art. 93 N° 1)	20	1,421%
	Cuestiones constitucionalidad (Art. 93 N° 3)	3	
	Total procesos ingresados	1618	

Fuente: Elaboración propia en base a Cuenta Pública de Tribunal Constitucional de Chile, de los años de referencia disponibles en <https://www2.tribunalconstitucional.cl/publicaciones/cuenta-publica/>

El presente Estudio, enfocado exclusivamente en esta última función que se encomienda al TC por los numerales 1 y 3 del artículo 93 de la Constitución Política de la República, analiza el comportamiento del TC en cuatro casos e intenta aportar algunas reflexiones que contribuyan a la discusión que en la materia se ha planteado acerca de las facultades del TC, su extensión y limitaciones, teniendo para el análisis en consideración los principios de autonomía de los poderes o funciones, supremacía constitucional, autonomía del legislador y deferencia razonada, sobre los cuales se sustenta un Estado de Derecho democrático y constitucional.

2. Sobre el control preventivo de constitucionalidad

Al referir al control de carácter preventivo que sobre ciertas normas realiza el TC, hacemos referencia a la facultad de este órgano para verificar la legitimidad constitucional de las disposiciones contenidas en un proyecto de ley previo a que este

surja a la vida jurídica, es decir, antes de su promulgación y publicación. Este control, conforme lo disponen los numerales 1 y 3 del artículo 93 de la CPR puede ser obligatorio o voluntario, según se distinguirá a continuación.

El N°1 del artículo 93 de la CPR, dispone de un control que realiza el TC de manera obligatoria respecto de leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propia de una ley orgánica constitucional (control preventivo obligatorio).

En estas situaciones, una vez queda totalmente tramitado el proyecto por el Congreso Nacional (lo que certificará el secretario de la Cámara de origen), y dentro de los cinco días siguientes, el presidente de la Cámara de origen lo remitirá al TC para su consideración³.

En caso, de haberse suscitado durante la tramitación del proyecto o tratado cuestión de constitucionalidad respecto de una o más de sus disposiciones, se deberá enviar al TC además, las actas de sesiones, de sala o comisión, o el oficio del presidente de la República donde conste la cuestión de constitucionalidad debatida o representada.

Si el TC resolviera que una o más disposiciones del proyecto o del tratado son inconstitucionales deberá declararlo así mediante resolución fundada, cuyo texto íntegro remitirá a la Cámara de origen. En el caso de los tratados, declarada su inconstitucionalidad total, ello impedirá que el presidente de la República lo ratifique y promulgue. Si la inconstitucionalidad es parcial, podrá decidir el presidente de la República si se ratifica y promulga el tratado sin las normas objetadas, en caso de ser posible conforme las normas del propio tratado y el derecho internacional.

Ejercido este control obligatorio, la Cámara de origen enviará el proyecto al presidente de la República para su promulgación, con exclusión de aquellos preceptos que hubieren sido declarados inconstitucionales.

Una vez que el TC se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de las normas de un tratado o de un proyecto de ley orgánica constitucional o interpretativa de la Constitución, no admitirá a tramitación ningún requerimiento para resolver cuestiones sobre constitucionalidad de dichos proyectos o de uno a más de sus disposiciones.

Sobre este control preventivo obligatorio, parece relevante destacar que se trata aquí de realizar un control sobre normas que, por lo general, no han despertado durante su tramitación conflicto alguno de constitucionalidad, donde ha existido un proceso deliberativo y de acuerdo por parte de los parlamentarios.

Al respecto, BASSA, FERRADA Y VIERA expresan: "... el Tribunal Constitucional puede, sin que medie conflicto alguno y sin que ninguno de los intervinientes solicite su intervención, impedir que el proyecto se transforme en ley. La obligatoriedad de este

³ Véase también Título II Párrafo 1 Control obligatorio de constitucionalidad, artículo 48 y ss. del DFL N° 5, de 2010, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 17.997, orgánica constitucional del Tribunal Constitucional. Publicada en diario Oficial de 10 de agosto de 2010. Disponible en: <https://bcn.cl/2jzim>

control supone un gravamen exagerado a la deliberación legislativa, que solo se justifica desde concepciones políticas que desconfían de la democracia deliberativa; más aún si consideramos que aprobar leyes orgánico-constitucionales o que interpreten la Constitución requiere de quórum contra-mayoritarios: cuatro séptimos y tres quintos, respectivamente (art. 66)”⁴.

De otro lado, el N° 3 del artículo 93 CPR contempla un control preventivo de carácter voluntario por el cual el Tribunal Constitucional podrá resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso (control preventivo facultativo). En estos casos el TC podrá conocer de la materia previo requerimiento del presidente de la República, cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, y siempre que tal requerimiento sea formulado antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional y, en caso alguno, después de quinto día del despacho del proyecto o de la señalada comunicación.

Presentado el requerimiento (el que se entenderá recibido desde que sea declarado admisible), el TC dispondrá de diez días contados desde su presentación para resolver, pudiendo prorrogar dicho plazo por otros diez días por motivos graves y calificados.

El requerimiento deberá exponer claramente los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya indicando de manera precisa la cuestión de constitucionalidad y, en su caso, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen con indicación de las normas que se estiman transgredidas. Se acompañará el proyecto de ley, reforma constitucional o tratado, con indicación precisa de la parte impugnada.

Este requerimiento no suspende la tramitación del proyecto, pero la parte impugnada no podrá ser promulgada hasta la expiración del plazo de diez días o su prórroga, salvo en caso del proyecto de Ley de Presupuesto o del proyecto relativo a la declaración de guerra propuesta por el presidente de la República.

En este segundo control de carácter voluntario, existe una diferencia importante entre los parlamentarios, entre una minoría con respecto a lo definido por la mayoría. Se trata por lo general, de una diferencia política que se expresa bajo la forma de una inconstitucionalidad. Sobre el punto, señalan nuevamente BASA, FERRADA Y VIERA: “En teoría, se trata de una diferencia fundada en la eventual inconstitucionalidad de un proyecto de ley; sin embargo, la práctica constitucional señala que se trata, en realidad, de diferencias políticas entre Gobierno y oposición, que esta última intenta resolver a su favor en el Tribunal cuando es derrotada en el Congreso”.⁵

Tanto del control preventivo obligatorio como del voluntario conoce el pleno del Tribunal Constitucional⁶. Contra lo resuelto por el TC no procederá recurso alguno y las disposiciones que este declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley⁷.

⁴ Bassa, Jaime; Ferrada, Juan Carlos y Viera, Christian. (2015). *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*. LOM Ediciones. pág. 260.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Artículo 31 N°1 y 3 DFL N° 5, de 2010,

3. Principios que deben ser considerados para la discusión

La existencia de una jurisdicción constitucional y de un organismo que la detenta, se sustenta sobre la base del **principio de supremacía constitucional** según el cual el proceso democrático queda subordinado al derecho constitucional, de modo que este ha de imperar por sobre la política, siendo la Carta Magna o Ley Fundamental su mayor representación. No obstante, como se ha expresado, la figura de un órgano de jurisdicción constitucional no ha estado exenta de críticas, pues supone al menos a primera vista, poner en entredicho algunos principios clásicos del Estado de Derecho moderno y democrático, toda vez que autoriza la existencia de una figura capaz, en el ejercicio de sus funciones, de entrometerse en los ámbitos de competencia de otras entidades consideradas como plenamente autónomas.

Ello puesto que, la principal función asignada a la jurisdicción constitucional consiste precisamente en controlar el ejercicio del poder legislativo, accionado por el propio Congreso Nacional o por el ejecutivo, de manera de velar que este respete tanto los procedimientos como los derechos constitucionales⁸ y asegurar de esta forma que cualquier norma infraconstitucional respete los términos de la Carta Magna, adecuándose a ella.

Siendo así, la figura del Tribunal Constitucional pareciera no corresponderse con la tradicional **división de los poderes del Estado** que distingue con claridad un poder Legislativo como órgano legislador, un poder Ejecutivo como ejecutor de lo legislado y un poder Judicial que sanciona las infracciones a la ley. Se trata más bien de una institución que participa activamente de las funciones que ejercen tanto el Ejecutivo como el Legislativo, por medio de "un trabajo que se asemeja al realizado por el tercero (Judicial)"⁹.

"Es una institución que pareciera superponerse a la división de poderes propia del Estado moderno, porque ejerce funciones jurisdiccionales con un fuerte contenido político, a partir de las cuales participa del proceso legislativo y tiene la competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad de normas que emanan de las atribuciones de otros órganos. Su interacción constante con otras instituciones y el control que ejerce sobre ellas, llevan al Tribunal a cumplir funciones claves para el desempeño de los poderes del Estado en su conjunto."¹⁰

Para LUCAS GARÍN, "... la Constitución asigna muchas tareas al tribunal Constitucional que nos alejan del Principio de División de Poderes clásico. Por ello abordar el Principio desde el esquema tripartito de órganos y funciones, propio del Liberalismo Clásico, sería hacerlo desde una perspectiva que no interpreta ni el texto ni la práctica constitucional de principios del Siglo XXI. Una perspectiva superadora debe alentar un adecuado balance

⁷ Artículo 94 CPR:

⁸ Ahumada, Paula. (2018). Capítulo 11 El Tribunal Constitucional en Chile: tres ensayos de justicia constitucional. En: Huneus, Carlos y Avendaño, Octavio (Editores). *El sistema político de Chile*. LOM Ediciones. pp. 379- 407.

⁹ Bassa, Jaime; Ferrada, Juan Carlos y Viera, Christian. (2015). *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*. LOM Ediciones. pág. 254.

¹⁰ *Ibidem*.

de los límites y contrapesos ordenados por la Constitución, lo que resulta difícil (pero no imposible) dada la dinámica constitucional muy fluida y variable”.¹¹ Desde esta perspectiva a parecer del autor, el TC es precisamente el llamado a resguardar la esencia del principio de división de poderes.

La profesora MARISOL PEÑA no cree que la tarea de los tribunales constitucionales se oponga a la vigencia del principio de separación de funciones del Estado, sino que esta “... debe ser entendida como parte de la relojería del Estado de Derecho, donde la jurisdicción constitucional colabora con la función legislativa, en asegurar que se respete integralmente el principio de supremacía constitucional”¹². En especial, observa que el control de constitucionalidad de la ley ejercido por el TC “... representa una expresión de los frenos y contrapesos que caracterizan el funcionamiento del Estado Democrático de Derecho en nuestros días.”¹³

Ahora bien, como lo expresa la Constitución Política (en adelante, CPR) los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma prescrita por la ley (art. 7), debiendo siempre someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ellas (art. 6). Así el legislador goza de una determinada **autonomía legislativa** para dictar normas de conformidad a los límites dispuestos por la propia Constitución.

En sus relaciones con otros órganos de poder deben regirse por la **deferencia razonada** lo que implica según ZAPATA, de un lado, mantener una actitud permanente y recíproca de respeto y cortesía, a la vez que de “reconocimiento y respeto de las esferas competenciales en que las autoridades tienen el derecho a tomar decisiones con relativa autonomía”¹⁴. Agrega que, esta deferencia implica respecto del TC respeto a la autonomía del legislador y la presunción de constitucionalidad de sus actos. Apunta: “Sólo cuando el legislador excede su ámbito de competencia, infringiendo los márgenes contemplados en la Carta Fundamental, el TCCh puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que éste haya incurrido” y agrega: “Usurparía funciones ajenas, por ende, el TCCh si pretendiera sustituir o complementar al legislador en la ponderación y evaluación de los criterios de mérito o conveniencia que subyacen a toda decisión legislativa”¹⁵. De esta forma, se entiende y así lo ha expresado el propio TC que no le cabe a él emitir juicio de mérito respecto de las normas impugnadas o que le corresponde conocer puesto que no es un colegislador.

En lo que respecta a la presunción de constitucionalidad entiende ZAPATA que “el TCCh debe abstenerse de anular una decisión legislativa sin tener para ello buenas y claras razones para preferir su propia interpretación por sobre la efectuada previamente por otros poderes del Estado”.¹⁶

¹¹ Lucas Garín, Andrea. (2013). Manifestaciones del principio de división de poderes en la arquitectura constitucional chilena con especial mención al Tribunal Constitucional. En: Henríquez Viñas, Miriam Lorena y Silva Gallinato, María Pía (Coord.). *Relaciones del Tribunal Constitucional con los demás órganos del Estado*. Monografías. Legal Publishing Chile, Chile. pp. 20 y 21.

¹² Peña Torres, Marisol. (2013). Alcances sobre las reservas de constitucionalidad. En: Henríquez Viñas, Miriam Lorena y Silva Gallinato, María Pía (Coord.). *Relaciones del Tribunal Constitucional con los demás órganos del Estado*. Monografías. Legal Publishing Chile, Chile. pp. 24 y 25.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Zapata, Patricio. (2002). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Parte General. Biblioteca Americana, Universidad Andrés Bello, Santiago de Chile. pág. 69.

¹⁵ *Ibidem*. pág. 73.

¹⁶ *Ibidem*., pág. 81.

4. Análisis de sentencias

4.1. Proyecto de ley que moderniza el sistema de relaciones laborales¹⁷

Boletín N°9835-13 Moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo. Mensaje. Fecha de ingreso: 29.12.2014¹⁸.

4.1.1. Descripción de la sentencia

4.1.1.1. Antecedentes

El año 2016 se aprobó por parte del Congreso Nacional el proyecto de ley que moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo (Boletín N°9835-13)¹⁹. Entre otras cosas, este proyecto de ley buscaba:

- i) Ampliar la cobertura de la negociación colectiva a trabajadores que se encontraban excluidos de ejercer ese derecho (trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje, y organizaciones de trabajadores contratados exclusivamente para trabajar en una obra o faena transitoria, entre otros).
- ii) Establecer la *titularidad sindical*, es decir, que el sindicato fuera considerado como el sujeto principal de la negociación colectiva, en representación de sus afiliados. Para ello, el proyecto de ley incorporaba la posibilidad de que los beneficios negociados por un sindicato y establecidos en un instrumento colectivo se aplicaran a todos los trabajadores que se afiliaran al sindicato con posterioridad a la negociación. Asimismo, se reconocía la titularidad sindical de los sindicatos interempresa, entre otras cuestiones.
- iii) Ampliación del *derecho a información de los sindicatos*, con la finalidad de mejorar la calidad de las negociaciones y de la relación empresa-sindicatos.
- iv) Simplificación del procedimiento de negociación colectiva reglada.

Frente a ello, un grupo de senadores y otro de diputados interpusieron sendos requerimientos de inconstitucionalidad, conforme al artículo 93, N° 3, de la Constitución (control preventivo *facultativo* de constitucionalidad). Estos requerimientos se centraron en cuatro capítulos: en primer lugar, cuestionaron las normas relativas a la *titularidad sindical*; en segundo lugar, cuestionaron que se extendieran los beneficios del instrumento colectivo a los *nuevos afiliados* al sindicato y que se prohibiera al empleador otorgar unilateralmente los mismos beneficios a trabajadores no afiliados; en tercer lugar, cuestionaron el derecho de las organizaciones sindicales para *requerir información* de los trabajadores; finalmente, cuestionaron la constitucionalidad de que se admitiera la negociación colectiva con *sindicatos interempresa*.

¹⁷ Causa Rol 3016-16-CPT. Fecha de ingreso: 06.04.2016. Disponible en: https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do_search?proc=1&idCausa=3977&buscador=true y Causa Rol 3026-16-CPT. Fecha de ingreso: 12.04.2016. Disponible en: https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do_search?proc=1&idCausa=3987&buscador=true Causas acumuladas por resolución del 19.04.2016.

¹⁸ Disponible en: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=9835-13

¹⁹ Este proyecto de ley se convirtió, excepto en su parte declarada inconstitucional por el TC, en la Ley N° 20.940, promulgada ese mismo año.

4.1.1.2. Argumentos de los requirentes²⁰

Respecto del primer capítulo, el principal argumento de los requirentes fue que el proyecto de ley trasladaba el derecho a negociar colectivamente (art. 19, N° 16, inc. 5°) de los trabajadores *individualmente considerados* a los sindicatos. Si bien el proyecto de ley no obligaba a los trabajadores a ingresar a un sindicato, al fortalecer la posición de este tipo de organización como principal actor de la negociación colectiva (lo que los requirentes consideraban que constituía, en la práctica, un "monopolio sindical"), la libertad consagrada por el constituyente habría dejado de ser tal, "en tanto la posibilidad de elegir no adherir a un sindicato se torna irrelevante"²¹.

En cuanto al segundo capítulo, se argumentó que la no extensión de beneficios a trabajadores no afiliados al sindicato, pero la entrega de estos a los nuevos afiliados, implicaba una suerte de *castigo* a la no afiliación²². Esto constituiría, además, un incentivo a la afiliación que sería homologable a una presión o coacción²³. Por otra parte, se argumentó que la norma en cuestión vulneraba el derecho de propiedad del empleador, pues habría privado a éste "de parte de su patrimonio para cubrir los beneficios del instrumento colectivo que, por la mera afiliación sindical de un nuevo socio, deberá pagar"²⁴. También se dijo, en esta línea, que ello afectaba la "autonomía del empresario para organizar la empresa y la actividad productiva asociada a ésta"²⁵.

Respecto del tercer capítulo, se señaló que la entrega de información relativa al trabajador (solicitud de planilla de remuneraciones de todos los trabajadores de la empresa) vulneraba el derecho a la privacidad (art. 19, N° 4 y 5).

Finalmente, en lo relativo al cuarto capítulo, se argumentó que la negociación colectiva con un sindicato interempresa constituía ampliar la negociación colectiva más allá de la empresa, lo que estaría reñido con la Constitución, en cuanto esta define el derecho fundamental a la negociación colectiva como un derecho de los trabajadores a negociar "con la empresa en que laboren" (art. 19, N° 16, inc. 5°). Por otro lado, dicha norma disponía que las microempresas y las pequeñas empresas estuvieran eximidas de este tipo de negociación, pero no así las medianas empresas, lo que a juicio de los requirentes establecía "una igualdad absoluta entre las empresas medianas y grandes, sin considerar sus distintas realidades"²⁶, lo que constituiría una vulneración del art. 19, N° 2 y 22 (igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria en materia económica).

4.1.1.3. Lo que resolvió el TC

Se acogió en su totalidad el primer capítulo de la impugnación referido a la titularidad sindical, y parcialmente el segundo capítulo, referido a la extensión de beneficios. Esto quiere decir que se declaró la inconstitucionalidad de extender los beneficios a los nuevos miembros del sindicato, pero se aceptó la inclusión en el instrumento colectivo de la

²⁰ Las referencias a los vistos se indicarán por el número de página y las argumentaciones de fondo se indicarán por considerando.

²¹ Pág. 11 de la sentencia.

²² Pág. 19 de la sentencia.

²³ Ibidem.

²⁴ Pág. 21 de la sentencia.

²⁵ Pág. 24 de la sentencia.

²⁶ Pág. 35 de la sentencia.

posibilidad de extensión de los beneficios a trabajadores no afiliados. En tanto, se rechazó el tercer capítulo en su integridad, aceptándose, por tanto, que los sindicatos pudieran acceder a las planillas de remuneraciones de los trabajadores, y se rechazó también el cuarto capítulo, admitiéndose, la negociación colectiva con sindicatos interempresa.

La sentencia se divide por capítulos, y en cada cual se observan los fundamentos de los votos por acoger y por rechazar, así como las respectivas prevenciones particulares de los ministros. Para efectos de este trabajo sólo nos interesan los argumentos de la mayoría y de la disidencia respecto de las materias que fueron, efectivamente, declaradas inconstitucionales por parte del TC.

4.1.1.4. Argumentos de la mayoría

Un primer argumento general tiene que ver con la delimitación de las atribuciones del TC para entrar en materias específicas como la titularidad sindical. Se afirma, primero, que las atribuciones del TC se desprenden de una comprensión “sustancial” del constitucionalismo, es decir, una visión que entiende que la Constitución no sólo establece límites formales a la actuación de los órganos públicos, incluido el legislador, sino también límites sustanciales o de contenido, y que dicho contenido debe ser revisado por un órgano jurisdiccional²⁷ (considerando 10°). Asimismo, se indica que “la actual Constitución tiene particularidades. No se trata de una Constitución totalmente neutra. Ninguna lo es. Y, respecto de las materias objeto de examen, ciertamente no lo es” (considerando 12°). Esto significa que, para la mayoría del TC, las normas constitucionales tendrían una postura clara sobre la titularidad sindical, donde no habría mucho margen para la innovación legislativa.

4.1.1.4.1. Titularidad sindical

La titularidad sindical implica que se concibe al sindicato como el (principal) órgano capaz de representar a los trabajadores en la negociación colectiva. Por cierto, el proyecto de ley conservaba la figura de los grupos negociadores (grupos de trabajadores no sindicalizados que se unen transitoriamente para el solo efecto de negociar de forma colectiva con el empleador), pero establecía ciertos incentivos para que la negociación se llevara a cabo con organizaciones sindicales.

Para la mayoría del TC, esta titularidad implicaría una infracción al derecho a negociar colectivamente, por cuanto –a juicio de los magistrados- este derecho estaría radicado en los “trabajadores” en general y no exclusivamente en los trabajadores sindicalizados: “se está en presencia de una intervención legislativa que bajo la apariencia de establecer una “modalidad” del derecho constitucional de los trabajadores impone condiciones o requisitos que impiden su libre ejercicio” (considerando 21°). Aquí el fundamento normativo de la inconstitucionalidad sería la infracción del derecho a negociación colectiva (art. 19, N° 16, inc. 5°) y la cláusula de no vulneración de la esencia de los derechos (art. 19, N° 26).

²⁷ En realidad, esta es sólo una de las múltiples visiones que existen sobre la necesidad, justificación y las características que debe tener el control constitucional de las leyes (desde el problema de si debe haber dicho control, hasta el problema de definir, en caso de una respuesta afirmativa, qué órgano debe realizarlo y cómo debe diseñarse ese órgano). Véase, al respecto: SOTO, Víctor. “Tribunales Constitucionales en el derecho comparado”, Serie Informes N° 01-21, Biblioteca del Congreso Nacional, 2021. Disponible en: https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/31932/1/N_01_21_Tribunales_constitucionales_en_el_derecho_comparado.pdf

El segundo argumento dice relación con una vulneración del derecho de asociación de los trabajadores (art. 19, N° 15). Así, al privilegiarse al sindicato en detrimento del grupo negociador se estaría vulnerando el derecho de los trabajadores a asociarse libremente, y, si bien los grupos negociadores –a diferencia de los sindicatos- no son mencionados en la Constitución, el TC afirma que “[l]a ausencia de reconocimiento constitucional expreso no copa las posibilidades asociativas de los trabajadores” (considerando 29°).

El tercer argumento se refiere a una vulneración de la libertad sindical (art. 19, N° 19). A juicio de los magistrados, la libertad sindical es “una expresión particularizada del derecho de asociación” (considerando 37°) y se trata de un derecho individual, cuyo núcleo consiste en la posibilidad del trabajador de afiliarse, permanecer o desafiliarse al sindicato. En este sentido, se sostiene que, con la titularidad sindical, “el margen de libertad que tiene un trabajador para no afiliarse a una organización sindical se comprime en exceso” (considerando 37°).

El cuarto argumento sostiene que las normas impugnadas infringirían la prohibición de establecer diferencias arbitrarias (art. 19, N° 2), debido a que ellas limitarían las posibilidades de actuación de los grupos negociadores, incluyendo el derecho a huelga (la negociación semi-reglada introducida por el proyecto de ley no consideraba la huelga, a diferencia de lo que ocurre en la negociación colectiva reglada).

4.1.1.4.2. Extensión de beneficios a nuevos miembros del sindicato

El primer argumento sostiene que, al establecerse un incentivo a los nuevos trabajadores para que ingresen al sindicato de la empresa, se estaría quitando autonomía al trabajador “para decidir de manera siempre voluntaria si se afilia o no a un sindicato” (considerando 69°), lo que vulneraría la libertad sindical (art. 19, N° 19).

El segundo argumento, en tanto, consiste en que esta medida vulneraría la libertad de contratación del empleador (art. 19, N° 16, inc. 2°).

El tercer y último argumento, en línea con el anterior, destaca que esta situación genera un “efecto colateral sustancial” (considerando 90°) en el derecho (del empleador) a desarrollar cualquier actividad económica (art. 19, N° 21).

4.1.5. Argumentos de la disidencia²⁸

En primer lugar, el voto disidente hace un recorrido histórico por la evolución del derecho a sindicarse en Chile, contrastando la visión de la Constitución de 1925 y la Constitución de 1980. Luego, se refiere al rol del sindicato en la negociación colectiva, destacando el lugar privilegiado que tiene el sindicato en la Constitución vigente, especialmente en su carácter de “grupo intermedio” (recordemos que los grupos intermedios son reconocidos y amparados en el artículo 1° CPR). Asimismo, descompone los diversos elementos que comprende la libertad sindical, destacando que esta tiene una faz individual y una faz colectiva y que esta última no puede escindirse del cumplimiento

²⁸ Debido a la complejidad de la estructura del voto de minoría las referencias se harán directamente al número de página.

de las finalidades propias del sindicato, como la representación de los intereses de los trabajadores o la fiscalización de la normativa laboral, entre otras. En esta línea de pensamiento, se enfatiza la unión conceptual entre el sindicato y la negociación colectiva; esta última sería, según esta visión, una actividad inherentemente colectiva donde intervienen sujetos colectivos. Por ello, argumentan los magistrados, las normas constitucionales “no pueden desembocar en una visión individual de la negociación colectiva, vía trabajadores desorganizados o grupos negociadores transitorios”²⁹.

4.1.5.1. Titularidad sindical

El voto disidente describe cuatro vías posibles, “desde la más reducida óptica interpretativa hasta la más amplia posible”, para descartar la inconstitucionalidad de las normas impugnadas³⁰.

La primera vía es una interpretación literal de las normas constitucionales. A juicio de estos magistrados, cuando la Constitución establece un derecho constitucional a negociar colectivamente para *todos* los trabajadores, no se puede realizar la descomposición de la voz “trabajadores” y convertirla en “cada trabajador” individualmente considerado. Esta interpretación mutaría “el contrato colectivo en un mero contrato plurindividual de trabajo donde no hay condiciones reales para una negociación con el empleador que satisfaga la finalidad de la misma: obtener una solución justa y pacífica”³¹. Es decir, sería válido para el legislador definir una forma de organización que les permitiera a los trabajadores canalizar este derecho. En contraste, a juicio de los magistrados disidentes, la sentencia de mayoría se habría centrado metodológicamente en la defensa de los *grupos negociadores*, que habrían sido perjudicados por una norma que privilegiaba a los sindicatos. Por eso el voto disidente incorpora un cuadro comparado que da cuenta de los contrastes en protección de los trabajadores y capacidad negociadora de los sindicatos y los grupos negociadores. Así, señalan que estos últimos tienen su fuente normativa en el derecho de asociación, constituyendo asociaciones “morales” (en el entendido de que no son asociaciones con personalidad jurídica), versus los sindicatos, que sí constituyen asociaciones jurídicas. “Una asociación moral no permite que los trabajadores se sienten en una mesa a negociar porque sencillamente no son contraparte en un contrato y carecen de la legitimación para suscribirlo”³². De ahí que los disidentes consideren que la asociación jurídica natural para negociar un contrato colectivo sea el sindicato. “Una paridad de los grupos negociadores y de los sindicatos constituiría un régimen de doble titularidad que no tiene parangón constitucional, ni histórico ni internacional” (considerando 28º, p. 245).

La segunda vía es una interpretación sistemática (o “integrativa”, como le llaman) del texto constitucional. Aquí se tocan varias aristas del problema. Primero, se redondea el argumento anterior, indicándose que, a diferencia de los sindicatos, los grupos negociadores no constituyen grupos intermedios, porque no tienen una función representativa de los trabajadores ni estructuran a la sociedad³³. Segundo, se responde el cuestionamiento a la vulneración del derecho a “no afiliarse” a un sindicato, indicando las distintas opciones con las que el trabajador contaba en el proyecto de ley

²⁹ Pág. 225 de la sentencia.

³⁰ Pág. 227 de la sentencia.

³¹ Pág. 231 de la sentencia.

³² Pág. 238 de la sentencia.

³³ Págs. 250 y 251 de la sentencia.

impugnado (así, podía unirse al sindicato, constituir otro sindicato, constituir un grupo negociador, negociar individualmente). La generación de incentivos a la sindicalización no podría ser vista, por tanto, como una restricción al derecho de no afiliarse³⁴. En este sentido, señalan que incluso “el proyecto de ley autoriza acceder a los beneficios de una negociación colectiva realizada por un sindicato. Más allá de que el poder de un sindicato se incrementa por la incorporación de afiliados y el mayor alcance de sus acuerdos, se mantiene la libertad de las personas para acceder a los beneficios pactados y permitir el abandono del sindicato”³⁵. De esta forma, el legislador “no ha configurado un “monopolio” en la negociación colectiva a favor del sindicato sino que ha regulado una preferencia normativa en su regulación”³⁶, cuestión que los jueces homologan a otras leyes que establecen licencias, derechos, franquicias, aranceles, etcétera, sin que se acuse que existe una infracción constitucional (a la libre competencia, por ejemplo). En definitiva, el argumento sostiene que es la propia Constitución la que ha establecido esta preferencia normativa –al no mencionar siquiera a los grupos negociadores y sí contemplar al sindicato- y que se podría comparar esta situación a la preferencia que la Carta Fundamental establece en el ámbito político y electoral entre partidos políticos y candidatos independientes³⁷.

La tercera vía se basa en la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos. Aquí se citan, en particular, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Americana de Derechos Humanos; y los Convenios N° 87 y 98 de la OIT. Además de recalcar la centralidad de la sindicalización en dichos instrumentos, los jueces aseveran que “los grupos negociadores son objeto de cuestionamiento en el Convenio 98, artículo 2.2 del mismo, puesto que constituyen un mecanismo que es susceptible de configurarse como práctica antisindical y ése siempre ha sido entendido como el límite de la actividad normativa interna”³⁸. El voto disidente reitera la línea jurisprudencial del TC de que los tratados internacionales tienen rango infraconstitucional, pero asevera que “pueden erigirse en parámetros de constitucionalidad”. Esto implica “que su contenido puede proporcionar al intérprete pautas o criterios para determinar el sentido y alcance de los preceptos infraconstitucionales”³⁹.

La cuarta y última vía de argumentación es el derecho comparado. En este sentido, la conclusión de los jueces es que los grupos negociadores no tienen parangón en el derecho extranjero, idea que sustentan en un cuadro comparado que incorpora a dieciocho países⁴⁰.

4.1.5.2. Extensión de beneficios a nuevos miembros del sindicato

El argumento comienza con un repaso de lo que son los derechos colectivos en el ámbito del derecho laboral. Así, se nos dice de entrada que “los derechos colectivos son el resultado de la acción de los actores colectivos”⁴¹. No deberían, pues, homologarse

³⁴ Pág. 255 de la sentencia.

³⁵ Pág. 256 de la sentencia.

³⁶ Pág. 258 de la sentencia.

³⁷ Pág. 263 de la sentencia.

³⁸ Págs. 273 y 274 de la sentencia.

³⁹ Pág. 278 de la sentencia.

⁴⁰ Ver págs. 284 a 288 de la sentencia.

⁴¹ Pág. 299 de la sentencia.

con derechos sociales (que son universales). Asimismo, se hace referencia al principio de complementariedad en materia laboral (es decir, que en materia laboral la ley es *complementada* por lo acordado en los contratos colectivos). Como consecuencia de este principio, sostienen, “el derecho de negociación colectiva se ejecuta de manera esencial a través de los instrumentos colectivos, en particular, del contrato colectivo”⁴². Sin embargo, sus efectos normativos “superan su propia eficacia temporal y personal”⁴³, lo que también redundaría en que, en muchas ocasiones, abarquen normativamente a más gente que la que los suscribe, e incluso que aquella que se afilia al sindicato. Así, la extensión de los beneficios a los nuevos afiliados sería, a juicio de los magistrados, un mero efecto del contrato colectivo, en tanto fuente de derecho reconocida por la Constitución: “El contrato colectivo tiene como partes el empleador y la organización sindical, no los trabajadores individualmente considerados”⁴⁴.

Por otro lado, y contestando más directamente los argumentos de los requirentes, el voto disidente sostiene que la extensión del contrato colectivo a los nuevos afiliados no “crea” dos categorías de trabajadores; esta diferencia, en realidad, existiría “en los hechos, pues hay trabajadores que voluntariamente se afilian a organizaciones sindicales, asumiendo sus costos y beneficios, y otros que deciden no afiliarse”⁴⁵. Así, “la no afiliación no “crea” una situación desmejorada para el trabajador, sino que se constata que la acción colectiva de los trabajadores puede generar beneficios más difíciles de obtener de manera individual”⁴⁶. De esta forma, a juicio de estos magistrados no sería razonable “entender una discriminación basada entre las personas que concurren o no al contrato colectivo, porque esa opción es un ejercicio de la propia libertad sindical”⁴⁷.

Finalmente, el voto disidente sostiene que no se vulneraría la propiedad del empleador ni su libertad de empresa, por cuanto este conserva un amplio margen de contratación, así como “plena autonomía en la fijación de las dotaciones y en la libre elección de los trabajadores”, cuestión que no se vería alterada por este proyecto de ley⁴⁸.

4.1.2. Reacciones a la sentencia

4.1.2.1. Reacciones al fondo del asunto

El Diario Financiero informó sobre la resolución de esta forma: “Un duro golpe, quizá el más fuerte de la actual administración. (...) Con esta resolución, los sindicatos no serán los vehículos preferentes para promover la negociación colectiva y tendrán el mismo trato que un grupo negociador”⁴⁹. El gobierno señaló que acataría el fallo,

⁴² Pág. 302 de la sentencia.

⁴³ Pág. 303 de la sentencia.

⁴⁴ Pág. 306 de la sentencia.

⁴⁵ Pág. 308 de la sentencia.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Pág. 310 de la sentencia.

⁴⁹ DIARIO FINANCIERO, “TC destruye corazón de la reforma laboral y el gobierno no descarta el uso del veto presidencial”, 28-04-2016. Disponible en: <https://www.df.cl/economia-y-politica/gremios-laboral/tc-destruye-corazon-de-la-reforma-laboral-y-el-gobierno-no-descarta-el> [consultado el 01-02-2024]

aunque lamentaba la decisión⁵⁰; en Chile Vamos (representantes de la oposición en dicho período y requirentes de la causa) se calificó al fallo como un "gran triunfo de los no afiliados"⁵¹. En tanto, entre los empresarios la alegría fue unánime, destacándose la derrota de los sindicatos⁵². Finalmente, en los sindicatos se criticó fuertemente el fallo, el que se consideró como un triunfo de los empresarios y una derrota de los trabajadores⁵³.

En cuanto a las reacciones más mediatas, diversos abogados dieron cuenta de un vacío legal generado producto de la sentencia. Así, a raíz del recorte de artículos realizado por el TC, "desaparecieron de la ley las normas que fijaban el quórum de los grupos negociadores, la existencia de una comisión negociadora elegida ante un inspector del Trabajo y que les permitían hacer exigencias al empleador"⁵⁴. Esta interpretación fue sostenida, por ejemplo, por el profesor de derecho laboral JOSÉ LUIS UGARTE, quien argumentó que un "gran y sorprendente efecto político" del fallo, es que "al día de hoy la titularidad sindical es un hecho, porque como ya dijimos, el grupo negociador hoy está fuera de la ley y todo lo que lo respecta quedará entregado al futuro: a las decisiones que los Tribunales tomen sobre su reconocimiento"⁵⁵. Lo contrario postuló el constitucionalista JULIO ALVEAR, para quien el TC "configura el derecho a la negociación colectiva como un derecho de titularidad individual (pertenece "a todos y cada uno" de los trabajadores) pero de expresión asociativa". Por lo tanto, el vacío legal advertido en torno a los grupos negociadores no debería redundar en una vulneración de dicho derecho: "El Tribunal Constitucional ha dejado vigente todas las disposiciones del actual Código del Trabajo sobre negociación colectiva y otras materias, que no han sido ni han podido ser sustituidas por la reforma laboral en los puntos objetados de inconstitucionalidad. Es discutible, por tanto, al menos a nivel sistémico, la ausencia absoluta de regulación para los grupos negociadores. Y aunque así fuera, eso no hace mella a la activación del derecho fundamental por parte de los trabajadores"⁵⁶.

Lo cierto es que uno de los efectos del fallo es que sí se generó incertidumbre en cuanto a la regulación de los grupos negociadores, de lo que da cuenta un dictamen de la Dirección del Trabajo, del 13 de marzo de 2017, que sostiene que "excede las facultades de esta Dirección del Trabajo el determinar a qué tipo de procedimiento de negociación colectiva y en qué forma podrían acceder los grupos negociadores o de trabajadores que se unen para el solo efecto de negociar. Si esta autoridad se atribuyera estas facultades estaría infringiendo normas constitucionales contenidas en los artículos 6, 7, 19 N° 16 y 63 N°s 2 y 4, y, por ende, incurriendo en un acto

⁵⁰ El vocero de gobierno, Marcelo Díaz, señaló: "Esta no es una buena noticia para la libertad sindical y es una mala noticia para la reputación del país, porque no podemos cumplir con tratados internacionales ratificados por Chile" (ibíd.).

⁵¹ Ibíd.

⁵² Así, Peter Hill, presidente de la Cámara de Comercio de Santiago, sostuvo: "La sentencia del TC representa el triunfo de la masa trabajadora por sobre las cúpulas sindicales". Ibíd.

⁵³ En esta línea se manifestó Arturo Martínez, presidente de la CUT, quien lamentó el fallo del TC, porque "mantiene a los grupos negociadores, que son armados por la misma empresa". Ibíd.

⁵⁴ SKOKNIC, Francisca. "La judicialización que definirá el futuro de la Reforma Laboral", CIPER, 24-06-2016. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2016/06/24/la-judicializacion-que-definira-el-futuro-de-la-reforma-laboral/> [consultado el 14-02-2024]

⁵⁵ UGARTE, José Luis. "El mito de la titularidad sindical", The Clinic, 07-06-2016. Disponible en: <https://www.theclinic.cl/2016/06/07/columna-el-mito-de-la-titularidad-sindical/> [consultado el 14-02-2024]

⁵⁶ ALVEAR, Julio. "El TC y Reforma Laboral", El Mercurio, 11-07-2016. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=904937&Path=/0D/CE/> [consultado el 14-02-2024]

susceptible de sancionarse con nulidad, originando las responsabilidades y sanciones para la autoridad que incurriera en esta infracción” (Dictamen N° 1163/29). Para 2022, incluso, la Dirección del Trabajo concluía que los grupos negociadores “solo pueden desarrollar un procedimiento de negociación de carácter atípico a consecuencia de la inexistencia de normas legales que regulen dicho aspecto”, que ella misma no se encontraba habilitada “para determinar la forma en que se ejerce la voluntad colectiva en este caso, siendo una materia privativa del legislador y un elemento de la esencia de todo instrumento colectivo” y que no eran aplicables al caso los artículos referidos a la negociación colectiva ni era “posible pactar extensión de beneficios del acuerdo suscrito por un grupo de trabajadores que se une para el solo efecto de negociar por no configurarse los presupuestos establecidos por el legislador en el artículo 322 del Código del Trabajo” (Dictamen N° 810/15, 19-05-2022).

4.1.2.2. Reacciones sobre la posición institucional del TC

Las federaciones de trabajadores reaccionaron cuestionando duramente al TC y a la Constitución vigente. Así, NOLBERTO DÍAZ, vicepresidente de la CUT, sostuvo que “[e]l tribunal se sustenta en una Constitución ilegítima y parcial, y juega a favor del empresariado”⁵⁷.

Lorena Fries, entonces directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos, sostuvo que la decisión del TC era indicativa de que “el texto contenido en la cuestionada Constitución se aparta del sentido esencial de una de las premisas básicas del derecho del trabajo”, lo cual implicaría “que la crítica debe orientarse, *más que a sus intérpretes*, a la necesidad de *modificar la carta fundamental* en esta y otras materias, poniendo las cosas en su lugar”⁵⁸. Es decir, aquí no se cuestiona tanto a la figura del TC en sí mismo, sino una supuesta divergencia entre la Constitución vigente y el derecho internacional de los derechos humanos (en particular, en materia laboral).

4.1.3. Síntesis de las reacciones al fallo

En general, vemos que las reacciones incorporan elementos relativos al fondo de la discusión y a la posición institucional del TC; en otras palabras, los actores no se refieren sólo a las cuestiones declaradas inconstitucionales (como la titularidad sindical y la extensión de beneficios a nuevos miembros del sindicato), sino que manifiestan cuestionamientos más generales a las atribuciones con las que cuenta este órgano constitucional y cómo éste se vincula con el resto del sistema político. En este caso, en particular, notamos una dimensión de cuestionamiento a la Constitución en sí misma, lo cual coincide con el debate que animó durante esos años (2014-2018) al proceso constituyente impulsado por la presidenta Michelle Bachelet.

En resumen, las decisiones del TC vinculadas al control preventivo (facultativo, en este caso), tendrían la capacidad de influir (y, en ciertos casos, afectar) a los actores del sistema político y de la sociedad civil que participan en el debate público. Otro aspecto relevante de este fallo es que, al eliminar aquellas normas que regulaban a los grupos negociadores, su efecto jurídico mediato fue generar un vacío legal en torno al

⁵⁷ DIARIO FINANCIERO. Op. Cit.

⁵⁸ FRIES, Lorena. “Titularidad sindical y derechos humanos”, publicada en The Clinic, 16-05-2016. Disponible en: <https://www.indh.cl/columna-de-opinion-titularidad-sindical-y-derechos-humanos/> [consultada el 01-02-2024]

procedimiento de negociación de estos grupos, problema que se mantiene hasta hoy. Esto también da cuenta de los efectos prácticos que puede generar el TC cuando opera de forma preventiva, particularmente en el nivel de la técnica legislativa.

4.2. Proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales⁵⁹

Boletín N° 9895-11 Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. Mensaje. Fecha de ingreso: 31.01.2015⁶⁰.

4.2.1. Descripción de la sentencia⁶¹

En enero del año 2015, vía mensaje presidencial y en cumplimiento de una promesa de su programa de gobierno, la presidenta Michelle Bachelet ingresó a tramitación ante el Congreso Nacional una iniciativa que buscaba despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. A saber: en caso de peligro de vida de la mujer embarazada, cuando el embrión o feto padezca alteración estructural, congénita o genética, incompatibles con la vida extrauterina, o el embarazo es producto de una violación. Situaciones críticas que no eran contempladas entonces por el marco jurídico, el que prohibía sin excepción toda interrupción del embarazo y lo criminalizaba. Hecho que, no obstante, no impedía en la práctica su comisión en la clandestinidad bajo condiciones de riesgo para la salud y vida de las mujeres, y en vulneración de sus derechos.

Al despenalizar la conducta en tres causales, el proyecto buscaba consagrar esta interrupción como una legítima prestación de salud de modo que las mujeres pudieran acudir a los establecimientos de salud para su realización. Para ello la iniciativa introdujo modificaciones principalmente en el Código Sanitario, pero también en el Código Penal y Código Procesal Penal. En cualquiera de los tres casos contemplados, un requisito indispensable es la voluntad libre, previa y por escrito de la mujer.

En su versión original, el proyecto contemplaba la figura de la objeción de conciencia para el médico llamado a realizar la prestación, siempre que esta se hubiere manifestado de manera previa y por escrito, reconociéndola como un derecho del médico en tanto persona natural. Como contraprestación se le exigía derivar a la mujer a un profesional no afectado por la objeción de conciencia para que realice la prestación. En todo caso, el profesional no podría excusarse de realizar la interrupción cuando la mujer requiera atención de manera inmediata e impostergable y no exista otra persona que pueda

⁵⁹ Causa Rol 3729-17-CPT (requerimiento de senadores). Fecha de ingreso: 02.08.2017. Disponible en: https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do_search?proc=1&idCausa=4693&buscador=true y Causa Rol 3751-17-CPT. Fecha de ingreso: 08.08.2017. Disponible en: https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do_search?proc=1&idCausa=4711&buscador=true Causas acumuladas por resolución del 10.08.2017.

⁶⁰ Disponible en: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=9895-11

⁶¹ Esta sección se basa en gran medida (y toma algunos párrafos) del siguiente artículo: SOTO, Víctor. "Un encuentro con fantasmas: análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el segundo y tercer retiro del 10% de las AFP", *Revista 50 + UNO*, N° 6, 2021, pp. 38-55.

realizarla. Esta figura se incorporaba mediante un nuevo artículo 119 ter al Código Sanitario, bajo el siguiente tenor:

Artículo 119 ter. El(la) médico(a) cirujano(a) que sea requerido(a) para interrumpir el embarazo en las causales descritas en el artículo 119, podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiera manifestado su objeción de conciencia al(la) Director(a) del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. El establecimiento tendrá la obligación de reasignar otro médico(a) cirujano(a) a la paciente o de derivarla en forma inmediata para que el procedimiento le sea realizado por quien no haya manifestado dicha objeción. El Ministerio de Salud deberá dictar los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia.

El(la) médico(a) cirujano(a) que ha manifestado objeción en conciencia y es requerido(a) para interrumpir un embarazo, tiene la obligación de informar de inmediato al Director(a) del establecimiento de salud que la mujer requirente debe ser derivada.

En el caso que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo en la medida que no exista otro(a) médico(a) cirujano(a) que pueda realizar la intervención.

Durante la tramitación del proyecto, la objeción de conciencia sufrió modificaciones ampliándose la posibilidad de expresarla al "resto del personal profesional al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención"; dejándose constancia expresa que se trata de una figura personal que no puede ser invocada por una institución; y precisándose que la objeción de conciencia no operará en caso de requerir la mujer atención médica inmediata e impostergable por la causal N° 1 del inciso primero del artículo 119 (riesgo vital) y no exista otro médico no objetor que pueda realizarla, y tampoco podrá excusarse cuando es inminente el vencimiento del plazo establecido para la causal N° 3 del inciso primero del artículo 119 (violación). En efecto, el texto aprobado expresaba lo siguiente⁶²:

Artículo 119 ter. El médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo por alguna de las causales descritas en el inciso primero del artículo 119 podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiese manifestado su objeción de conciencia al director del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. **De este mismo derecho gozará el resto del personal profesional al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención.** En este caso, el establecimiento tendrá la obligación de reasignar de inmediato otro profesional no objetante a la paciente. Si el establecimiento de salud no cuenta con ningún facultativo que no haya realizado la manifestación de objeción de conciencia, deberá derivarla en forma inmediata para que el procedimiento le sea realizado por quien no haya manifestado dicha objeción. El Ministerio de Salud dictará los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia. Dichos protocolos deberán asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción de su embarazo en conformidad con los artículos anteriores. **La objeción de conciencia es de**

⁶² Lo destacado en negrita es nuestro y pretende relevar las modificaciones sufridas por el texto respecto de su versión original.

carácter personal y en ningún caso podrá ser invocada por una institución.

Si el profesional que ha manifestado objeción de conciencia es requerido para interrumpir un embarazo, tendrá la obligación de informar de inmediato al director del establecimiento de salud que la mujer requirente debe ser derivada.

En el caso de que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, invocando la causal del número 1) del inciso primero del artículo 119, quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo cuando no exista otro médico cirujano que pueda realizar la intervención. Tampoco podrá excusarse si es inminente el vencimiento del plazo establecido en la causal del número 3) del inciso primero del artículo 119.”.

Cabe destacar que, a lo largo de su tramitación ante el Congreso Nacional, la figura de la objeción de conciencia fue objeto de amplio debate entre otras cuestiones por la posibilidad que esta pudiera ser invocada por personas distintas del médico requerido, también por personas jurídicas y no solo por personas naturales, así como, tanto en el ámbito público como privado, cuestiones centrales para el análisis que se realiza durante los siguientes apartados⁶³.

El proyecto de ley una vez concluido su proceso de elaboración ante el poder Legislativo fue remitido por el presidente de la Cámara de Origen al Tribunal Constitucional para que este de conformidad al artículo 93 N° 1 de la CPR realizara el control de constitucionalidad preventivo y obligatorio sobre los incisos cuatro, quinto y sexto del artículo 119 contenidos en el numeral 1 del artículo 1 permanente del proyecto, considerados de carácter orgánico constitucional⁶⁴.

De manera paralela, concluida la tramitación del proyecto, un grupo de senadores y otro de diputados presentaron requerimientos ante el TC en ejercicio de la facultad del artículo 93 N° 3 de la CPR⁶⁵, objetando la constitucionalidad de diversas disposiciones del proyecto aprobado, entre las que destacan las presentadas respecto de la objeción de conciencia consagrada en el nuevo artículo 119 ter del Código Sanitario.

En el caso del requerimiento de senadores estos solicitaban se declarase la inconstitucionalidad del artículo 1° N° 3 del proyecto que introduce el artículo 119 ter al Código Sanitario, como una consecuencia de la inconstitucionalidad que reclamaban respecto del numeral 1 del mismo artículo. Sobre ello expresaban: “Sin embargo, el Artículo 1 No 1 del proyecto de ley, que sustituye el artículo 119 del Código Sanitario, al eliminar la prohibición de realizar el aborto directo, pasa a autorizarlo y, también, dado que el resto de las normas impugnadas se entienden, aplican y subsisten por referencia y

⁶³ Véase a modo ejemplar págs. 196, 200, 288, 333, 465, 478, 485, 487, 575 de la Historia de la Ley N° 21.030. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6701/>

⁶⁴ Oficio 13.433, Valparaíso, 3 de agosto de 2017 dirigido al presidente del Exmo Tribunal Constitucional por el presidente de la Cámara de Diputados.

⁶⁵ Rol N° 3729-17 requerimiento de Senadores ingresado el 02 de agosto de 2017 y Rol N° 3751-17 requerimiento de Diputados ingresado el 08 de agosto de 2017. Requerimientos acumulados con fecha 10 de agosto de 2017.

como concreción de aquél —destacando entre ellas el Artículo 1 No 3 que introduce el artículo 119 ter del Código Sanitario, y que regula la objeción de conciencia, mostrando de modo irrefutable que la norma impugnada incluso manda realizar el aborto directo—, dan cuenta de un denominador común que es muy claro: El proyecto de ley desprotege la vida del que está por nacer, eliminando a su respecto la tutela que el Legislador ha dispuesto y mandatado en su favor, autorizando y mandando los actos que deliberada y directamente intentan y producen la muerte del no nacido antes de su nacimiento”.

En cuanto al artículo 119 ter que se introducía al Código Sanitario reclaman las limitaciones dispuestas a la objeción de conciencia expresando: “Como se nota, es tan decidida la intención en orden a procurar el aborto directo que, incluso, se afecta en su esencia el derecho fundamental a la libertad de conciencia de los profesionales de la salud, garantizado en el artículo 19 No 6 de la Constitución, forzándolos a actuar en contra del juicio verdadero de sus conciencias, arraigado con certeza en sus convicciones más profundas, sean morales o religiosas, según las cuales consideran intrínsecamente injusto privar directamente de la vida a un inocente no nacido, y también afectando en su esencia su derecho a ejercer la profesión médica conforme a la *lex artis*, garantizado en el artículo 19 No 16 de la Constitución ...”.

Los diputados requirentes por su parte, solicitaban también se declarase la inconstitucionalidad de todo el numeral 3 del artículo 1 del proyecto de ley que introducía el artículo 119 ter al Código Sanitario.

4.2.2. Resolución del TC⁶⁶

Frente a la inconstitucionalidad total reclamada por senadores y diputados en sus requerimientos, el TC opta por declarar parcialmente inconstitucional el nuevo artículo 119 ter del Código Sanitario, eliminando algunas expresiones y frases, las que son destacadas a continuación.

Artículo 119 ter. El médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo por alguna de las causales descritas en el inciso primero del artículo 119 podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiese manifestado su objeción de conciencia al director del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. De este mismo derecho gozará el resto del personal ~~profesional~~ al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención. En este caso, el establecimiento tendrá la obligación de reasignar de inmediato otro profesional no objetante a la paciente. Si el establecimiento de salud no cuenta con ningún facultativo que no haya realizado la manifestación de objeción de conciencia, deberá derivarla en forma inmediata para que el procedimiento le sea realizado por quien no haya manifestado dicha objeción. El Ministerio de Salud dictará los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia. Dichos protocolos deberán asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción de su embarazo en conformidad con los artículos anteriores. La objeción de conciencia es de carácter personal y ~~en ningún caso~~ podrá ser invocada por una institución.

⁶⁶ Véase Capítulo Segundo de la sentencia, pág. 124 y ss.

Si el profesional que ha manifestado objeción de conciencia es requerido para interrumpir un embarazo, tendrá la obligación de informar de inmediato al director del establecimiento de salud que la mujer requirente debe ser derivada.

En el caso de que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, invocando la causal del número 1) del inciso primero del artículo 119, quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo cuando no exista otro médico cirujano que pueda realizar la intervención. ~~Tampoco podrá excusarse si es inminente el vencimiento del plazo establecido en la causal del número 3) del inciso primero del artículo 119.~~”.

De tal modo, el TC permite invocar la objeción de conciencia a todo quien participe de la prestación dentro del pabellón, así como a las personas jurídicas, y limita los casos en que esta no podrá obrar, a aquellas situaciones que requieran de actuación médica inmediata e impostergable.

La fundamentación desarrollada en este ámbito por el TC es más bien escueta. En sus considerandos justifica tal decisión en el derecho de libertad de conciencia y religión (artículo 19 N° 6 CPR) así como en las garantías de los numerales 11 (libertad de enseñanza) y 15 (derecho de asociarse sin permiso previo) en relación con el artículo 1° inciso 3°. De este modo, el TC extendió la posibilidad de ejercer objeción de conciencia tanto al personal no profesional que participe del procedimiento como a las personas jurídicas. Respecto de estas últimas precisó: “Que, no es menos evidente, asimismo, que la objeción de conciencia puede ser planteada legítimamente por sujetos jurídicos o asociaciones privadas, en este caso, con arreglo a la autonomía constitucional que a los grupos intermedios de la sociedad les reconoce la propia Carta Fundamental, artículo 1°, inciso tercero. La interposición de este legítimo reparo no se agota en el orden individual, puesto que también se extiende y propaga a las asociaciones destinadas a encarnar el mismo libre pensamiento, acorde con el derecho que asegura a todas las personas el artículo 19, N°15, de la Constitución... E idénticamente pueden hacerla valer las instituciones religiosas, personas jurídicas o entidades con idearios confesionales que se proyectan hacia el ámbito de la salud, al amparo del artículo 19, N° 6°, constitucional. Como también les es dable oponer la objeción de que se trata a los establecimientos educacionales con una función e ideario en el sentido indicado, de conformidad con el artículo 19, N°11°, de la Carta Fundamental.”⁶⁷

4.2.3. Voto disidente de los ministros Carmona y García⁶⁸

Los ministros Carlos Carmona y Gonzalo García expresaron su voto disidente y estuvieron por rechazar los requerimientos de autos en lo relativo a declarar la inconstitucionalidad completa de la objeción de conciencia, lo que estiman es una petición contradictoria: “Lo entendemos solo como una manifestación de disidencia a

⁶⁷ Considerando 136 de la sentencia, pág. 130.

⁶⁸ En la sentencia, al voto de mayoría se acompañan el presente voto disidente y varias prevenciones y aclaraciones, estas últimas no son incorporadas al análisis para mantener la claridad de la exposición.

toda la ley pero no a una facultad de las personas con sólidos vínculos constitucionales”⁶⁹.

En su exposición diferencian la objeción de conciencia de la desobediencia civil, y señalan respecto de la primera que admiten una noción amplia de ella, expresando que “la Constitución protege la libertad de conciencia como una dimensión separada de la libertad religiosa, fundando el pluralismo moral compatible con un régimen democrático de amplio espectro ideológico”⁷⁰. Agregan: “es admisible una objeción de conciencia fundada en convicciones de naturaleza moral y no únicamente de orden religioso, como reacción a la vulneración de la conciencia por mandatos legislativos”⁷¹.

Respecto de la extensión de la objeción de conciencia a las personas jurídicas, razonan: “Que la libertad de conciencia y su objeción consiguiente solo pueden estar adscritas a personas que tengan capacidad volitiva de conciencia. Y acorde a su naturaleza éstas no son sino las personas humanas. Conforme el epígrafe del artículo 19, los derechos son los correspondientes a “todas las personas”, siendo necesario aplicar una tesis extensiva a las personas jurídicas “en cuanto sean acordes a su propia condición”; ... quizás por lo mismo, autores nacionales afinquen el establecimiento de esta objeción fuera de las personas naturales, configurando una interpretación ya fuera de esta libertad de conciencia y la vinculen al derecho de las asociaciones, reconocidas tanto en el artículo 1º, inciso tercero de la Constitución, como en la garantía específica del artículo 19, numeral 15º de la misma, así como en la libertad religiosa...”⁷². Continúan su argumentación, entendiendo que la objeción de conciencia en la interrupción del embarazo, creada por el legislador a partir de este nuevo artículo 119 ter del Código Sanitario, “se integra dentro de una acción de salud repleta de deberes que no autorizan eximición”⁷³. Agregan que, “... Las instituciones privadas que colaboran en la ejecución de acciones de salud tienen características y deberes específicos, que justifican una mayor intervención estatal. En efecto, las acciones de salud son prestaciones de promoción, protección, recuperación y rehabilitación del individuo, y el Estado tiene el deber preferente de garantizar su ejecución. Tal deber se realiza a través de instituciones públicas y privadas, “en la forma y condiciones que determine la ley””⁷⁴. Como consecuencia de ello, entienden que, “no se trata entonces de asociaciones que tengan plena autonomía para definir sus fines y las formas de ejecutarlos. Son instituciones que complementan un deber estatal preferente, bajo el control y coordinación del Estado, y en el que las personas tienen el derecho acceder de forma libre e igualitaria a acciones de salud, y a elegir libremente el sistema de salud al que desean acogerse”⁷⁵. Concluyen: “Las objeciones de conciencia personales y los idearios institucionales son dos estatutos diferentes que pueden llegar a ser incompatibles”. Por lo expresado, el voto de minoría

⁶⁹ Sentencia, pág. 1370.

⁷⁰ Sentencia, pág. 1357.

⁷¹ Sentencia, pág. 1358-1359.

⁷² Sentencia, pág. 1365-1366

⁷³ Sentencia, pág. 1371.

⁷⁴ Sentencia, pág. 1375 y 1376.

⁷⁵ Sentencia, pág. 1375 y 1376.

coincide con el proyecto de ley en restringir la objeción de conciencia a personas naturales y negarla a las personas jurídicas.

A mayor abundamiento, indican: "... Si además de la objeción de conciencia individual se admite una hipótesis de objeción institucional, el Estado no podrá cumplir su deber preferente, y la coordinación del sistema será excesivamente limitada... Que en consecuencia no se puede estimar que está dentro del núcleo de autogobierno colectivo de las asociaciones el eximirse de la ley, sustraerse de su cumplimiento y consagrar una expectativa de derecho que vulneraría toda regla de funcionamiento del estado de Derecho..."⁷⁶.

En definitiva, el voto disidente considera correcto que el proyecto de ley limite la objeción de conciencia al profesional que practique el acto; que esta objeción tenga por excepción la situación de riesgo vital de la mujer que requiera de atención médica inmediata e impostergable, así como, el vencimiento de los plazos dispuestos para la causal tercera; y que la figura se limite a personas naturales.

En este último punto, resumen sus razones en: i) la regla de la objeción de conciencia solo nace de modo reflejo en el artículo 19, numeral 6° de la Constitución, en una circunstancia no comunicable con la libertad de asociación; ii) el TC no puede crear exenciones de ley; iii) el ejercicio de la objeción de conciencia de la ley solo alcanza a los prestadores individuales regulados en el Libro V del Código Sanitario y no a los prestadores institucionales; iv) "que los efectos colaterales de estas exenciones generarían expectativas de derechos que harían de la generalidad de la ley una excepción bajo el mero arbitrio de la voluntad colectiva de las asociaciones"; v) las instituciones no tienen conciencia; vi) solo algunas instituciones tienen ideario; vii) los valores de esos idearios pueden ser defendidos constitucionalmente mediante la aplicación indirecta de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. "Esto es esencial para garantizar que los derechos de sus miembros no sean sometidos a un abuso institucional de corte autoritario"; viii) "que una objeción de conciencia aplicable a las instituciones requeriría un conjunto amplio de regulaciones, en circunstancias que la objeción de conciencia es un mero ejercicio omisivo de alguna de ellas"; ix) "que el activismo de las instituciones que desean impetrar la objeción de conciencia orgánica las aproxima a un ejercicio de desobediencia de la ley en el marco del propósito de reformularla, lo que las excluye de la dimensión subjetiva del mero objeto"; x) en los países que autorizan como Francia la objeción de conciencia institucional ello se regula por ley no como una "dimanación de la libertad de conciencia" y solo para aquellas que no reciben subvenciones del Estado; xi) "su reconocimientos afectaría derechos de terceros que deben ser especificados por el legislador"; xii) "porque el Tribunal Constitucional no puede repetir sentencias (como la Sentencia Rol 3016) creando expectativas de derecho al margen de toda regulación del legislador, debilitando la fuerza argumentativa de su propia jurisprudencia"⁷⁷.

⁷⁶ Sentencia, pág. 1387.

⁷⁷ Véase sentencia pág. 1390 y ss. c.. 100°.

4.2.4. Reacciones a la sentencia

Frente a la sentencia del TC y lo resuelto específicamente en relación con la objeción de conciencia, las reacciones de reprobación no dejaron de surgir. Así por ejemplo, FIGUEROA destaca lo breve de la argumentación del TC a este respecto y reprocha el hecho que el mismo utilice como fundamento para la objeción de conciencia la dignidad humana, exclusiva de las personas naturales y no extensible a las de carácter jurídico, lo que para él hace evidente una “falta de lógica”⁷⁸. Asimismo, observa que solo dedique un considerando (136º) a dar razón de por qué considera que las personas jurídicas tienen derecho a la objeción de conciencia, introduciendo más que un argumento una afirmación. Expresa: “El TC ofrece una aseveración: las personas jurídicas tienen derecho a OC en virtud de la autonomía de que gozan como cuerpo intermedio conforme al artículo 1º de la Constitución, y en virtud del “libre pensamiento” y derecho de asociación, conforme el artículo 19 Nº15 de la Constitución. Como se puede advertir, esta es una afirmación y no una argumentación; en efecto, el TC no brinda razones para estimar que las personas jurídicas –que sin duda gozan de autonomía– tienen por ello un derecho a la OC. De lo primero –tener autonomía– no se sigue lo segundo –poder desobedecer la ley– que en eso consiste la OC. Una persona jurídica ¿puede desobedecer una ley porque tiene autonomía? Esta idea no hace sentido”⁷⁹.

Asimismo, critica del fallo una falta de argumentación analítica que explique la relación entre el derecho de asociación y la posibilidad de tener un ideario con la objeción de conciencia, señalando: “El TC afirmó que las personas jurídicas pueden desobedecer la ley porque tienen ideario, pero es claro que tener un ideario no es una razón suficiente para desobedecer la ley. De hecho, es perfectamente posible afirmar lo contrario: las personas jurídicas pueden tener un ideario siempre que dicho ideario se someta a la ley y a la Constitución y, en caso de discrepancia, las personas jurídicas y las personas naturales que la constituyen no tienen derecho a desobedecer la ley. Falta en el Considerando 136 una razón para sustentar un derecho de desobediencia de la ley cuando ella pugne con el ideario de una organización”⁸⁰.

Por su parte, PAREDES, en un análisis de la sentencia del TC desde el principio de la deferencia al legislador, estima que en cuanto a la objeción de conciencia “sorprendentemente el TC se olvida que páginas atrás proclamó que la deferencia al legislador sería uno de los principios fundamentales que informaría todo su razonamiento. Por el contrario, actúa de forma contradictoria con esa declaración: examina el proyecto sin respecto a preguntarse cuál es el margen de libertad de

⁷⁸ Figueroa G., Rodolfo. (2019). Objeción de conciencia en el fallo del Tribunal Constitucional sobre el proyecto de ley que despenaliza el aborto en tres casuales. En: Casas, Lidia y Maira, Gloria. (Compiladoras). Aborto en tres causales en Chile. Lecturas del proceso de despenalización. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, UDP. pág. 162.

⁷⁹ Figueroa G., Rodolfo. (2019). Objeción de conciencia en el fallo del Tribunal Constitucional sobre el proyecto de ley que despenaliza el aborto en tres casuales. En: Casas, Lidia y Maira, Gloria. (Compiladoras). Aborto en tres causales en Chile. Lecturas del proceso de despenalización. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, UDP. pág. 163.

⁸⁰ Figueroa G., Rodolfo. (2019). Objeción de conciencia en el fallo del Tribunal Constitucional sobre el proyecto de ley que despenaliza el aborto en tres casuales. En: Casas, Lidia y Maira, Gloria. (Compiladoras). Aborto en tres causales en Chile. Lecturas del proceso de despenalización. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, UDP. pág. 165.

configuración normativa del legislador y decide intervenir directa y substantivamente en el texto”⁸¹.

Añade, “La decisión de alterar un régimen jurídico, diseñado sobre la base de una política pública en materia sanitaria, genera una serie de problemas respecto de los cuales el TC no está en condiciones de responsabilizarse por su impacto. En este contexto, si el TC respetara su compromiso de ser deferente, debería haber respaldado la constitucionalidad de la ley. En efecto, no hay que emplear mucha creatividad para detectar algunos de los inconvenientes que producirá la decisión en la práctica”⁸². Entre estos identifica: las dificultades que pone al acceso de la prestación al crear estatutos jurídicos diferenciados; la eventual afectación a la *lex artis* y puesta en peligro de la vida de la mujer al intentar compatibilizar la objeción institucional con la excepción del inciso final del artículo 119 ter. Igualmente, la eliminación de la excepción en caso de violación, que puede terminar por afectar la responsabilidad penal de la propia mujer al no cumplir con los plazos; el coste económico asociado a la decisión; y los eventuales conflictos entre la objeción de conciencia institucional con la de los propios trabajadores del recinto.

El autor concluye que con la sentencia el TC termina con el paradigma del legislador negativo: “en este caso el TC es incluso mucho más osado, yendo más allá de una sentencia interpretativa, reescribiendo derechamente el texto en términos positivos”⁸³.

4.3. Proyecto de ley que fortalecía el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC)⁸⁴

4.3.1. Descripción de la sentencia⁸⁵

A fines del año 2017 se aprobó, después de tres años de tramitación en el Congreso Nacional, un proyecto de ley que modificaba la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores (Boletín N° 9.369-03)⁸⁶. La iniciativa aprobada perseguía fortalecer al Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), confiriéndole facultades para fiscalizar, sancionar, interpretar la ley y dictar normas de carácter general. La Cámara de Diputadas y Diputados, en tanto Cámara de origen, remitió el proyecto aprobado al Tribunal Constitucional (en adelante, TC), para que este ejerciera el control preventivo obligatorio de constitucionalidad de las normas de carácter orgánico constitucional, de conformidad al N° 1 del artículo 93 CPR. La Cámara fijó en 17 las disposiciones que tenían tal carácter.

⁸¹ Paredes, Felipe. (2018). Aborto, deferencia y activismo judicial: Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional ROL.3729-2007 de 28 de agosto de 2017. Rev. Ius et Praxis Año 24 N°3. pág. 807.

⁸² Ibidem, pág. 812.

⁸³ Ibidem, pág. 813.

⁸⁴ Causa Rol 4012-17-CPR. Fecha de ingreso: 26.10.2017. Disponible en: https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do_search?proc=1&idCausa=4976&buscador=true

⁸⁵ Esta sección se basa en gran medida (y toma algunos párrafos) del siguiente artículo: SOTO, Víctor. “Un encuentro con fantasmas: análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el segundo y tercer retiro del 10% de las AFP”, *Revista 50 + UNO*, N° 6, 2021, pp. 38-55.

⁸⁶ Boletín N° 9369-03 Modifica ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Fecha de ingreso: 03 de junio de 2014. Disponible en: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=9369-03

Durante la tramitación del proceso ante el TC se observaron dos situaciones que merecen ser reseñadas. La primera, fue la inclusión dentro del expediente de una presentación realizada por la Cámara Nacional de Comercio por la que se “impugnaba la constitucionalidad de buena parte del fondo del proyecto, y en que se solicitaba al TC que, a propósito del control preventivo obligatorio de normas orgánicas-constitucionales, declarara la inconstitucionalidad de otras normas del proyecto”⁸⁷. Dicha presentación fue realizada de manera desformalizada (fuera de las normas procedimentales que regulan el control preventivo obligatorio, artículo 48 y siguientes de la ley orgánica constitucional del TC)⁸⁸ y por una entidad que no tendría legitimación activa para ello ni el carácter de parte interesada⁸⁹. Además, como indican Couso y Leiva, el TC “no dio traslado del mismo ni al Congreso Nacional ni al Ejecutivo”, lo cual habría representado según estos autores una “seria vulneración del principio de la bilateralidad de la audiencia”⁹⁰.

Una segunda situación procedimentalmente anómala, fue que la sentencia amplió de forma considerable las disposiciones objeto del control, que, según lo aseverado en el voto de minoría, pasaron a ser 38, argumentando que tocaban cuestiones de índole orgánico constitucional. Es decir, el ámbito de control habría pasado de abarcar un 19% del proyecto de ley a un 42% del mismo (véase considerando 12 del voto de minoría). El principal argumento del TC para ampliar su ámbito de control fue sostener que, cada vez que se le otorgaba al SERNAC una atribución que el tribunal consideraba que tenía un índole jurisdiccional o que era propia de la judicatura, se trataba, en el fondo, de una norma de materia orgánica constitucional, en tanto, las normas que regulan a los tribunales de justicia revisten este carácter, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 77 de la Constitución. Entre estas atribuciones se encontraban “solicitar, previa autorización del juez de policía local (...), el auxilio de la fuerza pública”, que a juicio del tribunal le añadía a los jueces de policía local una nueva potestad conservadora (considerando 25).

Asimismo, fueron elevadas a rango orgánico-constitucional todas aquellas normas que hablaban de la posibilidad de los consumidores de “recurrir ante el Servicio” o donde se hablaba indistintamente del SERNAC y del juez (“el Servicio o el juez competente”) por cuanto ellas significarían “el ejercicio de una misma y única función inherentemente jurisdiccional” (considerando 27). El mismo análisis se efectuó en el caso de las normas que establecían algún tipo de conciliación de las partes con intervención del SERNAC (considerando 29) o que le permitían al SERNAC disponer sanciones para los infractores de estos acuerdos (considerando 31).

Finalmente, de las 38 disposiciones sometidas a control, 31 fueron declaradas inconstitucionales⁹¹.

⁸⁷ COUSO, Javier y LEIVA, Javier. “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 4012, sobre el SERNAC: una mutación constitucional por vía jurisprudencial”, *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales, 2018, p. 118. *Ibíd.*

⁸⁸ DFL N° 5, de 2010, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 17.997, orgánica constitucional del Tribunal Constitucional. Publicada en diario Oficial de 10 de agosto de 2010. Disponible en: <https://bcn.cl/2jzim>

⁸⁹ Peña Torres, Marisol. (2013). Alcances sobre las reservas de constitucionalidad. En: Henríquez Viñas, M. y Silva Gallinato, M.P. (Coordinadoras). *Relaciones del Tribunal Constitucional con los demás órganos del Estado*. Legal Publishing Chile. pp. 23-42.

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ AHUMADA, Paula. “El Tribunal Constitucional en Chile: tres ensayos de justicia constitucional”, en: HUNNEUS, Carlos y AVENDAÑO, Octavio (editores). *El sistema político de Chile*, LOM, Santiago, 2018, pp. 404-406.

4.3.2. Reacciones a la sentencia

Hubo, en general, dos tipos de reacciones a la sentencia del TC. En primer lugar, una serie de reacciones al argumento de fondo utilizado por el TC, es decir, a la declaración de inconstitucionalidad de diversas normas del proyecto y, en particular, a la idea de que existe una diferencia esencial e infranqueable entre los órganos que ejercen funciones jurisdiccionales y aquellos que ejercen funciones administrativas. Así, a juicio de algunos juristas, este razonamiento habría puesto en entredicho la configuración del derecho administrativo sancionador y de las agencias regulatorias en nuestro país. Por otra parte, hubo quienes también se refirieron exclusivamente al fondo del asunto, pero defendiendo los argumentos entregados por el TC.

En segundo lugar, hubo una reacción más acotada, pero al mismo tiempo más interesante para nuestro análisis, relacionada con las consecuencias de dicha sentencia para el sistema político; en particular, el equilibrio entre el TC y el poder ejecutivo y legislativo, así como la relación entre la jurisdicción constitucional y los principios democráticos.

Revisaremos a grandes rasgos el primer grupo de reacciones y analizaremos con más detalle al segundo. El primer grupo de reacciones nos servirá, básicamente, para entender la relevancia pública de la cuestión, mientras que el segundo grupo nos llevará directamente al problema que se encuentra en el centro de nuestro estudio.

4.3.2.1. Reacciones al fondo del asunto

Pablo Soto Delgado sostuvo que, con esta sentencia, el TC terminó haciendo un “rediseño” del SERNAC, estableciendo, de paso, el carácter “inmutable” de la institucionalidad vigente en materia de consumo⁹². Para Raúl Letelier, escribiendo en la víspera del fallo, pero a propósito de una sentencia anterior sobre la reforma al Código de Aguas, el razonamiento del TC implicaría un retroceso para la dogmática administrativa⁹³. Por otro lado, José Francisco García propuso que se debía hacer una lectura minimalista del fallo, entendiéndolo simplemente como “una evaluación constitucional a un marco regulatorio específico (el nuevo conjunto de potestades al Sernac propuestas), estableciendo parámetros claros al legislador acerca de los límites tolerados por la Constitución y sus excesos”⁹⁴ y no, por lo tanto, como una evaluación del

⁹² SOTO DELGADO, Pablo. “El Tribunal Constitucional y las sanciones administrativas en el fallo sobre el SERNAC”, en *El Mercurio Legal*, de 19 de enero de 2018. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2018/01/19/El-Tribunal-Constitucional-y-las-sanciones-administrativas-en-el-fallo-sobre-el-Sernac.aspx#> [consultado el 16-01-2024]

⁹³ LETELIER, Raúl. “El retroceso a Soto Kloss. Tribunal Constitucional y sanciones administrativas en materia de aguas” en *Diario Constitucional*, de 17 de enero de 2018. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-retroceso-a-soto-kloss-tribunal-constitucional-y-sanciones-administrativas-en-materia-de-aguas/> [consultado el 16-01-2024]

⁹⁴ GARCÍA, José Francisco. “Sentencia TC “Sernac”: una lectura minimalista”, en *El Mercurio Legal*, de 22 de enero de 2018. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/legal/noticias/analisis-juridico/2018/01/22/sentencia-tc-sernac-una-lecturaminimalista.aspx?disp=1> [consultado el 16-01-2024]

derecho administrativo sancionador en su conjunto. En contraste, a juicio del mismo profesor Letelier, la sentencia del TC no habría tenido nada de minimalista, ya que una sentencia minimalista supondría evitar resolver “conflictos teóricos de gran escala” y, por el contrario, resolver caso a caso con “acuerdos teóricamente incompletos”⁹⁵.

A juicio de Flavio Quezada, en tanto, el TC estaría promoviendo una visión empobrecida de la Administración del Estado y su relación con otros poderes del Estado, como el poder judicial. En particular, “evade considerar la configuración constitucional de la Administración. En efecto, la Constitución chilena no solo habilita al legislador a atribuirle potestades a la Administración y, entre ellas, aquella que le permite reprimir infracciones al ordenamiento jurídico; sino que también configura todo un sistema de control a su actuación, el cual permite a toda persona impugnar judicialmente cualquier sanción administrativa (...). En otros términos, siempre existirá la garantía de que la decisión sancionadora de la Administración será revisada por un órgano independiente e imparcial: el juez”⁹⁶.

En contraste con esta visión, el profesor Alejandro Vergara se posiciona claramente a favor de la posición de mayoría de la sentencia, haciendo incluso una interpretación –si seguimos las ideas planteadas por García- no minimalista de ella: “[E]stas correctas sentencias, que han impedido el acrecentamiento ilegítimo del poder administrativo en las materias de aguas y de consumo, no han provocado ninguna supuesta crisis de identidad del derecho administrativo como se ha querido mostrar; es más bien a la inversa, pues ellas han logrado mantener la correcta identidad de la disciplina al dejar sujeta a la Administración al juez (como corresponde en toda democracia sana en que se respeta el principio de separación de poderes), y lo que el TC ha impedido es que esos proyectos de ley transmutaran la identidad de la disciplina”⁹⁷.

En una columna escrita en respuesta a la de Alejandro Vergara, el profesor Juan Carlos Ferrada sostiene que su argumento descansa en “ciertas opciones políticas e ideológicas, legítimas por cierto, pero que parece necesario explicitar y contrastar con el

⁹⁵ LETELIER, Raúl. “Sentencia TC ‘Sernac’: una sentencia no minimalista” en *El Mercurio Legal*, de 23 de enero de 2018. Disponible en:

<https://www.elmercurio.com/legal/Registro/Login.aspx?urlBack=/Legal/Noticias/Opinion/2018/01/23/Sentencia-TC-Sernac-una-sentencia-no-minimalista.aspx> [consultado el 16-01-2024]

⁹⁶ QUEZADA, Flavio. “Comentarios a los recientes fallos del Tribunal Constitucional chileno sobre potestades administrativas: ¿el fin de Derecho Administrativo Sancionador en Chile?”, en *Enfoque Derecho*, de 15 de febrero de 2018. Disponible en:

<https://enfoquederecho.com/2018/02/15/comentarios-a-los-recientes-fallos-del-tribunal-constitucional-chileno-sobre-potestades-administrativas-el-fin-de-derecho-administrativo-sancionador-en-chile/> [consultado el 16-01-2024]

⁹⁷ VERGARA, Alejandro. “Sanciones, despotismo e identidad del derecho administrativo”, en *El Mercurio Legal*, de 20 de marzo de 2018. Disponible en:

https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/56885963/2018.03.20_sanciones_parte_I-libre.pdf?1530201580=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3D2018_Comentario_EML_Sanciones_despotism.pdf&Expires=1704903921&Signature=az2cCURnNARW8W6Q-8Ya4zqrH~1oWXOuV8GznQp2L~wA0mz2X3EzTrzQ3F4703QGfVUvZhmXsIJ0f6oi6TcZK34HUIUZEx562sbxr8FnxJa5KVfVrLqQW9RrR6M5jRH7e-JRIYA61mq8IaED-fa9f11r687jdVH9rVpQNNpV-NwyXhIdYQ~GK5NLeTRnCR0PNQGYTC8GJhIB43Nyu6X-vrj0E04OAK0STip1Qd~cXeptQMzJOQKuZAtELspBJBfetcnb8PGGZQwqQqW29fxPenOmGgDC0iu~VMxR7B18nCo0coL2oR~8SsAP8Fp7FNd~vkD1SWP57CQigaSC3pUIQ_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA [consultado el 16-01-2024]

ordenamiento jurídico vigente para analizar su consistencia y coherencia⁹⁸. En efecto, sostiene el autor que “más allá de discrepar de ese modelo ideológico propuesto por el profesor Vergara, que debilita al Estado en su rol primordial de tutela eficaz de los intereses públicos y los derechos de los particulares más débiles en una sociedad, y que, por cierto, guarda estrecha relación con los postulados formulados por Dicey en la Inglaterra del siglo XIX o, en nuestro medio, de Soto Kloss en la última parte del siglo pasado, lo cierto es que ello se aleja del modelo de Estado, de Administración Pública y de Derecho Administrativo existente en nuestro país, no siendo consistente tampoco con el desarrollo actual de la dogmática comparada y nacional de referencia”. En contraste, “el modelo de Estado-Administración y de Derecho Administrativo actual no descansa en privar o limitar ex ante los poderes de la Administración, sino al contrario, de establecerlos como instrumento idóneo para satisfacer las necesidades públicas, sin perjuicio de su control jurídico por tribunales independientes e imparciales⁹⁹”.

Finalmente, para Francisco Urbina el fallo tendría un “derroche de justificación”, en tanto expresaría –más allá de los elementos particulares donde el nuevo diseño del SERNAC podría incurrir en el ejercicio de “potestades judiciales”- “consideraciones de mayor generalidad que ponen en entredicho, por ejemplo, la posibilidad de que órganos de la administración sancionen a particulares directamente y la posibilidad de alguna forma de adjudicación radicada en órganos administrativos¹⁰⁰. Así, para este autor el problema de la sentencia sería un “uso de principios de excesiva generalidad para abordar una realidad administrativa compleja que exigiría más cuidado. Lo que hay en juego aquí es la construcción de una institucionalidad moderna capaz de hacerse cargo de la complejidad y velocidad de los problemas públicos¹⁰¹”.

Lo que podemos sacar en limpio de este ejercicio es que, independientemente de la postura de cada autor respecto del fallo, este habría significado no sólo un giro jurisprudencial –anunciado en una sentencia anterior relativa al Código de Aguas-, sino también un mensaje más general al sistema político respecto de la forma en que deben configurarse los órganos reguladores. En otras palabras, es una sentencia que –directa o indirectamente, con o sin la intención explícita de sus autores-, participa en una discusión sobre diseño de políticas públicas.

4.3.1.2. Reacciones sobre la posición institucional del TC

José Francisco García llamó prontamente la atención sobre la forma en que el TC ha empezado a comprender su rol respecto del control preventivo: “[S]e puede destacar (...) una nueva técnica que está comenzando a implementar el tribunal en sus controles preventivos: el examen minucioso de las reservas de constitucionalidad presentadas durante la tramitación legislativa por parte de parlamentarios presentando cuestiones de constitucionalidad —sin que ello posteriormente derive en un requerimiento

⁹⁸ FERRADA, Juan Carlos. “Bases del Derecho Administrativo chileno y sentencias del Tribunal Constitucional”, en *El Mercurio Legal*, de 27 de marzo de 2018. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=906455&Path=/OD/D4/> [consultado el 16-01-2024]

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ URBINA, Francisco. “Fallo SERNAC: un problema de justificación”, en *El Mercurio Legal*, de 4 de abril de 2018. Disponible en: <https://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho-uc-en-los-medios/21213-profesor-francisco-urbina-y-fallo-sernac-un-problema-de-justificacion> [consultado el 16-01-2024]

¹⁰¹ Ibid.

parlamentario del art. 93 inc. 1 ° 3 CPR¹⁰². En otras palabras, lo que al autor le parece curioso de esta forma de ponderar el caso es que las reservas de constitucionalidad sean consideradas en la evaluación del fondo del asunto, a pesar de no haber sido presentadas formalmente en la oportunidad requerida por el procedimiento. En el mismo sentido, el voto disidente o de minoría del TC cuestiona la idea de que se considere al control preventivo obligatorio como la "suma de todos los controles de constitucionalidad" y, en particular, como un "supercontrol", por lo que "irrogarle superpoderes al control preventivo obligatorio [sería] sobre exigir la Constitución en aspectos que no son pacíficos" (epígrafe b), del acápite A) y considerando 6 del voto disidente).

Por otro lado, en un tono crítico, Santiago Zárata señala que, con esta sentencia, el TC habría optado "por re escribir una ley ya discutida por quienes ejercen la función legislativa en este país: el Congreso Nacional y el Gobierno. El primero, por legítima consagración; el segundo, por su carácter de co-legislador". A su juicio, la cuestión sería preocupante debido "al poder desmesurado" que estaría desplegando el TC¹⁰³. Además, el autor insinúa que se produciría una suerte de parálisis política, caracterizada en sentido gatopardiano como "cambiarlo todo pero sin cambiar nada"¹⁰⁴.

En tanto, Fernando Atria y Constanza Salgado enmarcan su crítica en el contexto de una revisión más amplia al Tribunal Constitucional en tanto órgano y actor del sistema político. A su juicio, existirían al menos dos configuraciones funcionales del TC en nuestra historia constitucional. Primero, la del TC original de 1970, guiado por las ideas planteadas por Kelsen en la década de 1920, cuyo modelo se justificaba "precisamente porque no tenía competencias substantivas (o estas eran solo marginales)"¹⁰⁵. De acuerdo con Kelsen –aseveran los profesores– un tribunal que hubiera tenido competencias substantivas habría resultado "simplemente insoportable". Para justificar este aserto citan in extenso al propio Kelsen, quien argumenta que «la concepción de justicia de la mayoría de los jueces de ese Tribunal podría ser completamente opuesta a la de la mayoría de la población y lo sería, evidentemente, a la mayoría del Parlamento que hubiera votado la ley. Va de suyo que la Constitución no ha querido, al emplear un término tan impreciso y equívoco como el de 'justicia' u otro similar, hacer depender la suerte de cualquier ley votada en el Parlamento del simple capricho de un órgano colegiado compuesto, como el Tribunal Constitucional, de una manera más o menos arbitraria desde el punto de vista político»¹⁰⁶.

A juicio de los autores, el TC de 1980 se diferencia del TC de 1970 "en que existe no para dirimir conflictos competenciales, sino para decidir conforme a su criterio de justicia"¹⁰⁷. Este criterio de justicia, a su vez, dependería de datos arbitrarios y "caprichosos", como la configuración política del órgano (qué bancada es más numerosa)

¹⁰² GARCÍA, José Francisco. Op. Cit.

¹⁰³ ZÁRATE, Santiago. "Ley del Sernac: gana el gatopardo; pierden los consumidores", en *Diario Constitucional*, de 16 de febrero de 2016. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/ley-del-sernac-gana-el-gatopardo-pierden-los-consumidores/> [consultado el 16-01-2024]

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ ATRIA, Fernando y SALGADO, Constanza. "El tribunal Constitucional desatado (1): Un poder insoportable", en *El Mostrador*, de 23 de enero de 2018. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/columnas/2018/01/23/el-tribunal-constitucional-desatado-1-un-poder-insoportable/> [consultado el 16-01-2024]

¹⁰⁶ Citado en *ibid.*

¹⁰⁷ Ibid.

o quién es su Presidente (debido a que cuenta con el voto dirimente en caso de empate). Finalmente, los autores acusan que la finalidad del TC de 1980 no sería destrabar el proceso político, sino entorpecerlo "para impedir, directa o indirectamente, la dictación de leyes que modifiquen nuestras estructuras legales más característicamente neoliberales"¹⁰⁸.

Más allá de esta crítica política, los autores se preguntan cómo es posible limitar a un tribunal para determinar si estas limitaciones podrían aplicarse al propio TC. En este sentido, habría principios generales, propios de la judicatura, que un tribunal debería cumplir en todos los casos. Así, por ejemplo, existirían limitaciones que los autores denominan substantivas, como resolver conforme a derecho, y no según el criterio particular de justicia del juez o los jueces. Sin embargo, para Atria y Salgado estas limitaciones resultarían ineficaces en el caso del actual TC, porque "cuando una cuestión tiene relevancia política, lo que suele ocurrir es que la opinión, incluso la de los especialistas, se alinea políticamente"¹⁰⁹.

Por otro lado, todo tribunal tendría limitaciones formales, como ceñirse a un proceso legalmente tramitado. Sin embargo, respecto de estas limitaciones, el TC también se habría "arrogado sin limitación alguna competencia para decidir sobre su propia competencia (lo que a veces se llama "competencia de competencia" y es la marca de la soberanía), y la ha aprovechado para extender a su gusto sus facultades para actuar de oficio, en su decisión sobre la DGA y, recientemente, sobre el nuevo SERNAC"¹¹⁰.

La decisión sobre la propia competencia también fue notada por Flavio Quezada, quien –además de criticar el "activismo" del tribunal- reprochó la ampliación de las normas orgánicas constitucionales a revisar: "dado que ningún órgano legitimado impugnó las disposiciones concernientes a materias de ley simple, solo era competente para controlar aquellas que incidieran en materias orgánicas. De este modo, aunque el tribunal era incompetente para pronunciarse respecto a las normas que declaró inconstitucionales, procedió de igual manera"¹¹¹.

En el mismo sentido se pronunciaron Couso y Leiva. A su juicio, con este fallo se habría verificado "una seria distorsión del sistema de control de constitucionalidad de las leyes chilenas, consistente en la expansión de los poderes preventivos de control de constitucionalidad de los proyectos de ley del TC"¹¹². Esta crítica se enmarca en un análisis más general respecto de las leyes orgánicas constitucionales. Y es que, dado que no existe una definición constitucional ni legislativa respecto de qué materias deben ser calificadas de dicha manera, "este vacío ha sido llenado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional"¹¹³. Como argumenta Sebastián Soto, quien fue de las voces que defendieron el fondo de lo decidido por el TC respecto del SERNAC, si bien en un principio estas leyes se entendieron como un tipo de leyes en sí mismo, separado de las leyes comunes, "tempranamente el Tribunal Constitucional sentó una costumbre distinta que dio inicio a un proceso paulatino de desmembramiento de las

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ QUEZADA, Flavio. Op. Cit.

¹¹² COUSO, Javier y LEIVA, Javier. Op. Cit., p. 123.

¹¹³ *Ibíd.*, p. 121.

leyes orgánico-constitucionales”¹¹⁴. Así, “se admitió que leyes comunes podían contener normas orgánicas constitucionales”¹¹⁵, por lo que “todo proyecto de ley puede contener tanto artículos de quórum simple como otros calificados como normas de quórum especial”¹¹⁶. La principal consecuencia de esta interpretación –según Lucas Sierra- es que “facilita una actitud expansiva por parte del TC. Esto, pues posibilita la intervención de este tribunal en un espectro muy amplio del ejercicio de la potestad legislativa”¹¹⁷.

Una cuestión interesante que notan Couso y Leiva en su artículo es que esta crítica ya fue formulada el año 1981, como reacción a la sentencia que abrió el paso a este “desmembramiento” de las leyes orgánicas constitucionales. Así, Salvador Mohor y Paulino Varas criticaron entonces “la extensión de la catalogación de leyes orgánicas constitucionales a elementos que denominaron como “complementarios indispensables” (de acuerdo a lo sostenido por la STC Rol 4-1981), denunciando que esto llevaba a un «subjetivismo o relativismo normativo que dificultará enormemente la delimitación racional del ámbito competencial de la ley orgánica constitucional»¹¹⁸.

Finalmente, cabe mencionar el análisis hecho por Paula Ahumada, quien identifica no dos –como en el caso de Atria y Salgado- sino tres configuraciones del TC en Chile, distinguiendo aquel TC que operó entre 1980 y 2005 y el TC que ha funcionado desde el año 2005 hasta hoy. Además de la crítica a la ampliación de sus atribuciones que significó la reforma del año 2005, la autora llama la atención sobre dos aspectos que fueron criticados en su momento: i) respecto de los nombramientos, la llamada binominalización del TC, “en el sentido que los jueces serían ‘cuoteados’ por el sistema político dominado por la Concertación o Nueva Mayoría y por la Alianza por Chile, lo que contribuye a su imagen pública de ‘tercera cámara’ que sustituye la voluntad del legislador democrático”¹¹⁹; y ii) respecto de su composición par (el TC está compuesto por diez ministros) y el voto dirimente de su Presidente, “con lo cual la designación de tal cargo pasa a ser de especial importancia”¹²⁰.

A juicio de esta autora, el fallo del SERNAC habría marcado además un precedente importante, en el sentido de que, al ampliar el ámbito de normas revisables en el control preventivo, el TC habría hecho algo inédito en su historia, ya que nunca antes “se había atrevido a una apropiación de normas de esta envergadura”¹²¹. De estas forma, “[b]ajo el giro jurisprudencial de la ‘pesca por arrastre’ [expresión tomada del voto de minoría, considerando 29], de normas orgánicas constitucionales no se puede diferenciar qué es lo que debe ser controlado de lo propio del ámbito del Legislador”¹²².

¹¹⁴ SOTO, Sebastián. *Congreso Nacional y proceso legislativo. Teoría y práctica*, Thomson Reuters, Santiago, 2015, p. 335.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 337.

¹¹⁷ SIERRA, Lucas. “La supramayoría en la potestad legislativa chilena como anomalía democrática”, en: SIERRA, Lucas y MAC-CLURE, Lucas. *Frente a las Mayorías: Leyes Supramayoritarias y Tribunal Constitucional en Chile*, CEP, Santiago, 2011, p. 45.

¹¹⁸ COUSO, Javier y LEIVA, Javier. *Op. Cit.*, p. 122.

¹¹⁹ AHUMADA, Paula. *Op. Cit.*, p. 402.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Ibid.*, p. 405.

¹²² *Ibid.*, pp. 405-406.

4.3.3. Síntesis de las reacciones al fallo

Hemos visto que este fallo suscitó dos discusiones en paralelo. Por un lado, una discusión sobre la cuestión de fondo, es decir, sobre cómo debe entenderse el ámbito del derecho administrativo sancionador y cuáles son los límites entre las potestades propias de un órgano regulador (fiscalización, realización de procedimientos administrativos, potestad sancionadora y potestad normativa) y un órgano jurisdiccional. Aquí, vimos aproximadamente tres tipos de reacciones: i) aquellas que se alinearon completamente con el fallo y sus pretensiones más “extensivas”, en el sentido de generar una suerte de “precedente” para el sistema político; ii) aquellas que se alinearon parcialmente con la sentencia, entendiéndolo como una decisión acotada al ámbito específico del SERNAC, pero sin aceptar las consecuencias “maximalistas” de lo decidido; y iii) aquellas que criticaron el fallo precisamente por su carácter maximalista y que calificaron la decisión como un grave error desde el punto de vista del derecho administrativo. En todo caso, es evidente que, independientemente de su alcance, el fallo se involucró en una serie de discusiones de fondo, relativas al diseño de una política pública.

Por otro lado, hubo una discusión de carácter “institucional”, relacionada con la posición del TC en cuanto órgano y su relación con el sistema político. Aquí podríamos resumir las distintas intervenciones como una crítica generalizada –incluso entre defensores del fondo del fallo, como José Francisco García– a la expansión realizada por el TC de la definición de las normas orgánicas constitucionales. En este sentido, pudimos revisar que se trata de una discusión antigua, y que el temor al efecto expansivo del llamado “desmembramiento” de las normas orgánicas constitucionales, ha sido criticado prácticamente desde el origen de nuestro segundo Tribunal Constitucional.

Asimismo, hubo quienes criticaron al TC por haber aceptado la intervención desformalizada de la Cámara Nacional de Comercio; en este punto, el órgano también se habría arrogado la decisión para ampliar sus reglas procedimentales.

En tercer lugar, hubo quienes dirigieron su crítica a cuestiones más generales, como el rol del TC en tanto actor del sistema político, postura asumida por Zárate (quien critica al TC por incidir en tareas propias de los órganos colegisladores), Atria y Salgado (quienes critican el carácter desmesurado o ilimitado del órgano, en tanto estaría operando fuera de las restricciones propias de un tribunal), así como por Ahumada (quien señala que, producto del mecanismo de la ‘pesca por arrastre’ el TC habría desdibujado la diferencia entre el control preventivo y el ámbito propio del legislador).

Por último, cabe señalar que muchas de estas críticas remiten a la discusión teórica habitual respecto de la justicia constitucional, como la incidencia de un órgano no elegido democráticamente en decisiones de los órganos democrático-representativos o el carácter difuso –y, por ende, político– de las normas constitucionales sometidas a su decisión (la llamada “objeción contramayoritaria”).

4.4. Proyecto de reforma constitucional relativa al segundo retiro de fondos de las Administradoras de Fondo de Pensiones¹²³

4.4.1. Descripción de la sentencia¹²⁴

El año 2020, en el contexto de la pandemia por COVID-19 y una compleja situación económica, un grupo de parlamentarios presentó un proyecto de reforma constitucional que buscaba establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales¹²⁵. Este proyecto replicaba una reforma constitucional anterior presentada ese mismo año, que, si bien había sido resistida inicialmente por el poder ejecutivo, terminó contando con el patrocinio del Presidente de la República¹²⁶.

Siguiendo la línea de lo dispuesto en la reforma anterior, el proyecto en comento incorporaba una disposición transitoria cuadragésima tercera nueva a la Constitución, autorizando, de forma excepcional, a los afiliados del sistema privado de pensiones para que, de forma voluntaria y excepcional, pudieran realizar un segundo retiro de hasta el 10% de los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias, con el objeto de enfrentar las consecuencias económicas de la pandemia.

Sin embargo, en este caso la oposición del Presidente de la República fue más férrea, basándose en diversos argumentos de corte institucional. Así, los temas cuestionados por el Ejecutivo eran, a grandes rasgos, tres:

- i) Que se regulara a través de una disposición transitoria una materia que tendría carácter sustantivo y, por ende, correspondería al articulado permanente de la Constitución (esto, por cierto, pondría en entredicho la reforma constitucional que estableció el primer retiro, patrocinada, como dijimos, por el propio gobierno);
- ii) En caso de aceptarse su regulación transitoria, el Ejecutivo consideraba que debía elevarse el quórum de la reforma: desde los 3/5 (que, de acuerdo con el artículo 127 de la Constitución¹²⁷, es la regla general para modificar preceptos constitucionales) a 2/3 (que, de acuerdo con el mismo artículo citado, es la regla para aquellas modificaciones que recaen en ciertos capítulos, entre los que se cuenta el capítulo III, relativo a los derechos fundamentales). Esto debido a que la norma transitoria habría buscado modificar el derecho a la seguridad social (art. 19, N° 18) y por tanto la reforma habría afectado indirectamente el capítulo III.
- iii) Que se hubiera utilizado el mecanismo de reforma constitucional (iniciada en una moción parlamentaria) para regular una materia que el artículo 65 de la Constitución, relativo a la formación de la ley, establece como de iniciativa exclusiva del Presidente. Se enfrentan aquí dos interpretaciones de la norma constitucional: los parlamentarios consideraban que la Constitución distinguía entre los proyectos de ley y los proyectos de reforma constitucional, aplicándose la norma de iniciativa exclusiva presidencial sólo a los primeros, mientras que el gobierno sostenía que la iniciativa exclusiva se extendía, también, a los proyectos de reforma.

¹²³ Causa Rol 9797-20-CPT. Fecha de ingreso: 22.11.2020. Disponible en: https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do_search?proc=1&idCausa=10772&buscador=true

¹²⁴ Esta sección se basa en gran medida (y toma algunos párrafos) del siguiente artículo: SOTO, Víctor. (2021). "Un encuentro con fantasmas: análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el segundo y tercer retiro del 10% de las AFP", *Revista 50 + UNO*, N° 6, pp. 38-55.

¹²⁵ Boletines N° 13.736-07, 13.749-07 y 13.800-07 refundidos.

¹²⁶ Materializado en la ley N° 21.248, que incorporó una disposición transitoria trigésimo novena en la Constitución.

¹²⁷ En adelante todas las citas a normas en este trabajo se entenderán hechas a la Constitución Política de la República, a menos que se señale expresamente otra cosa.

Por lo tanto, la cuestión sometida a la decisión del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) consistía en una aparente paradoja: ¿puede una reforma constitucional ser inconstitucional? De la decisión –y el razonamiento utilizado– se derivan importantes consecuencias para nuestra comprensión de la institucionalidad.

Finalmente, la sentencia acogió el requerimiento del gobierno en un fallo dividido. A favor de acoger estuvieron los jueces María Luisa Brahm, Iván Aróstica, Cristián Letelier, Miguel Ángel Fernández y José Ignacio Vásquez. Por rechazar se manifestaron los jueces María Silva Gallinato, Rodrigo Pica, Gonzalo García, Juan José Romero y Nelson Pozo. Al constatarse un empate, el fallo se resolvió con el voto dirimente de la presidenta del tribunal, María Luisa Brahm¹²⁸. Esta situación crítica justifica que nos detengamos no sólo en lo que llamaremos la “sentencia de mayoría”, sino también en los votos disidentes.

4.4.1.1. Sentencia (voto de mayoría)¹²⁹

La parte considerativa de la sentencia está estructurada de la siguiente forma: primero, enuncia la cuestión de constitucionalidad; segundo, señala sus fundamentos, divididos a su vez en dos partes: una referida a la competencia del tribunal y otra a los principios y derechos afectados; tercero, cierra con unas consideraciones finales.

La sentencia entra de inmediato en materia: al TC le correspondería controlar tanto los vicios de forma como de fondo de las reformas constitucionales, ya que el constituyente derivado se encontraría vinculado por los capítulos I (sobre bases de la institucionalidad) y III (sobre derechos fundamentales) de la Constitución, los que operarían, así, como verdaderos límites *materiales* a su actuación (considerando 7°). Al mismo tiempo, se hace una analogía con el artículo 135 de la Constitución, que –al menos, en principio– impone una serie de límites materiales a la acción de la futura Convención Constitucional, lo cual demostraría que el constituyente sí consideró un límite material al poder de reforma constitucional. A mayor abundamiento, se cita una sesión de la Comisión Ortúzar¹³⁰ como fuente de autoridad (considerando 8°). Hacia el final de la sentencia, los jueces profundizarán en esta línea, señalando que les resulta “imprescindible” señalar que concuerdan con “lo expresado en la Sesión N° 409, de 10 de agosto de 1978, por la Comisión redactora de la Nueva Constitución, donde dejó constancia que “las bases inamovibles de la institucionalidad no pueden ser objeto de reforma constitucional”, lo que da cuenta de la imposibilidad de que el legislador reformador de la Constitución pueda alterar las bases fundamentales establecidas en ella” (considerando 32°).

Se hace referencia también a otras constituciones donde se establecen estos límites y se citan los casos de Colombia y Hungría, donde las Cortes Constitucionales –a pesar de no existir estos límites de forma explícita– han desarrollado limitaciones para la acción del poder constituyente derivado (considerandos 10° y 11°). Respecto de la vinculación con los otros poderes políticos, se señala que la llamada “deferencia con el legislador” no implicaría pasar por alto antijuridicidades (considerando 14°).

¹²⁸ Esto en virtud del artículo 8, g) de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

¹²⁹ La redacción de la sentencia estuvo a cargo del juez Iván Aróstica.

¹³⁰ El 24 de septiembre de 1973, la junta militar creó la “Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile” (CENC), más conocida como Comisión Ortúzar, llamada así por su presidente, Enrique Ortúzar. Estaba compuesta por nueve abogados y profesores de derecho constitucional, a los que se encomendó la tarea de redactar la propuesta constitucional del régimen. Funcionó hasta el año 1978, cuando concluyó su anteproyecto.

En cuanto a los principios y derechos afectados por el proyecto de reforma, señalan los siguientes:

i) *Preeminencia de las normas de iniciativa exclusiva presidencial*

Este es, en realidad, el núcleo del argumento de mayoría: el tema de fondo no consistiría en determinar si una reforma constitucional requiere de iniciativa presidencial, sino si el legislador tiene competencia para atribuirle el estatus de reforma constitucional a lo que “en el fondo, es una ley”. Se asume, pues, que existiría un criterio de fondo -y no uno meramente formal- para delimitar la ley de la reforma constitucional (considerando 16°). Posteriormente, se realiza una defensa de las normas sobre iniciativa exclusiva presidencial. Y, si bien se admite que la reforma no modifica las normas de seguridad social vigentes, se argumenta que sí “incide” en ellas¹³¹ (considerando 19°). La pregunta queda especificada por el mismo intérprete: no hay que determinar si se modificaron las normas de seguridad social, sino si se establecieron o modificaron normas que *inciden* en la seguridad social. Se opta, pues, por una interpretación amplia del concepto de incidencia.

En definitiva, se considera que los parlamentarios estarían usurpando la iniciativa presidencial (considerando 22°), debido a que las normas bajo análisis *incidirían* en las normas de seguridad social vigentes.

ii) *Afectación del derecho a la seguridad social*

Respecto de la afectación del derecho a la seguridad social, la sentencia cita jurisprudencia del propio TC para sostener que los fondos son de propiedad del trabajador y la única forma de retirar ese dinero sería a través de las normas legales del decreto ley N° 3.500 (considerando 25°). Este argumento pareciera elevar la relevancia del mentado decreto ley, hasta homologarlo con las normas constitucionales: “esta última sentencia hizo alusión a que la ley podía autorizar el retiro parcial o total de los fondos previsionales (considerando 31°), pero citando precedentes legislativos que se explican *dentro de la lógica del sistema* contemplado en el DL N° 3.500” (considerando 26°, el énfasis es nuestro).

En los considerandos 27° y 28° la sentencia de mayoría se refiere al problema de fondo, evaluando negativamente la política pública de los retiros previsionales.

iii) *El quórum de la reforma*

Finalmente, en los considerandos 29° y 30°, se elabora un argumento formal sobre el artículo 127, que establece los quórums para la reforma constitucional, elevando el quórum para modificar o introducir disposiciones transitorias de la Carta Fundamental. Así, se sostiene que al tener incidencia en cuestiones del Capítulo III de la Constitución, las normas transitorias deberían pasar de un quórum de 3/5 a 2/3.

4.4.1.2. Voto disidente de los jueces Pica, Silva, Pozo y García

El tema de fondo, de conformidad con los jueces, sería determinar si existen normas constitucionales *inconstitucionales* (considerando 1°). Asimismo, un punto importante de

¹³¹ Artículo 65. (...) Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para: (...) 6°.- Establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado”.

este voto de minoría es la crítica directa que establece respecto de la actuación de la mayoría del tribunal: “[este Tribunal no puede] crear normas y reglas que no sean parte del parámetro de control, que en este caso son normas de potestades y procedimiento, no pudiendo ser interpretadas analógica ni extensivamente, ejercicio que implica la creación de normas y reglas constitucionales ahí donde no están, como lo sería resolver exigiendo iniciativa exclusiva y quórum que la Constitución no contempla” (considerando 15°).

Pasando a los fundamentos de su decisión de rechazar el requerimiento, dividen la estructura de su argumentación en tres partes: argumentos formales, cuestiones teóricas y efectos colaterales de acoger el requerimiento. Sin embargo, nos enfocaremos aquí sólo en aquello relacionado con el control de las reformas constitucionales.

En primer lugar, diferencian entre los proyectos de ley y los proyectos de reforma constitucional. Sería, a juicio de los magistrados, un tema relativamente claro en la teoría de las fuentes del derecho: la ley y la reforma constitucional son fuentes del derecho distintas y es preciso diferenciarlas. Las diferencias principales entre ellas serían el *procedimiento*, ya que las reformas requieren un quórum más elevado y la *jerarquía*, ya que la ley se subordina a la norma constitucional (considerando 49°).

En segundo lugar, fundamentan esta diferencia en una revisión de la historia constitucional chilena. Esta revisión arroja que, a pesar de ser diferentes, reformas y leyes tienen la misma tramitación (considerando 58°).

En tercer lugar, señalan que, de dicha diferenciación, también se desprendería una diferencia entre la atribución del TC de controlar la constitucionalidad de las leyes y la de controlar las reformas constitucionales, porque la ley y la reforma tendrían finalidades distintas. Así, comprueban que el artículo 127 sólo se refiere a cuestiones de producción de las normas y no, como sostiene la sentencia de mayoría, a temas de fondo¹³². Consideran, así, “más difícil” sostener que al TC le corresponda indagar en supuestos límites *materiales* al poder de reforma (considerando 64°). Citando a Sabrina Ragone, argumentan que es “poco lógico” controlar “una reforma que necesariamente debe modificar (o al menos integrar) la Constitución”. Aquí se encontraría en juego el “derecho de autodeterminación del pueblo”, es decir, la soberanía entendida de conformidad al artículo 5 de la Constitución (considerando 66°).

Evalúan luego la posibilidad de que existan en Chile *límites materiales explícitos* al poder de reforma. Aquí analizan los argumentos de los profesores Humberto Nogueira y Alejandro Silva Bascuñán, que identifican el límite a la soberanía establecido en el artículo 5 como un límite de este tipo. Los jueces, sin pronunciarse tajantemente sobre el tema, parecieran aceptar la existencia de un límite material a la reforma constitucional en los derechos fundamentales que sustentan la existencia del régimen democrático (considerando 76°), pero consideran que este problema surgiría sólo en situaciones-límite o “casos extremos” (considerando 77°).

Después se preguntan si podrá haber límites *implícitos*. Aquí sí son tajantes al señalar su negativa. Como vimos, la sentencia recurría a un criterio de fondo: la posibilidad que tendría el juez constitucional de determinar qué reforma constitucional “en el fondo, es una ley”. Pero la forma en que ello se argumenta, no permitiría, a juicio de la disidencia, construir un “límite por sí mismo desde estos preceptos constitucionales y requiere del

¹³² Véase el considerando 63°

auxilio interpretativo de otras reglas”. Por lo demás –añaden los jueces- la inclusión de estas limitaciones implícitas convertiría de hecho al TC en constituyente, sin que la Constitución lo designe como “intérprete supremo de la Constitución” (considerando 79°).

Para estos jueces, “el control de constitucionalidad material de reforma constitucional encierra un problema conceptual: las constituciones se reforman para que su texto exprese algo diferente de lo que expresan al momento de ser reformadas, por lo que si se compara el texto propuesto con el texto existente nunca serán armónicos, por lo que en clave de control de constitucionalidad toda reforma sería siempre inconstitucional”. Por ello, “para sostener la existencia de un control material -y no solo formal- de reforma constitucional se requiere como presupuesto necesario alguna cláusula pétrea, intangible o inmutable que constituya el parámetro de control” (considerando 80°). Sin pronunciarse sobre si es posible tal parámetro, señalan que el requirente -y, dicho sea de paso, la sentencia dirimente- no habría ofrecido parámetro alguno para cuestionar la “materialidad” de la reforma (considerandos 82° y 88°).

En definitiva, los jueces del voto de minoría rechazan la idea de colocar al TC “por sobre el poder constituyente del Congreso, en circunstancia que ambos son poderes constituidos” (considerando 92°).

4.4.2. Posturas académicas sobre el tema abordado en la sentencia

Antes de entrar en materia, cabe señalar que en este caso las reacciones al fallo fueron menos numerosas que en el caso de la sentencia relativa al SERNAC, y la discusión política fue menos enconada, ya que la sentencia no impidió que finalmente el Presidente y el Congreso llegaran a un acuerdo para ejecutar el segundo retiro de fondos de las AFP. Es decir, se trató de una sentencia relevante, pero que suscitó mayor interés a nivel de académicos que de la opinión pública. Por esta razón, los mismos académicos reaccionaron en esta oportunidad más bien a través de *papers* y comentarios al fallo que a través de columnas de opinión. Asimismo, la distinción entre cuestión de fondo y cuestión de forma o del rol institucional del TC se difumina, en tanto la principal discusión tiene que ver con los bordes de la atribución del TC para controlar una reforma constitucional.

Así, la discusión consiste básicamente en la posibilidad de que una reforma constitucional pueda ser calificada como inconstitucional¹³³. La base de la competencia del TC para evaluar esta cuestión se encuentra en el art. 93, N° 3 de la Constitución. Esto tiene una historia previa que es necesario revisar. En efecto, no se trata de una innovación de épocas recientes, sino que se puede encontrar en la configuración original del TC de 1980. A su vez, esta disposición se habría incorporado a la luz de lo ocurrido con el TC de 1970. Y es que el TC chileno de 1970, introducido por medio de la ley N° 17.284, ejercía un control constitucional de una naturaleza distinta al control realizado por el TC actual (atendida su distinta configuración funcional, como ya indicamos en este trabajo). Mientras el TC de 1970 (en adelante TC-70) “sólo” resolvía los conflictos de constitucionalidad que se le presentaran, al actual TC le corresponde, además, el control preventivo obligatorio de las leyes orgánico constitucionales y de los tratados internacionales que versen sobre materias propias de estas últimas (art. 93, N° 1).

¹³³ Esta sección está tomada parcialmente del siguiente trabajo: SOTO, Víctor. “El control constitucional de las reformas constitucionales”, Serie Informes N° 33-20, Biblioteca del Congreso Nacional, 2020.

Pero, además, al actual TC se le encomienda resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de *ley o de reforma constitucional* (art. 93, N° 3). Esta es una atribución extraña en el derecho comparado, que sólo hemos encontrado explícitamente en el caso colombiano¹³⁴. Por eso huelga preguntarse por el origen y el sentido de una disposición como esta.

De acuerdo con Francisco Zúñiga, subyace a esta innovación “la particular o prejuiciada lectura realizada de la experiencia institucional del Tribunal Constitucional incorporado por la “gran reforma” de 1970”, cuando dicha judicatura se declaró incompetente para resolver el conflicto de constitucionalidad surgido durante la tramitación del proyecto de reforma constitucional sobre la definición de las *áreas de la economía* chilena, argumentando que no se encontraba dotada de dicha atribución¹³⁵.

Así, el TC-70, resolvió, en la sentencia Rol N° 15 del 2 de junio de 1973 (considerando N° 20): “Que tratándose de una ley ordinaria es incuestionable que la constitucionalidad que este Tribunal debe resolver es tanto la sustancial como la formal, porque el artículo 78 b), párrafo a), de la Constitución, no hace distinciones entre la una y la otra; mientras que resulta inadmisibles que en materia de reformas constitucionales el Tribunal pudiera resolver la inconstitucionalidad sustancial de los proyectos de reformas: si pudiera hacerlo usurparía la función genuina del Poder Constituyente para reformar la Carta Fundamental y establecer nuevas disposiciones que eliminen y modifiquen las vigentes”¹³⁶.

Cabe mencionar que dicha sentencia fue citada profusamente en el requerimiento del gobierno del 22 de noviembre de 2020, que dio pie a la sentencia que comentamos, y que en dicho requerimiento se dio a entender que la decisión del TC-70 habría supuesto una denegación de su rol de defensor de la Constitución.

Ahora bien, la redacción actual de las atribuciones del TC no deja lugar a dudas de que su competencia se extiende tanto a los proyectos de ley como a los proyectos de reforma. Con esto, por cierto, *la propia constitución reconoce la diferenciación que planteó en su momento el TC-70 entre ley y reforma constitucional*, sólo que incluyendo esta última dentro del control constitucional.

¹³⁴ La constitución de 1991 le entrega directamente a la Corte Constitucional colombiana la facultad de resolver conflictos sobre proyectos de reformas constitucionales. Así, el artículo 241, N° 1 señala que la Corte cumplirá con la función de:

“1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.”

¹³⁵ ZÚÑIGA, Francisco. “Control de constitucionalidad de la reforma constitucional”, Estudios Constitucionales, vol. 4, N° 2, 2006, p. 419.

¹³⁶ Debemos recordar que se trató de una pugna entre el Congreso y el Presidente. Así, el presidente Salvador Allende fundamentó su requerimiento de inconstitucionalidad en el hecho de que los diputados y senadores se habrían saltado el trámite de la insistencia, respecto de las observaciones del poder ejecutivo al proyecto de reforma, lo que implicaba una vulneración de lo dispuesto en la Constitución de 1925. Así, el proyecto habría sido aprobado con un quórum menor a las 2/3 requeridos por el trámite de insistencia, desechándose impropriamente las observaciones del Ejecutivo. La duda se planteaba por la remisión que existía en el art. 108, sobre reforma constitucional, al procedimiento de formación de los proyectos de ley. A juicio de los parlamentarios, dicha remisión no se transmitía a la disposición del art. 54, que regulaba el veto presidencial (las observaciones) y la posibilidad de insistencia por parte de las cámaras, mientras que el presidente planteaba la tesis contraria.

Esto último ha suscitado un nuevo debate, esta vez respecto del alcance de dicha revisión. En efecto, como la constitución no distingue, ciertos autores de la doctrina nacional han aseverado que este control abarcaría incluso cuestiones materiales.

4.4.2.1. Autores que defienden la existencia de limitaciones materiales (explícitas e implícitas) al poder de reforma constitucional

Así, Alejandro Silva Bascuñán sostiene: "Si la Carta de 1980 precisa que "el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana" (art. 5º inciso 2º), el Poder Constituyente instituido o derivado, al reformar la Carta, no puede prescindir que la valla sustancial que ha tenido en cuenta el constituyente, por cuya autoridad se estableció el Estatuto Básico y se ha venido completando y adaptando. Esta conclusión evidente tendrá que ser fundamento ineludible para que el Tribunal Constitucional repare un proyecto de reforma que pugne con los derechos esenciales del hombre"¹³⁷.

Similar razonamiento ha expresado Humberto Nogueira. Como ya sostenía Carl Schmitt la facultad de reformar la Constitución, "atribuida a una formación legal-constitucional, significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo"¹³⁸.

A su juicio, existirían límites constitucionales materiales explícitos "en el artículo 5º inciso 2º de la Carta Fundamental"¹³⁹, y "límites materiales implícitos, ya que toda reforma constitucional no puede alterar la identidad y continuidad de la Constitución"¹⁴⁰. Dichos límites estarían dados "por el carácter republicano democrático del Estado chileno (artículo 4º de la Constitución) y por constituir un Estado constitucional de derecho (artículos 6º y 7º de la Constitución), donde se concreta el principio de supremacía constitucional y el principio de legalidad, la distribución del poder estatal en órganos con competencias delimitadas, la responsabilidad de los gobernantes y la sanción de conductas contrarias al orden jurídico y la garantía jurídica efectiva de los derechos fundamentales"¹⁴¹. Estas limitaciones también podrían venir dadas por el derecho internacional de los derechos humanos¹⁴².

4.4.2.2. Autores que critican la existencia de límites materiales al poder de reforma constitucional

Comencemos por el planteamiento hecho por Francisco Zúñiga. Este autor critica especialmente a Silva Bascuñán y a Humberto Nogueira por plantear "una suerte de "supraconstitucionalidad" de los derechos, bajo una discutible categoría, el "bloqueo constitucional de derechos", postura que reflejaría "la preeminencia de un concepto

¹³⁷ Citado en: ZÚÑIGA, Francisco. Op. Cit., p. 426.

¹³⁸ NOGUEIRA, Humberto. "Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile", Estudios Constitucionales, vol. 4, N° 2, 2006, p. 440.

¹³⁹ Ibid., p. 443.

¹⁴⁰ Ibid., p. 444.

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² Ibid., p. 445.

material de Constitución y el peso metateórico del "Derecho Natural" en los aportes de estos juristas a nuestro Derecho Constitucional"¹⁴³.

Por el contrario, el planteamiento de Zúñiga es que "el Poder Constituyente derivado o poder de reforma de la Constitución carece de límites jurídicos o positivos autónomos en el plano interno que sean justiciables, salvo el límite procesal o adjetivo de un procedimiento especial con quórum ordinario y extraordinario estatuido en el Capítulo XV de la Constitución; ya que una lectura sistémico-finalista y unitaria de la Carta en relación al control de constitucionalidad de la reforma constitucional instituido en el artículo 93 Nos 3º y Nº 5º como competencia de Tribunal Constitucional, nos lleva a concluir que es un control preventivo o represivo según el caso y facultativo de constitucionalidad circunscrito a los vicios de forma, y no a los vicios de materia o de competencia"¹⁴⁴. A su juicio, admitir una postura distinta, "como el sostenido por Silva Bascañán y Nogueira Alcalá, importaría hacer de la Judicatura Constitucional un órgano más del Poder Constituyente, llamado a aplicar supuestos límites materiales "explícitos" o "implícitos" a dicha potestad"¹⁴⁵.

La idea de que la competencia del TC en este punto es limitada -y se circunscribe al aspecto formal- vendría apoyada, según el autor, por una serie de sentencias del propio tribunal. De hecho, al 2006 sólo había dos sentencias referidas directamente a este tema, la Nº 269/1997 y la Nº 464/2006, así como otras que trataban sobre la legitimidad de la constitución de 1980 o de ciertos preceptos de ella (sentencia rol Nº 47/1987 y Nº 272/1998). Estas dos últimas sentencias "sostienen claramente que el Poder Constituyente carece de límites jurídicos o positivos autónomos o internos, materiales y procesales de tipo temporal, por lo que el control de constitucionalidad es de alcance limitado"¹⁴⁶. Si bien la jurisprudencia citada concierne directamente al poder constituyente originario, el autor considera que "su línea argumentativa se extiende perfectamente al Poder Constituyente derivado, en la medida que no se admite al Tribunal Constitucional por encima del poder creador o reformador de la Constitución"¹⁴⁷.

¹⁴³ Ibid., p. 427. Similar cuestionamiento podemos encontrar en García Balaúnde respecto de las decisiones del TC peruano. A su juicio, los límites materiales implícitos a la reforma constitucional "no son otra cosa que una creación ideológica cercana al Derecho Natural, imposible de controlar y que además puede cambiar en el tiempo. En realidad, si el constituyente no puso límites materiales expresos es fácil llegar a la conclusión de que no tuvo interés en ellos y menos aún pretendía establecerlos, pues si hubiera sido ese su deseo, lo hubiera hecho. Pero al no hacerlo, es más que discutible que alguien que no es el constituyente pueda crearlos, sea la Corte Suprema o un Tribunal Constitucional. Y en esos casos, los resultados obtenidos son generalmente muy vagos, fruto de intereses, especulaciones o ideas políticas demasiado coyunturales que pueden cambiar de tiempo en tiempo, más aún en países como los nuestros que no tienen la rigidez del precedente, propio de los países con tradición jurídica anglosajona". GARCÍA BELAÜNDE, Domingo. Op. Cit., p. 494.

¹⁴⁴ ZÚÑIGA, Francisco. Op. Cit., pp. 431-432.

¹⁴⁵ Ibid., p. 432.

¹⁴⁶ Ibid., p. 420.

¹⁴⁷ Ibid., p. 422. La sentencia Nº 464/2006 también se redujo a un análisis procedimental. Esta sentencia es particularmente interesante para nuestro caso, ya que, al igual que el requerimiento del 22 de noviembre, se refiere al problema de los quórum de aprobación de las reformas constitucionales: "Un análisis de esta disposición permite deducir dos conclusiones: a) que supletoriamente, y en lo no previsto en el Capítulo XV sobre "Reforma de la Constitución", a la tramitación de las modificaciones constitucionales, se aplican las normas sobre formación de la ley, y b) que en tal situación deben respetarse siempre los quórum de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio si la reforma recayere sobre los capítulos I, III, VIII, XI, XII o XV, y de las tres quintas partes de dichos parlamentarios en ejercicio en los demás casos" (considerando 3º). Citado latamente en: ibid., p. 423. Luego el autor se detiene sobre otros considerandos, siendo particularmente importante el siguiente: "9º, Que corolario de lo expuesto en los considerandos anteriores, es que el artículo 68 de la Constitución se aplica a las reformas constitucionales; pero que, interpretando tal norma acorde con lo prescrito en el artículo 127, inciso segundo, de la misma, el quórum que rige para ese precepto -el artículo 68-, en el caso sub-lite, es el de las tres quintas partes de los diputados y

Desde otra línea argumentativa -el sistema de fuentes del derecho chileno-, Miriam Henríquez llega a una conclusión similar.

La autora distingue dos tipos de normas: "a) las normas sustantivas o de contenido, a través de las cuales tienen lugar las distintas manifestaciones del Derecho, y b) las normas formales, que regulan la forma en la que las normas sustantivas tienen que producirse, señalándoles el ámbito competencial y el procedimiento al que deben ajustarse para surgir válidamente. El estudio de la reforma constitucional, desde la perspectiva de las *Fuentes del Derecho*, implica distinguir entre las *normas sobre producción de la reforma*, en adelante, *normas sobre la reforma*; y las reformas concretas, en adelante, *norma de reforma*. Es decir, las primeras dicen relación con la producción y las segundas son las normas concretas realizadas conforme a las anteriores"¹⁴⁸.

Esta distinción es clave en toda la propuesta de la profesora Henríquez. Así, luego nos dice que "las normas sobre la reforma son normas de competencia, por cuanto fijan el ámbito posible de la reforma y el procedimiento para reformar la Constitución. La principal consecuencia de esta afirmación es que la norma de reforma que sea promulgada, por ejemplo, por un órgano distinto o por un procedimiento diferente de aquél fijado por la norma sobre la reforma, será inválida"¹⁴⁹.

En cuanto a los límites de la reforma, la autora -de forma similar a lo planteado por García Belaúnde¹⁵⁰- sostiene que al no existir límites explícitos para la reforma -es decir, al no existir las llamadas cláusulas pétreas que vimos en otros países- no se puede presumir que el constituyente haya deseado establecer la intangibilidad de ciertas materias de la Constitución¹⁵¹.

En cuanto a los límites implícitos promovidos especialmente por el profesor Nogueira, a la autora le parece "discutible y problemático" su existencia, "puesto que estos serían los queridos por el intérprete"¹⁵².

Ahora bien, entrando directamente en el tema, la autora reivindica la distinción hecha por el TC-70 -y también, como vimos, por el Consejo Constitucional francés- entre una ley y una reforma constitucional¹⁵³: "Si bien, tanto el poder legislativo como el poder de revisión son poderes constituidos, el poder de revisión destaca sobre los otros poderes, toda vez que en su origen se encuentra la voluntad del pueblo, indirectamente representado por los órganos constituidos representativos o directamente por la vía del plebiscito o referéndum constitucional"¹⁵⁴.

senadores en ejercicio, tanto en la Cámara revisora como en la de origen, para la respectiva aprobación del proyecto de reforma constitucional" (citado en *ibid.*, p. 424).

¹⁴⁸ HENRÍQUEZ, Miriam. "El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en el ordenamiento constitucional chileno", *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales, N° 1, 2011, p. 463.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 464.

¹⁵⁰ Véase nota 56.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² *Ibid.*, p. 465.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 467.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 470. También esboza, en la misma página, un argumento literal: "La CPR no concibe a la norma de reforma de la Constitución como una ley. Esto se deduce por cuanto no la contempla entre los distintos tipos de ley previstos en el artículo 66 de la Constitución y tampoco señala que es una materia de ley en el artículo 63".

Dilucidado lo anterior, la autora señala que “la validez de la norma de reforma depende de su adecuación a la norma sobre la reforma; solo esto puede ser objeto de control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional”¹⁵⁵.

Puntualmente, sostiene, el TC sólo debería verificar:

- a) si el órgano que dictó la norma de reforma es aquel señalado por la norma sobre reforma;
- b) si la norma de reforma se dictó conforme al procedimiento establecido por la norma sobre la reforma; y
- c) si la norma de reforma se ajustó a los límites –de haberlos– fijados por la norma sobre reforma”¹⁵⁶.

Finalmente, en esta misma línea, pero desde otra perspectiva -la teoría democrática- Sergio Verdugo sostiene que las cláusulas inmodificables “pueden producir problemas más que soluciones, ya que elevan los costos de reforma a niveles inesperados, y sólo mediante la captura de tribunales se lograrían generar cambios relevantes en las materias protegidas. Es verdad que una cláusula acotada, por ejemplo, que defienda la soberanía, probablemente no produciría mayores problemas. Sin embargo, tratándose de elementos jurídicos amplios e interpretables, respecto de los cuales existe mucho debate y pocos acuerdos, como ocurre con los DD.HH., una cláusula pétrea (sea expresa o implícita) generaría un grado de rigidez incompatible con la democracia en su forma deliberativa y mayoritaria”¹⁵⁷.

4.4.3. Síntesis de los argumentos presentados

Al igual que en la sentencia sobre el caso del SERNAC, aquí vemos que la argumentación se basa en cómo debe delimitarse la competencia del propio TC. En particular, se trata de determinar si, en su revisión de una reforma constitucional, el TC se encuentra autorizado a analizar los aspectos *materiales* del proyecto de reforma –asumiendo que existieran límites materiales a la acción del constituyente derivado, cuestión que también es debatida- o sólo sus aspectos formales.

La sentencia de mayoría despliega tres argumentos. El primero es que existe un criterio de fondo –es decir, no meramente formal- para delimitar una ley de una reforma constitucional, y este tendría que ver con el hecho de que, en el presente caso, se regulan con cierto detalle cuestiones que *inciden* en materias de seguridad social, es decir, en materias de ley (que además son de iniciativa exclusiva presidencial). El segundo es que se estaría alterando el núcleo esencial de lo dispuesto en el decreto ley N° 3.500, que se eleva por tanto a rango constitucional. Esto afectaría, a su vez, al derecho a la seguridad social (art. 19, N° 18, CPR), lo que nos lleva al tercer argumento. Este es un argumento subsidiario: sostiene que, de admitirse la posibilidad de introducir una reforma constitucional que incida sobre materias de ley, en este caso debió emplearse el quórum de 2/3 por afectar el derecho a la seguridad social.

¹⁵⁵ Ibid., p. 475.

¹⁵⁶ Ibid., pp. 475-476.

¹⁵⁷ VERDUGO, Sergio. “La objeción democrática a los límites materiales de la reforma constitucional”, Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo, N° 28, 2013, p. 308.

En tanto, el voto disidente plantea que existe una diferencia relevante entre los proyectos de ley y los proyectos de reforma constitucional, consistente tanto en su jerarquía dentro del sistema de fuentes como de cuestiones procedimentales (el distinto quórum que requiere la reforma constitucional). Por otro lado, de esta diferencia también se deriva una diferencia práctica. Como el artículo 127, referido a la reforma constitucional, sólo se enfoca en cuestiones procedimentales, al TC sólo le correspondería una revisión procedimental, formal, de los proyectos de reforma. Asimismo, una razón adicional para el carácter formal de esta revisión es que cualquier análisis material del asunto implicaría entrar en una materia que le corresponde al poder constituyente, es decir, al soberano, límite que el TC no debería franquear.

En el caso del debate académico, la cuestión debatida tiene que ver especialmente con la posibilidad de que existan límites *materiales* para el poder constituyente (tesis planteada por el voto de mayoría de la sentencia). Así, una parte de la doctrina sostiene la existencia de límites materiales explícitos e implícitos que deberían ser respetados por los poderes constituidos, mientras que otra parte de la doctrina cuestiona esta opción, en base a diversos argumentos, desde formales -relacionados con el texto constitucional- hasta teóricos, como una eventual afectación de la deliberación propia de una democracia. Hasta la sentencia en comento, la jurisprudencia del TC referida a reformas constitucionales se había circunscrito a la evaluación de aspectos procedimentales de las reformas.

Más allá del razonamiento dado por la sentencia de mayoría en este caso, lo importante para nuestro análisis es la forma en que dicha mayoría interpreta las propias atribuciones del TC, ampliando una vez más su campo de acción en relación con otros poderes del Estado. En este caso, si bien el TC actúa en un caso concreto como mediador entre el poder ejecutivo y el poder legislativo, el método aplicado en este razonamiento también da cuenta de una ampliación de su poder de control, incorporando en esta oportunidad la revisión *material* de la voluntad del *poder constituyente derivado*.

5. Reflexiones finales

Es claro que aun cuando el objeto principal del TC es resguardar la supremacía del texto constitucional precavido que toda otra norma de carácter inferior se adecúe a ella, su competencia en este ámbito no deja de despertar críticas respecto de las relaciones y eventuales fricciones que con otros órganos de poder puede tener. Es la clásica discusión sostenida entre Kelsen y Schmitt sobre la existencia de un órgano jurisdiccional que pueda tener la última palabra en materia constitucional y las eventuales tensiones que genere con otros órganos del sistema político como el legislador, o incluso con el ejecutivo.

El control preventivo de constitucionalidad que sobre proyectos de ley puede realizar el TC es un espacio propicio para que este tipo de cuestiones se presenten, toda vez que la actuación del TC habrá de incidir necesariamente sobre el ejercicio de competencias del órgano legislativo, quien al definir el contenido normativo ha procedido ejerciendo su autonomía en su competencia. Ahora bien, el problema aquí no es la existencia del TC en sí sino el alcance de las competencias que tiene este órgano, particularmente cuando el control de constitucionalidad lo realiza de manera preventiva, esto es, *ex ante*, antes de la existencia misma de la norma. Aquí lo que se critica es el nivel de incidencia que el órgano jurisdiccional tiene en el proceso de formación de la ley y no solo *ex post*.

En las sentencias revisadas se evidencia el actuar del TC y su incidencia frente a diversos temas de interés público, actuar que no ha estado ajeno a críticas y que en general reclaman de su actuación un rol de legislador positivo alejado del paradigma kelseniano de ser un legislador negativo de control de la supremacía constitucional. La participación del TC se manifiesta en un poder de veto que puede llegar a moldear el debate político en el Congreso, y que puede ser bien evaluado por algunos y mal por otros. Dado que, frente a sus resoluciones no procede recurso alguno, puede el TC imponer su voluntad o la de un grupo de ministros reducido frente, en el caso del control preventivo de constitucionalidad de proyectos de ley, a lo acordado por una mayoría parlamentaria dentro de un proceso legislativo definido. Así, se impone a órganos de representación popular, una decisión que tiene en apariencia un contenido ambiguo, pues, debiendo ser de carácter jurídico, puede encerrar una pretensión política bajo una apariencia de inconstitucionalidad.

Otro punto que también genera elementos distorsivos objeto de críticas, pero que van más allá de esta investigación dicen relación con la composición o las reglas de funcionamiento del TC. Entre otros, el número de integrantes par del actual TC, que otorga ante situaciones de empate voto dirimente al presidente del tribunal; la facultad de fiscalizar el ejercicio del poder de otros órganos incluso los de representatividad democrática, pero sin ser en sí mismo un órgano de tal entidad dado que sus miembros no son elegidos democráticamente por sufragio universal o por proceso público de escrutinio, lo que los sustrae de responsabilidad política; y su forma de nombramiento que tiende a la generación de bloques al interior del TC.