



**Tesina Derecho Universidad de Valparaíso**

**EL PROBLEMA DE LA OBJECION DEMOCRATICA EN EL  
CONTROL PREVENTIVO DE LA LEY**  
ANALISIS DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
CHILENO

Nicolás Rodríguez Fernández

Javiera Sotomayor Moreno

**Profesor Guía:** Christian Viera Álvarez

Julio 2024

# Índice

## Tabla de contenido

Índice.....	2
Tabla de contenido .....	2
Resumen o Abstract.....	3
Palabras clave .....	3
Introducción .....	4
I. Teoría del control .....	5
II. Sobre el control constitucional de la ley o control judicial .....	8
III. Problemas en la aplicación del control judicial.....	11
IV. La justicia constitucional.....	15
V. El Tribunal Constitucional Chileno .....	19
VI. Análisis crítico de sentencias.....	23
Caso SERNAC .....	23
Caso titularidad sindical .....	26
Caso requisitos de la gratuidad en la ley de presupuesto 2016 .....	27
Caso segundo retiro de fondos AFP .....	28
Caso controladores de universidades con fines de lucro .....	29
Reflexión final .....	31
Conclusiones .....	33
Bibliografía.....	35
Jurisprudencia.....	37

## Resumen o Abstract

El presente trabajo analiza de manera crítica la labor del Tribunal Constitucional chileno en la aplicación del control preventivo de constitucionalidad entre los años 2014 y 2024 a la luz de la teoría del control. Para esto se realiza una revisión de los aspectos fundamentales de la teoría del control, sus antecedentes y evolución histórica, luego se analiza la evolución del control constitucional de la ley en el derecho comparado y su recepción en el derecho nacional, además se hace un repaso por los fundamentos y evolución de la justicia constitucional tanto a nivel global como a nivel local, para finalizar con el análisis crítico de sentencias del tribunal constitucional chileno.

## Palabras clave

Objeción democrática – Tribunal Constitucional – Supremacía constitucional – Teoría del control – Control preventivo de la ley

## Introducción

El siguiente trabajo tiene como objetivo analizar críticamente la aplicación del control preventivo de la ley por parte de Tribunal Constitucional Chileno y evidenciar que durante el periodo 2014 al 2020 este órgano jurisdiccional se adjudicó la facultad de zanjar temas de la esfera política mediante el control preventivo de la ley perdiendo su objetividad en la interpretación constitucional, coartando de cierto modo las discusiones legislativas sin tener las facultades para realizar dicho control.

Para esto el análisis se dividirá en diferentes capítulos siendo el primero de estos la teoría del control en el cual se tratarán temas como que la teoría del control no es solo un concepto político y como se va originando esta teoría, explayando de esta forma sus primeros antecedentes y las ideas que se desarrollan entre el equilibrio y el control como limitadores de los poderes del Estado.

El capítulo segundo versará sobre el control constitucional de la ley o control judicial en el cual se explicarán sobre el control judicial, abordando la teoría del control específicamente el constitucional, tanto como el preventivo o represivo. Finalmente se profundizará en el problema que se genera con este tipo de control principalmente con el control preventivo y como este termina conстриendo al poder legislativo.

En el tercer capítulo se abordará la justicia constitucional en el cual se tratarán casos del derecho comparado y como se ha ido construyendo la justicia constitucional y los Tribunales Constitucionales. Para llegar al cuarto y quinto capítulo en el cual se explica la estructura del TC chileno y las normas que establecen las competencias que tiene este.

En el capítulo sexto del texto se realizará análisis de sentencias entre estas la del fortalecimiento del Sernac, el de titularidad sindical, caso de requisitos de la gratuidad, la reforma constitucional del retiro de los fondos de la AFP, y controladores de universidades sin fines de lucro, en los cuales se busca realizar examen de como el Tribunal Constitucional Chileno por medio de la interpretación que realiza el TC de la Constitución y como conстриe también el poder legislativo por medio de su control preventivo.

## I. Teoría del control

Según Aragón el control dentro de una constitución, entendida como un instrumento de limitación del poder, no forma parte únicamente de un concepto político, sino que también forma parte de un concepto jurídico, ya que solo si existe control de la actividad del estado puede aplicarse la fuerza normativa de la constitución y se le puede de operatividad a la misma con el fin de que esta sea una norma y no un mero programa meramente retorico (Aragón, 2002, p.86).

Los primeros antecedentes de una teoría del control se encuentran en el modelo de la “Constitución bien equilibrada” del Siglo XVII atribuida generalmente a Bolingbroke pero que cuenta con aporte teóricos esenciales de John Locke conjugando las ideas de división de poderes con la necesidad de un control del estado, con respecto al equilibrio de poderes Aragón asegura que el equilibrio, en suma, no es consecuencia de las relaciones humanas “naturalmente libres, sino, por el contrario, requisito para que en esas relaciones humanas exista libertad” (Aragón, 2002, p. 87).

Con posterioridad a esto, las ideas de equilibrio y control se desarrollan en Francia particularmente por Montesquieu dando lugar a lo que Ochoa denomina la teoría clásica del control, enfocada principalmente en el control parlamentario y se ocupa de mecanismos de control como reacción al absolutismo de la época (Ochoa, 2001, p.93).

Luego en los primeros años de la Revolución Francesa van a ir desapareciendo gradualmente los mecanismos de control jurídico debido principalmente a dos razones, por un lado, la desconfianza para con los jueces ya que son percibidos como actores del antiguo régimen y, por otro lado, la creencia de que la labor del juez consiste solamente en una actividad mecánica de aplicación de la ley y a su vez la ley es vista como la voluntad soberana que no responde a un concierto de intereses ni a un poder del estado en particular sino que a la decisión del pueblo mismo (Aragón, 2002, p. 94).

Para Aragón dicha mitigación de los controles se produce: “por la misma idea rousseauiana de la democracia que negaba el pluralismo de poderes, el equilibrio entre ellos producto de frenos y controles, y sólo aceptaba, en puridad, la autolimitación, es decir, el dogma de la voluntad de la mayoría.” (2002, p. 90).

Bajo este modelo del sentido clásico del control Huerta asegura que el gobierno actúa solamente como un comité delegado que ejerce facultades que le son concedidas y que además carece

de autonomía y facultades propias. En este sentido el para la teoría clásica el parlamento es el único y el verdadero controlador que garantiza el funcionamiento del orden jurídico (Huerta., 2001, p. 95).

Posteriormente la idea de un gobierno equilibrado se plasma por primera vez en una carta fundamental en la constitución de Filadelfia 1787 y Massachusetts de 1780. En Filadelfia se establece que cada poder interviene en el otro, propiciando la creación de claros límites que al final interpreta la Constitución como un elemento articulador del Estado, es decir, un sistema de frenos y contrapesos (Torres, 2014, p. 99).

En el caso de Massachusetts se establece que ninguno de los tres poderes del estado podrá ejercer funciones que no le son propias según la misma constitución y asegurando nuevamente un sistema de frenos y contrapesos que garanticen la estabilidad del sistema político del país (Aragón, 2002, p.92).

A principios del siglo XX son paradigmáticos los casos de Francia y Alemania respecto al desarrollo de controles que limiten el poder político, o más bien dicho, la falta de estos mismos. En el caso de Francia se produce una falta de control jurídico de poder ejecutivo lo que derivó en que este no tuviera mayor responsabilidad jurídica por sus actos. En el caso de Alemania la consolidación de la figura del rey como el real soberano que se viene dando desde fines del siglo XIX desencadenó que el parlamento se quedara sin herramientas reales para limitar el poder del ejecutivo (Aragón, 2002, pp. 95-98).

Sin embargo, el control como elemento delimitador del poder pasará a ser parte esencial de las constituciones europeas con antecedentes como la creación de los tribunales constitucionales austriacos y checoslovacos a principios de la década de 1920. Este proceso se ve interrumpido por la segunda guerra mundial y solo es después de esta que se termina de consolidar la idea de controles recíprocos Inter orgánicos. Con respecto al desarrollo de nuevos mecanismos de control Aragón comenta: “La ampliación y eficacia de los controles se manifiesta en la completa sumisión de la administración a la ley, con la desaparición de ámbitos exentos, en el establecimiento de nuevas instituciones de fiscalización, en la extensión del control parlamentario a actividades o entidades de carácter administrativo” (2002, p.103).

Pese a todo este desarrollo teórico de lo que se ha denominado teoría del control que hemos revisado anteriormente, dicha teoría se enfrenta a una problemática que es definir lo que se entiende por control y si es que existen diferentes tipos de controles. Respecto a la primera pregunta la doctrina

entrega una serie de definiciones, pero para efectos de este trabajo nos vamos a quedar con la de Diego Valadés que señala lo siguiente: “controlar el poder es un acto de poder, una manifestación de este mismo que no se puede hacer desde fuera del poder, ni sin poder, ni contra el poder” (1998, p. 17).

Sin embargo, como bien señala la doctrina existen una serie de factores que impiden llegar a un concepto único de control como, por ejemplo, que este se puede realizar por medios diversos y teniendo como objeto de control una serie de organismos y autoridades por lo que obliga a lo que él denomina “pluralidad conceptual” ya que distintas clasificaciones de control, a saber, político, parlamentario, jurídico, social, institucionalizado, no institucionalizado, voluntario, obligatorio, de carácter subjetivo, de carácter objetivado, interorgánicos o intraorgánicos, etc. (Aragón, 2002, pp. 129-135)

## II. Sobre el control constitucional de la ley o control judicial

Los sistemas políticos contemporáneos, contruidos sobre pilares fundamentales como la democracia, el estado de derecho y la división de poderes, contemplan a partir de la revolución francesa y estadounidense lo que se ha denominado por la doctrina norte americana como *Checks and Balances*, es decir, un sistema de contrapesos y constante revisión y fiscalización que realizan los tres poderes del estado entre si con el fin de evitar que uno de estos realice actos fuera de su competencia o que directamente atenten contra la constitución de dicho país (Torres, 2014, p.88).

La Constitución establece la creación de autoridades y organismos y determina su área de competencia y facultades velando por un estado eficiente capaz de cumplir con los fines que la carta fundamental propone.

Es debido a esto que, por ejemplo, el poder ejecutivo es vigilado en la planificación, dirección y aplicación de las leyes no tan solo por la ciudadanía, sino que también por el poder legislativo mediante mecanismos como las atribuciones de la cámara de diputados, por ejemplo, interpelaciones, citaciones a ministros de estado, creación de comisiones especiales para investigar actos del gobierno. Pero la acusación constitucional es la más relevante en cuanto a su efecto político en el ejecutivo. La acusación constitucional ha sido descrita como un mecanismo eminentemente político más que jurídico debido tanto a su desarrollo normativo como a su uso en la práctica ya que se ha utilizado para perseguir responsabilidades políticas de ministros de estado y presidentes (Silva, 2017, p. 220)

En cuanto al poder judicial podemos advertir que, en el caso del derecho nacional, existe por un lado un control interno ejercido por la Corte Suprema respecto los ministros de Corte de Apelación y de los jueces de primera instancia, pero este se limita solo a un control disciplinario. Por otro lado, también existe un control externo ejercido por el Congreso ya que los magistrados de los tribunales superiores de justicia también pueden ser acusados constitucionalmente fundamentado en este caso en un notable abandono de deberes por parte de los jueces.

En relación con el control interno del poder judicial se genera un problema mayor ya que colisionan dos elementos centrales en la labor del juez que son la independencia y el control interno. La independencia se ha comprendido como la autonomía del juez para juzgar dentro de la estructura judicial interna, que no se vea influenciado por un superior jerárquico a fallar de manera, sino que resuelva conforme a derecho y en base a la prueba rendida durante el juicio. Es por esto por lo que el sistema de control interno del poder judicial genera un conflicto ya que podría llegar a condicionar a

los jueces a fallar de cierta manera para no ser sancionados o bien para ser considerados a un ascenso si resuelven de la manera que su superior jerárquico estime (Bordalí, 2009, p.281).

Al respecto Horvitz hace una aclaración que consideramos que es relevante tener en consideración: “De este modo, el concepto de independencia judicial hace referencia a todos aquellos resguardos institucionales que protegen al juez concreto, no para darle una situación de privilegio, sino para asegurar su imparcialidad en la resolución jurisdiccional de los asuntos que se ponen en su conocimiento” (2007, p.4). Para la autora el límite facultad sancionadora llega hasta las cuestiones administrativas, por lo que nunca ha de ser basado en consideración a un fallo determinado.

Con respecto al poder legislativo se establecen varios tipos de controles, por ejemplo, existe un control interno dentro del mismo congreso respecto de las actuaciones de los congresistas que tiene un carácter de disciplinario y, en adición, existe un control externo que está representado tanto por la fiscalización y revisión por parte de la ciudadanía. Además, existe un control que se aplica al resultado de la labor legislativa, es decir, a la ley en base criterio de si esta es contraria o no a las disposiciones de la constitución.

Este control de constitucionalidad o control judicial puede tener el carácter de preventivo o represivo. Hablamos de control judicial preventivo cuando dicho control opera antes de que la ley entre en vigor y que es el caso establecido en el artículo 93 numerales 1 y 3 de la Constitución Política de la Republica en donde el Tribunal Constitucional debe ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten un precepto de la constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación y también debe resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso. Respecto de este último caso ahondaremos más adelante en este trabajo.

El control judicial represivo es el que opera una vez la ley ya se ha promulgado y genera un problema en su aplicación que, por una circunstancia particular, resulta contraria a los principios y derechos declarados en la constitución. Dentro de este control judicial represivo podemos encontrar dos mecanismos la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad (artículo 93 numeral 6 y 7 respectivamente de la Constitución Política de la Republica), estos se diferencian principalmente por sus efectos ya que la inaplicabilidad genera efectos solo en el proceso judicial particular donde fue alegada y la

inconstitucionalidad produce efecto *erga omnes* ya que deroga la ley impugnada, es por esto que requiere de un quorum mayor de 4/5 de los ministros del Tribunal Constitucional.

Con base en estos elementos podemos definir el control judicial como un control objetivo, cuya valoración del objeto sometido a control se basa en razones jurídicas y que es necesario (Aragón, 2002, p.136).

Que sea objetivo quiere decir que el parámetro o canon de control es un conjunto normativo, preexistente y no disponible para el órgano que ejerce el control, que la valoración debe estar basada en razones jurídicas quiere decir la justificación de la decisión debe encontrarse en la aplicación de la norma constitucional y no en preferencias políticas o morales y, por último, que sea necesario quiere decir que el órgano controlador, en este caso el Tribunal Constitucional, no puede negarse a realizar dicho control cuando la ley lo establece ya sea por iniciativa propia o a petición del congreso nacional.

Sin embargo, tenemos autores como Bassa los cuales que plantean que la interpretación originalista que se lleva a cabo en Chile por parte de los órganos jurisdiccionales y que “Este originalismo tiene dos importantes elementos que no han sido suficientemente evidenciados: en primer lugar, sus claros fines políticos, toda vez que ha sido utilizado para proteger la obra constitucional de la dictadura y, en segundo lugar, sirvió como un argumento de autoridad para zanjar complejas discusiones (políticas y, muchas veces, valóricas) en torno a la interpretación de la Constitución vigente y a su desarrollo legislativo” (Bassa, 2011, p.16).

De esta misma forma en que expone Bassa que esta tendencia interpretativa que han adoptado los órganos judiciales del país se ha utilizado para resolver cuestiones de la esfera política del país, como sucede con sentencias controversiales que ha tenido el TC en su control preventivo.

El carácter intrínsecamente político del control judicial de la constitución es consecuencia entre otras cosas de que su objeto es la constitución de una comunidad política en donde elementos como el derecho y la política se encuentran asociados dentro del constitucionalismo democrático. Además, este carácter político de este tipo de control se deriva principalmente de que se encargan de vigilar en su mayoría funciones políticas como la creación de leyes (De la Cruz et al., 2021, p.70). Finalmente considerando todos los elementos expuestos podemos concluir que el carácter objetivo que posee el control judicial es meramente aparente.

### III. Problemas en la aplicación del control judicial

Respecto de la necesidad de control, existen variadas opiniones sobre de la legitimidad como de la necesidad que existe de este. Como señala Brink el cual para justificar el control judicial comienza con distinguir el control interpretativo y el no interpretativo. Asimismo, entramos a estudiar correspondientemente siguiendo el argumento de este autor respecto de la legalidad de este tipo control no interpretativo los jueces estarían transgrediendo los principios de la democracia y la separación de poderes, de esta forma que las objeciones a la supremacía comenzarían a cobrar relevancia (Brink, como se citó en Buriticá, 2019, p. 876).

Para Alexy existe un problema de legitimidad democrática que afecta a los jueces de los tribunales constitucionales ya que estos, a diferencia de los miembros del parlamento, no fueron electos democráticamente mediante elecciones populares y el pueblo no puede ejercer ningún tipo de control sobre ellos, como si lo hace cuando decide no reelegir a un parlamentario por considerar que su labor fue deficiente durante su gestión. Para el autor para lograr legitimar democráticamente el control judicial de la constitución se debe concebir como una forma de representación de la voluntad popular, pero advierte que esto presenta dos problemas, en primer lugar, que la representación pareciera estar necesariamente conectada con la votación democrática y en segundo lugar que si fuese posible algún un tipo de representación sin votación no parece razonable darle prioridad a ese tipo de representatividad por sobre aquella que construye en base al sufragio de los ciudadanos. (Alexy, 2005, p.578)

Al respecto de esto Buriticá señala que: “La respuesta que brinda Alexy es un poco atípica, pero en el fondo no muy distinta a la de Brink. [Alexy] considera, en términos generales, que el control judicial es legítimo porque, al igual que los procedimientos legislativos, constituye también una forma de representación democrática” (Buriticá, 2019, p. 879).

“Cuando los jueces fundamentan sus decisiones en argumentos de principio, la objeción democrática no tiene sentido, puesto que los jueces no están tomando decisiones sobre la base de sus convicciones o intereses personales, sino con base en las condiciones sustantivas de la democracia previstas en la constitución” (Buriticá, 2019, p. 880).

Por otra parte, uno de los puntos del debate constitucional contemporáneo “La existencia de una Constitución rígida, que limita el poder de la mayoría y la protección de ésta a través del control jurisdiccional de constitucionalidad, enfrenta la llamada objeción democrática o dificultad contra

mayoritaria. Ésta refiere a lo problemático que resulta el justificar que leyes aprobadas por asambleas elegidas por el pueblo y, por tanto, expresión de la soberanía popular, puedan ser invalidadas por un tribunal no electo.” (Busch y Szmulewicz, 2020, p.131).

Sin embargo, hay muchos autores que impugnan la supremacía judicial en cierta parte y defienden que haya una mayor apertura democrática en los asuntos constitucionales que asumen precisamente de escepticismo político. De este mismo modo hay otros autores que afirman y abordan el déficit democrático que se sufre en el control judicial de constitucionalidad (Busch y Szmulewicz, 2020, p.132). Así mismo, variados autores también objetan esta supremacía judicial y estiman que es mejor preservar una mayor apertura democrática en las cuestiones constitucionales (Buriticá, 2019, p. 881).

En efecto, hay autores que afirman que la deliberación judicial no puede sustituir o reemplazar aquella que se realiza mediante el proceso político ni siquiera si esta garantiza los buenos resultados en materia de derechos o una mejor interpretación de la constitución por lo que el rol que están cumpliendo mediante el control judicial puede tener un carácter más intrusivo que de verdaderos deliberadores en el contexto de una democracia deliberativa (Busch y Szmulewicz, 2020, p.134)

Por otro lado, los jueces en cuanto a la necesidad de control estos podrían defender límites al constituyente con el objetivo de que se está avanzando a lo correcto o como se menciona con anterioridad a una respuesta correcta o más correcta. En este mismo sentido no se conforma una política que se deja de basar en la mayoría y en la separación de funciones estatales por decisiones que se estiman más justas (Verdugo, 2013, p.306). “Este tipo de argumentos reducen el *accountability* de las instituciones representativas, volviéndolas menos responsables (al reducir sus poderes) de responder a las necesidades que, se dice, se quiere solucionar” (Verdugo, 2013, p.310).

Por su parte Roberto Gargarella también nos ofrece una serie de argumentos que buscan rebatir los principales postulados de aquellos que están a favor del control judicial. En primer lugar, propone lo que denominó como “argumento histórico” el cual parte de la base que la constitución no refleja realmente la voluntad del pueblo, es decir, que al momento de dictarse la constitución no se tomó en cuenta la opinión del pueblo, sino que solo la de un selecto grupo que en ese momento histórico buscó suplantar la opinión del pueblo soberano. Este argumento puede ser aplicable para la constitución chilena ya que, si bien fue reformada en 2005, dichas reformas no atacaron lo esencial de la constitución como los problemas de su sistema político y sus influencias en el modelo económico

impuesto desde 1973 en adelante y que fue reafirmado y consolidado con la constitución de 1980. Este argumento problematiza en que tan válido es invocar una constitución ilegítima para invalidar una ley discutida en el parlamento legitimado por la elección democrática de los representantes (Gargarella, 1997, p.57).

El segundo argumento lo llama como argumento Inter temporal el cual comienza reconociendo el momento constitucional como un deliberación racional, bien estudiada y reposada en la que la ciudadanía logró llegar a un acuerdo para establecer una constitución que los estructure como estado, pero esto entra en conflicto cuando consideramos que en el futuro la ciudadanía puede tomar una decisión tan bien estudiada y pensada como la anterior pero debe sujetarse a lo que diga la constitución la cual puede haber sido escrita en un contexto completamente diferente al actual. En base a este argumento no es válido que el pueblo quede sujeto a una decisión anticuada o ineficiente para un nuevo contexto solo porque se considere a priori que el nivel de la discusión no va a ser el necesario para arribar a una decisión satisfactoria (Gargarella, 1997, pp. 57-59).

Por último, el tercer argumento que entrega Gargarella en contra del control judicial se denomina el argumento sobre la interpretación el cual comienza por conceder que se deben respetar los acuerdos existentes en la constitución vigente y se anulen las leyes que vayan en contra de la carta fundamental, sin embargo, esto no considera que el juez al analizar una ley a la vista de la constitución no realizar una simple lectura si no que debe interpretar enunciados que pueden no ser tan claros y aplicarlos a un caso concreto con todas las dificultades que esto representa, lo que muchas veces termina en que los jueces buscan desentrañar la voluntad del constituyente o el espíritu de la constitución. Este poder de interpretar la constitución sin lugar a duda le entrega un enorme poder decisión a los jueces (Gargarella, 1997, pp.59-60).

Sin embargo, tenemos autores como Bassa los cuales que plantean que la interpretación originalista que se lleva a cabo en Chile por parte de los órganos jurisdiccionales y que “Este originalismo tiene dos importantes elementos que no han sido suficientemente evidenciados: en primer lugar, sus claros fines políticos, toda vez que ha sido utilizado para proteger la obra constitucional de la dictadura y, en segundo lugar, sirvió como un argumento de autoridad para zanjar complejas discusiones (políticas y, muchas veces, valóricas) en torno a la interpretación de la Constitución vigente y a su desarrollo legislativo” (Bassa, 2013, p.16) De esta misma forma en que expone Bassa que esta tendencia

interpretativa que han adoptado los órganos judiciales del país se ha utilizado para resolver cuestiones de la esfera política del país, como sucede con sentencias controversiales que ha tenido el TC en su control preventivo.

## IV. La justicia constitucional

La revisión de la historia de la justicia constitucional nos lleva irremediamente como punto de partida al caso de Marbury vs Madison de 1803 del juez John Marshall el cual de forma inédita para la época declara inaplicable una norma de rango inferior por ser contraria a la constitución basándose en ideas propuestas años antes por Alexander Hamilton en “El Federalista” sobre la supremacía constitucional. Para Hamilton la sola existencia de la constitución no era suficiente para garantizar su rango de norma superior si no que se debía aplicar cuando fuese necesario, permitiendo proteger de mejor manera los derechos y libertades de los ciudadanos frente a leyes o actos que atentaran contra lo declarado en la carta fundamental. A este modelo de control se le denominaría un control difuso (Cervantes, 1996, p.357).

La recepción de estas ideas tardará en llegar a Europa de manera definitiva ya que solo a partir de postulados de Hans Kelsen se comenzará a introducir de manera gradual en los sistemas políticos y en las constituciones de Europa. Kelsen postulaba que este debería ser un tribunal independiente de los demás poderes del estado de carácter concentrado. "La aplicación de la constitución con respecto del resto de la legislación solo puede garantizarse cuando se confía a un organismo distinto del que las creó" (Cervantes, 1996, p. 358). Finalmente, Kelsen logra plasmar estas ideas en la constitución de Austria de 1920 la cual le fue encargada por el canciller Karl Renner y en donde se establece la creación de un Tribunal Constitucional.

A partir de la segunda mitad del siglo XX se comienza a desarrollar una tendencia a establecer tribunales constitucionales en Europa y Latinoamérica así, por ejemplo, podemos encontrar el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, el Consejo Constitucional de Francia, los tribunales constitucionales de España, Perú y Bolivia, y la Corte Constitucional de Colombia.

Solo para tener de referencia es pertinente revisar algunos de estos en las materias que importan para el presente trabajo

El caso del Tribunal Constitucional Italiano es sin duda uno de los que se debe analizar ya que nos demuestra el carácter político de este órgano y como esto influye en su funcionamiento e integración. Este tribunal fue incorporado al ordenamiento jurídico del país europeo mediante la Constitución de 1948 la cual fue promulgada en un contexto complejo tanto a nivel nacional como internacional. A nivel local el país se encontraba a un dividido en lo político por la guerra y devastado

en lo económico debido a la destrucción de una gran cantidad de fábricas e industrias que sustentaban la producción del país. (De Nardi, L., y Mura, S, 2023, pp. 3-5)

Es en este difícil escenario que se toma la decisión de escribir una nueva carta magna que le permita a Italia dejar atrás los efectos del régimen totalitario de Mussolini por lo que la nueva constitución plantea un nuevo paradigma basado en la separación de poderes, la democracia, la soberanía del pueblo y la igualdad tanto en un sentido formal como material. La primera parte de este texto consagra derechos civiles, políticos y sociales de forma extensa principalmente motivado por el recuerdo del fascismo que suprimió y atropello de manera constante gran parte de estos derechos. La segunda parte establece el ordenamiento de la república, la orgánica fundamental para el funcionamiento del Estado y dentro de ella se incluye el Tribunal Constitucional. (De Nardi, L., y Mura, S, 2023, pp. 10-14)

El Tribunal Constitucional Italiano se conforma por 15 jueces designados de la siguiente manera: 5 serán nombrados por el presidente de la República, 5 serán nombrados por el Parlamento en sesión conjunta, 3 serán nombrados por la Corte de Casación, 1 será nombrado por la Corte de cuentas y 1 será nombrado por el Consejo de Estado. Pese a que la constitución fue promulgada en 1948, La primera sesión del tribunal fue el 23 de abril de 1956, esto debido a que el parlamento no consiguió llegar a un acuerdo respecto de los 5 jueces que debían nombrar reflejando la división interna del país influenciada tanto por las consecuencias de la guerra como por el nuevo escenario internacional de la guerra fría. (De Nardi, L., y Mura, S, 2023, pp. 15-20)

La Constitución Española de 1978 establece en su Título IX arts. 159 y ss. La creación de un tribunal constitucional compuesto por 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. Todos se designarán por 9 años. Las competencias relevantes del tribunal para efectos de este trabajo son:

*Art. 161: 1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:*

*a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la*

*jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.*

*Art. 162: 1. Están legitimados: a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.*

*Art. 163: Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.*

La Constitución Política de la República de Colombia de 1991 establece en el capítulo 4 artículos 239 y ss. La creación de una corte constitucional compuesta por número impar de miembros que determine la ley. En su integración se atenderá el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del Derecho. Las competencias relevantes de la corte para efectos de este trabajo son:

*Art. 241: A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:*

*4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.*

*8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.*

La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009 establece en el capítulo sexto arts. 196 y ss. La creación de un Tribunal Constitucional Plurinacional el cual tiene por objetivo velar por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales. (art. 196 inc.1). Se establece además que, en su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus

documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto. (art. 196 inc. 2). Las competencias relevantes del tribunal para efectos de este trabajo son:

*Art. 202: Son atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, además de las establecidas en la Constitución y la ley, conocer y resolver:*

*1. En única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales. Si la acción es de carácter abstracto, sólo podrán interponerla la presidenta o presidente de la República, Senadoras y Senadores, Diputadas y Diputados, Legisladores, Legisladoras y máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas.*

*7. Las consultas de la presidenta o del presidente de la República, de la Asamblea Legislativa Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental sobre la constitucionalidad de proyectos de ley. La decisión del Tribunal Constitucional es de cumplimiento obligatorio.*

## V. El Tribunal Constitucional Chileno

Dentro de nuestra historia institucional debemos remontarnos a la constitución de 1833 para encontrar el primer antecedente o una leve referencia un tipo de control. El artículo 164 de dicha constitución contempla que solo el congreso podrá interpretar los artículos de la constitución cuando surjan dudas sobre la inteligencia de las disposiciones contenidas en el texto.

*Art. 164. Sólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 i siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno de sus artículos.*

Pese a esta breve referencia, esta constitución no contempla otros aspectos importantes en materia de mecanismos de control como, por ejemplo, el control de constitucionalidad de las leyes, la jurisdicción constitucional, etc. Es por esto que se ha señalado que en este periodo los jueces carecían de la facultad de declarar inaplicable algún precepto legal y solo se debían de ocuparse de aplicar la ley fuera esta buena o mala o incluso si fuera contraria a la constitución (Navarro, 2016, p.14).

Posteriormente la inestabilidad política de principios del siglo XX y las malas condiciones de vida llevan al sistema político a entrar en una crisis la cual solo se resuelve con la dictación una nueva constitución en 1925. En dicho texto se estableció por primera vez el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad el cual le permitía a la Corte suprema realizar un examen de convencionalidad de una ley en un caso particular y dejar sin efecto dicha ley, pero solo para el caso concreto, es decir, carecía de efecto erga omnes. Este recurso podía ser interpuesto en cualquier estado del juicio y no suspendía su tramitación (Navarro, 2016, p.14).

*Art. 86: La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los Tribunales de la Nación, con arreglo a la ley que determine su organización y atribuciones.*

*La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere entre otro Tribunal, podrá declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución.*

*Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación. Conocerá, además, en las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los Tribunales de Justicia que no correspondan al Senado.*

En 1970 el presidente Eduardo Frei Montalva envía al congreso nacional un proyecto de ley que reformaba la constitución en variados aspectos y uno de estos es la creación de un tribunal constitucional. Dicho proyecto fue finalmente promulgado el 21 de enero de 1971 y establecía que el Tribunal Constitucional estaría integrado por cinco ministros que ejercerán por un periodo de cuatro años pudiendo ser reelegidos, tres de estos ministros serán designados por el presidente de la república con acuerdo del senado y los otros dos ministros serán designados por la Corte Suprema de entre sus miembros. El quorum para sesionar será de tres ministros y los acuerdos se adoptarán por la mayoría de los votos emitidos. (García, G., y Contreras, P, 2014, pp.892-893)

La ley 17.284 que crea el tribunal constitucional establece que el tribunal tendrá las siguientes atribuciones:

- a) Resolver cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso. el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de más de un tercio de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley, además el requerimiento no suspenderá la tramitación del proyecto; pero la parte impugnada de este no podrá ser promulgada
- b) Resolver cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley.
- c) Resolver cuestiones sobre constitucionalidad suscitadas con relación a la convocatoria al plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones correspondientes al Tribunal Calificador de elecciones.
- d) Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designado ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones.
- e) Resolver los reclamos en caso de que el presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda.
- f) Resolver las contiendas de competencia que determinen las leyes.

Este tribunal tendrá finalmente una breve existencia ya que en 1973 se produce el golpe de estado y la junta militar mediante el decreto ley 119 del 5 de noviembre de 1973 decide disolver el tribunal constitucional acabando con cualquier tipo de mecanismo de control y reafirmando el gran

poder con el que contaba la junta militar al disolver también el congreso nacional y concentrando en esta junta las facultades del poder ejecutivo consolidando un poder de facto con grandes facultades y sin ningún tipo de contrapeso, todas estas características claves de cualquier dictadura por lo que mantener activo al tribunal carecía de cualquier tipo de sentido. La restauración del tribunal constitucional se producirá con la promulgación de la constitución de 1980 la cual establece en su capítulo VIII que se creara un nuevo tribunal constitucional integrado por siete miembros los cuales durarán ocho años en sus funciones, el quorum para sesionar será de cinco ministros, los acuerdos se adoptaran por mayoría simple (García, G., y Contreras, P, 2014, pp.892-893).

Los ministros serán designados de la siguiente manera:

- a) Tres ministros de la Corte Suprema, elegidos por esta, por mayoría absoluta, en votaciones sucesivas y secretas
- b) Un abogado designado por el presidente de la republica
- c) Dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional (COSENA)
- d) Un abogado elegido por el senado por mayoría absoluta de los senadores en ejercicio

Las atribuciones más relevantes que posee este tribunal para efectos de este trabajo son:

Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de leyes que interpreten algún precepto de la constitución y resolver cuestiones que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del congreso. Ambas atribuciones constituyen controles preventivos de constitucionalidad de la ley.

La Ley Orgánica Constitucional del TC promulgada en 1981 establece que el tribunal es un órgano del estado, autónomo e independiente de toda otra autoridad o poder, puede cuestionarse dicha independencia entre otras cosas por la presencia de ministros designados por el COSENA. Además, establece en el artículo 11 que los ministros no serán responsables de las decisiones, decretos e informe que expidan en ejercicio de sus funciones, en este sentido Gómez señala: Si el TC ha sido previsto, principalmente, para resolver conflictos entre los poderes colegisladores y para controlar la producción normativa de ese poder no es prudente facultar a algunos de esos órganos colegisladores para destituirlos (Gómez, 1997, p.131).

Por su parte el control represivo de constitucionalidad mediante el recurso de inaplicabilidad fue desde 1980 atribución de la Corte Suprema según el artículo 80 de la carta fundamental:

*Artículo 80. La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicables para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento.*

En el año 2005 se promulga la ley 20.050 la cual viene a reformar una parte importante de la constitución de 1980 con el fin de integrar estándares democráticos tanto al sistema político como al estado en general y así dejar atrás la influencia de la dictadura y lo que se denominó como “enclaves autoritarios” los cuales continuaban vigentes pese a que formalmente ya habían transcurrido quince años desde el término de la dictadura. Dentro de estas modificaciones se encuentran, por ejemplo, el fin de los senadores vitalicios, se fortaleció a la cámara de diputados como ente fiscalizador, las fuerzas armadas dejaron de ser garantes de la institucionalidad, se redujo el periodo presidencial de seis a cuatro años sin posibilidad de reelección, etc.

El tribunal constitucional por su parte también fue objeto de estas reformas ya que se transfirió el conocimiento de los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad desde la Corte Suprema hasta el TC concentrando definitivamente en un solo órgano todas las funciones de control de constitucionalidad tanto preventivo como represivo, adicionalmente se le entregaron otras atribuciones como, por ejemplo, realizar el control de constitucionalidad de tratados internacionales sometidos a la aprobación de congreso y realizar el control de constitucionalidad de auto acordados pronunciados por el TRICEL, la CS o las Cortes de Apelaciones (Navarro, 2008, p. 332)

Otro cambio importante se refiere a la integración del TC ya que desde entonces son diez los ministros integrantes y el COSENA ya no tiene la facultad de nombrar a dos ministros, el presidente de la república pasa de nombrar a un ministro a nombra a tres, el congreso nacional ahora nombrara a cuatro ministros de los cuales dos serán nombrados directamente por el senado y los otros dos serán previamente propuestos por la cámara de diputados y la Corte Suprema nombrara a tres ministros los cuales a diferencia de la integración anterior no podrán ser ministros de la propia corte sino que deben ser abogados externos a esta.

## VI. Análisis crítico de sentencias

A continuación, analizaremos cinco sentencias del Tribunal Constitucional en las que se evidencia el conflicto político que genera la errónea aplicación del control preventivo de la ley y su relación con la objeción democrática.

### Caso SERNAC

Uno de los momentos más controversiales de la senda del Tribunal Constitucional como “tercer legislador” de nuestro país, fue en el caso a la reforma de la ley 19.496 sobre la protección de los derechos de los consumidores, en la que la ex Presidente de la República de Chile, Michelle Bachelet Jeria, presentó un proyecto que venía a dar una nueva forma al Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), debido a que como dice el Mensaje N°141-362/ este proyecto viene a: “constatar que el sistema carece de herramientas disuasorias suficientes y de formas eficaces de resolver conflictos que afectan a una gran cantidad de chilenos, especialmente en el ámbito de sus intereses individuales.”

Pues, en el núcleo de este proyecto “consiste en procurar una protección de los derechos de los consumidores más moderna, ágil y eficiente. De esta manera, se propone la introducción de modificaciones que tienen por objeto generar los incentivos adecuados a fin de que los conflictos que afectan a una gran cantidad de ciudadanos en el tráfico económico se resuelvan dentro de plazos razonables.”

Por lo que el proyecto de reforma del SERNAC venía a fortalecer a este órgano administrativo, a darle atribuciones jurisdiccionales, a fortalecer a las asociaciones de consumidores, a incrementar los montos correspondientes a las multas por infracción a la normativa de protección de los derechos de los consumidores, a reparar íntegramente los daños causados a los consumidores y a aumentar los plazos de prescripción extintiva de acciones que persiguen la responsabilidad contravencional.

El proyecto pasó por la Comisión de Economía, Fomento; Micro, Pequeña y Mediana Empresa; Protección de los Consumidores y Turismo, por la Cámara de Diputados y Senadores, siendo ampliamente aprobadas por todas estas instituciones del Congreso, pero el Tribunal Constitucional por la vía de un “tégase presente de la Cámara Nacional de Comercio”, revisó normas que no son orgánicas constitucionales y que tampoco lo revisó por un requerimiento del propio Congreso, tal como lo indica la carta magna.

Por tanto, el 18 de enero de 2018, el Tribunal Constitucional dictó sentencia en el procedimiento de control preventivo de constitucionalidad del proyecto de ley (Boletín N°9369-03) que modifica la Ley N°19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. En este pronunciamiento, el Tribunal declaró inconstitucionales las siguientes potestades que el proyecto le entregaba al SERNAC, las cuales fueron:

- a) Pues en la sentencia del Tribunal Constitucional se declaró inconstitucional las facultades jurisdiccionales que le permitía al SERNAC sancionar a los proveedores de forma directa, sin necesidad de acudir a un tribunal, tal como lo son los Juzgados de Policía Local. Esto, por considerar que estas atribuciones atentan contra el principio de separación de funciones, la imparcialidad y la legalidad de los tribunales, como así en el derecho a un debido proceso.

Como lo indica la misma sentencia, “de admitirse que un órgano administrativo pueda ejercer funciones jurisdiccionales, en este caso tampoco podría hacerlo el Servicio Nacional del Consumidor, por no reunir los requisitos previstos al efecto por la jurisprudencia de este Tribunal, en el sentido de que, en todo caso, debe tratarse de un tercero independiente e imparcial”. En efecto, el SERNAC hubiese actuado como juez y parte teniendo facultades fiscalizadoras y sancionadoras, lo que para el TC no le parece adecuado, ya que estaría extralimitándose de las facultades de este órgano administrativo debe poseer, lo que le estaría quitando lugar a los Juzgados de Policía Local, en que estos ven este tipo de causas que son más cercanas a la gente y que no piden un abogado patrocinante.

- b) Además, se determinó que las facultades normativas que el proyecto concedía al SERNAC son inconstitucionales, pues estas facultades permitían a este servicio emitir normas e instrucciones de carácter general y obligatorio, lo que se consideró que estas atribuciones eran muy amplias e ilimitadas, tal como lo indica en el considerando cuadragésimo segundo de la sentencia del Tribunal Constitucional que indica que: “sin encuadrar precisamente cuál habría de ser su contenido esencia ni delimitar quiénes serían los destinatarios compelidos a su cumplimiento. Aparece vulnerado, así el artículo 19 N°26 de la Carta Fundamental que garantiza la reserva legal en materia de derechos fundamentales”. Debido a que: “no se sostiene en derecho, puesto que las relaciones jurídicas entre proveedores y consumidores deben regirse únicamente por las normas legales que las regulen”. lo que deja en evidencia que para el magistrado constitucional

que para este tipo de órgano administrativo en particular no debe tener este tipo de alcance para la sociedad, lo que generaría controversia, ya que sí hay otros órganos de la Administración del Estado que tiene estas facultades de crear normas de carácter general y obligatorias.

- c) Finalmente, se determinó que es inconstitucional la facultad del SERNAC de solicitar información y antecedentes de otros organismos de la Administración del Estado, incluso si esta información es secreta o reservada de cualquier persona, ya que se debe a que dicha atribución como lo indica el considerando cuadragésimo tercero: “tiende a desnaturalizar el régimen previsto en el inciso segundo del artículo 8° de la Carta Fundamental, tanto por contravenir la garantía al respeto y protección a la vida privada.”

En todo lo demás del proyecto de reforma de ley se estimaron constitucionales y se mantuvieron incólumes. Por lo tanto, se mantendrán las siguientes modificaciones introducidas por el Proyecto correspondiente al Boletín N°9.369-03: el aumento de multas, el cambio en los plazos de prescripción, las modificaciones a los procedimientos colectivos, la procedencia del daño moral colectivo, y la indemnización directa y automática en el caso de suspensión injustificada de servicios básicos, entre otras materias.

Esta sentencia del magistrado constitucional generó una ola de críticas y controversias desde diferentes esferas de la sociedad, ya que se indicaba que se está extralimitando de sus facultades y que también con los argumentos dados por este órgano no se condice con lo que sucede con otros órganos estatales, como el Servicio de Impuesto Internos (SII) y la Dirección del Trabajo (DT), en que también son jueces y parte de sus causas, tal como iba a venir a hacer el SERNAC, como también por otro lado, lleva cuestionarse si este órgano constitucional debe actuar como una tercera cámara dejando sin efectos la parte medular de una reforma de ley aprobada ampliamente por el Congreso.

La principal crítica de la doctrina a este fallo, más allá de la poca profundidad de los argumentos expuestos en la sentencia, apunta a que el Tribunal Constitucional considera de manera errada que la potestad sancionadora tendría un carácter jurisdiccional y no un carácter administrativo como realmente sucede, es por esto que se señala que: “cabe tener presente que el acto terminal que dicte un órgano administrativo carece de los efectos propios de las sentencias judiciales, como es el efecto de cosa juzgada, característica esencial que nos permite deslindar las potestades administrativas de las jurisdiccionales.” (Helfmann, C., y Gómez, R., 2019, p.195)

## Caso titularidad sindical

Sobre el TC como órgano activista o tercera cámara legislatadora, se han presentado otras sentencias controversiales en el segundo periodo de la presidenta Bachelet sobre los temas en los que está involucrado este órgano judicial. Entre estas tenemos la de la reforma laboral rol N° rol N.º 3016-2016, proyecto en el cual se tenían como objetivo cambiar la titularidad para ejercer el derecho a negociar colectivamente, la extensión del derecho y practica antisindical, el derecho de las organizaciones sindicales para requerir información de los trabajadores, por último, la negociación colectiva con sindicatos interempresa.

“Claramente no resulta lo mismo afirmar que la titularidad del derecho fundamental es del trabajador o de la organización sindical, debido a que al establecer la titularidad del derecho a la negociación colectiva en el sindicato se está trasladando dicha titularidad desde una persona natural a una organización sindical que técnicamente es un sujeto de derecho diverso, atendido que corresponde a una persona jurídica de derecho privado distinta de los miembros que lo componen, lo que es una afectación del derecho en su esencia. Es decir, se estaría privando el ejercicio pleno del derecho.”(Morales, 2024, p.8)

Los argumentos esgrimidos por parte del TC fueron los siguientes: (Diario constitucional, 2016)

- a) Que respecto al capítulo primero de la sentencia el cual versa de la titularidad que tiene los trabajadores para negociar colectivamente, en el cual establecen que existe una infracción al artículo 19 n°16 de la constitución política en cuanto a que la representación o intermediación no puede verse limitado o prohibido de manera tan drástica de la cual afectaría la posibilidad de negociar colectivamente los trabajadores.
- b) Así mismo, en el capítulo segundo en relación con la extensión de derecho de los beneficios derivados de la negociación colectiva el TC señala que se hay una infracción al artículo 19 n°19 esgrimiendo que el proyecto afecta la esencia del derecho protegido.
- c) En el capítulo tercero de esta sentencia el TC señala que esta parte del proyecto afecta la igualdad de trato, la libertad de contratación y la libre iniciativa económica.
- d) Por último, en cuanto al capítulo cuarto respecto de los sindicatos interempresas seria rechazado por el hecho de que permite la intromisión de un ajeno en la empresa.

También “La titularidad sindical, en los términos establecidos en el proyecto aprobado originalmente, y en los casos en que exista un sindicato en la empresa, transforma a estos en dueños de un monopolio absoluto, toda vez que se fija por ley que sólo estas organizaciones son capaces de representar los intereses colectivos de los trabajadores independientemente del derecho a la libertad de conciencia de cada trabajador respecto de las ideas y convicciones, políticas, religiosas o económicas” (Morales, 2024, p.8).

Respecto a este proyecto de reforma laboral en cual veía beneficios hacia los trabajadores recién sindicalizados el TC realiza un control preventivo de este en el cual, se pasa a llevar el órgano legislativo que en este caso es el congreso nacional, debido a que si recordamos la teoría del control y lo que significa este en la estructura social, es un límite que existe entre los poderes que conforman el estado, siendo la sentencia rol N° 3016-2016 un claro ejemplo en cómo se transgrede de cierta forma por parte de este órgano el equilibrio del control.

Asimismo, vemos un órgano que no se encuentra dirigido a regular la discusión que en la esfera política zanjando discusiones de dicha esfera no permitiendo de cierto modo este intercambio político que se debe dar por parte del órgano legislativo.

## Caso requisitos de la gratuidad en la ley de presupuesto 2016

Siguiendo esta línea en donde el TC resolvió cuestiones políticas con su control preventivo, por ejemplo, tenemos la STC rol N.o 2935-2015 en el que se impugna la ley de presupuesto del año siguiente por contener el beneficio de la gratuidad y los requisitos para que los estudiantes se designen con el beneficio. “El requerimiento, interpuesto por más de una cuarta parte de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados a partes de una serie de glosas introducidas a la ley de presupuesto del 2016, se realiza en torno a una petición principal y una subsidiaria. Dichas glosas contenían, simplificando al extremo el concepto, una serie de regulaciones dirigidas a establecer el acceso gratuito a la educación superior para los estudiantes en cierta condición vulnerable” (Aldunate, 2016, p.230).

Por lo cual, el organismo del TC impugna por medio de un control represivo el declarando inconstitucional los requisitos de asignación del beneficio de gratuidad, además los magistrados aducen que el control realizado en este caso no afectaría la deliberación democrática, y que este tipo de proyecto no deben ser abordados en una ley de presupuesto.

Siendo que "se concluye en esta parte, la circunstancia de que existirían otros casos en que a través de glosas en leyes de presupuestos se habrían implementado normas semejantes a las que ahora se reprochan, no es óbice para que el Tribunal Constitucional declare que las disposiciones puestas en esta oportunidad bajo su conocimiento son inconformes con la Carta Fundamental." (Diario Constitucional, 2015)

Este órgano habría declarado que respecto de los requisitos de asignación del beneficio se produciría una discriminación arbitraria afectado así el derecho a la igualdad.

De esta forma se puede ver nuevamente en cuanto al control preventivo que realiza el TC como un órgano jurisdiccional y no uno legislativo si estaría interviniendo en la deliberación democrática que se debería realizar por medio de un órgano representativo de la ciudadanía como lo es el congreso nacional para mantener el equilibrio en la limitación de poderes del estado.

También se aprecia la forma de interpretación del TC mediante la forma en que se concibe el Estado y cual principios predominan. "Si el constitucionalismo chileno concibe el estatuto del Estado empresario como lo hace, se debe exclusivamente a una dogmática constitucional que lo ha interpretado a partir de ciertos principios (subsidiariedad) en desmedro de otros (solidaridad), en respuesta a sus propias opciones políticas" (Bassa,2013, p.20)

## Caso segundo retiro de fondos AFP

También tenemos la STC, rol N° 9797-2020 "sentencia en que declara inconstitucionalidad del proyecto de reforma constitucional que permitía segundo retiro del 10% de las AFP." En la cual "La sentencia comienza por señalar que concluirá que el Proyecto de Ley de Reforma Constitucional contraría los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, en relación con los artículos 63, N° 14, y 65, inciso cuarto, N° 6, del propio texto supremo, dado que a ninguna magistratura o autoridad le está permitido apropiarse de las atribuciones radicadas en otro órgano del mismo Estado, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias" (Diario constitucional, 2020). En el cual se arguye que si bien no se están limitando las facultades de los parlamentarios y así la representación democrática de los ciudadanos aun así se declara en este proyecto la inconstitucionalidad de esta reforma.

Los argumentos esgrimidos para declarar esta reforma inconstitucional son: Tomando en consideración como argumento de esta que el parlamento se había atribuido competencias que

corresponden al presidente de la república, “aduce el Presidente de la República consagrados en los artículos 65 incisos tercero y cuarto N°1 y 6, toda vez que se crea una nueva regla de iniciativa legislativa a los parlamentarios en materia de administración financiera y presupuestaria del Estado, al incorporar una nueva regla de iniciativa parlamentaria en materia de tributos, específicamente una exención y, en este sentido, al incorporar una nueva regla de iniciativa en materia de seguridad social.” (Diario constitucional, 2020)

Así, se puede señalar como nuevamente el Tc mediante su control preventivo lleva esta limitación de poder que se dan entre los poderes del Estado al zanjar la discusión de que es de la esfera política lo resuelve un órgano jurisdiccional. También es relevante la “teoría constitucional (o su sensible ausencia) la que podría llegar a tener consecuencias en la jurisprudencia futura del Tribunal. Así, y luego de una breve sistematización de los posibles límites que puede tener la potestad de reforma, se caracteriza la sentencia desde el punto de vista de la teoría constitucional que la decisión recoge.” (Pardo, 2022, p.3)

Siguiendo esta misma línea, según Diego Pardo-Álvarez el cual afirma que hay una confusión entre los argumentos formales y los sustantivos “La inconstitucionalidad formal y la sustantiva, por cierto, fueron confundidas con insistencia por los abogados que sostuvieron, en apoyo a la Presidencia de la República, la tesis de la inconstitucionalidad del retiro del 10%. Esta confusión podría explicarse por la abierta incorrección del argumento de cara al art. art. 127, inc. 1 de la Constitución (2005), que afirma expresamente que: “Los proyectos de reforma constitucional podrán ser iniciados [...] por moción de cualquiera de los miembros del Congreso...”. Es decir, el argumento de la iniciativa exclusiva como límite procedimental de la potestad de reforma se encuentra descartado expresamente por la Constitución.” (Pardo, 2022, p.5)

## Caso controladores de universidades con fines de lucro

La última sentencia que analizaremos es la STC Rol N°4317-2018 la cual declara inconstitucional el artículo 63 y el artículo transitorio décimo octavo del proyecto de ley de educación superior, Boletín N° 10.783 - 04. Estos artículos modificaban de los requisitos para ser controlador de establecimiento de educación superior estableciendo que las instituciones de educación superior organizadas como personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro sólo podrán tener como controladores a personas naturales, personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro,

corporaciones de derecho público o que deriven su personalidad jurídica de éstas, u otras entidades de derecho público reconocidas por ley.

Además, se establecía que las instituciones reconocidas por el estado al momento de publicarse la ley tendrán un plazo de dos años para dar cumplimiento a lo establecido en este cuerpo legal.

El argumento jurídico del tribunal para declarar inconstitucional los artículos antes mencionados es que estos preceptos vulneran los artículos: 19 n°2 inciso 2 y 19 n°11 incisos 2 y 5, todos estos de la Constitución Política de la Republica. En primer lugar, se argumenta en el considerando 79 que la diferencia que hace la ley entre personas jurídicas y personas naturales es arbitraria ya que, a criterio de la corte, de manera no razonable se excluye a las personas jurídicas con fines de lucro sin un fundamento mayor más que solo su fin y no se excluye de la misma manera a las personas naturales con fines de lucro, vulnerando así el artículo 19 n°2 inciso 2.

Respecto al artículo 19 n°11 inciso 2 el Tribunal Constitucional arguye en el considerando 81 que imponer estas prohibiciones a la libertad de enseñanza vulnera el tenor literal de la norma citada ya que no se enmarca en ninguna de las cuatro hipótesis establecidas en la Constitución que permiten limitar la libertad de enseñanza, estas limitaciones solo se pueden establecer cuando se afecte a la moral, las buenas costumbres, el orden público o la seguridad nacional.

Siguiendo en este artículo, pero en el inciso 5, la norma establece solo se pueden establecer requisitos para el reconocimiento oficial de establecimientos educacionales mediante una Ley Orgánico Constitucional siendo que la ley impugnada había sido tramitada como una ley ordinaria.

Sin embargo, todos estos argumentos fueron tratados de manera acertada en el voto en contra de los ministros Carmona, García, Hernández y Pozo donde respecto al artículo 19 n°2 inciso 2 se establece en el considerando 83 del voto en contra que: “es confuso identificar una diferencia arbitraria en la distinción que se haría respecto de controladores que son personas jurídicas con fines de lucro y personas naturales con fines de lucro. Simplemente, las personas naturales no admiten tal distinción. Ellas simplemente son”.

Con respecto al artículo 19 n°11 inciso 5 los ministros argumentan en el considerando 77 que: “No estimamos que exista un vicio de forma cuando habiendo regularidad procedimental, buena fe en la tramitación y ausencia de reservas de constitucionalidad, no cabe incrementar ex post por el TC,

algo que las mayorías y minorías del Congreso Nacional no previeron teniendo instrumentos normativos para ellos. Por ende, no existe un vicio reconstruido retroactivamente”.

A pesar de toda esta discusión de fondo también surgieron críticas por parte de la doctrina con respecto a que un particular mediante un “téngase presente”<sup>1</sup> y la crítica a la actuación del tribunal en una materia de fondo que era fundamental para el proyecto político de la época, chocando nuevamente con el legislador e interviniendo en cuestiones de fondo.

## Reflexión final

Finalmente podemos plantear que el control preventivo del TC es un control que no es objetivo y sale de la esfera jurisdiccional. Las sentencias analizadas no son más que una prueba de como la interpretación originalista que se utiliza en Chile, como esta se ha dedicado a zanjar temas políticos y legislativos por la vía judicial. Y siguiendo a Bassa “De esta manera, se ha constreñido la labor legislativa a través del control de constitucionalidad y, de paso, la función de los estudiosos del derecho se ha limitado, por décadas, a la dogmática del texto escrito.” (2013, p. 16)

Así mismo, “El contenido de la decisión judicial también supone un cuestionamiento a la objetividad de la interpretación, no sólo porque es interpretable en sí mismo, sino porque pudo haber sido diferente sólo alterando algunos factores inherentes al sujeto, o bien, en la valoración que hizo de los materiales disponibles” (Bassa, 2013, p. 18). De esta forma el TC debería cuestionar la interpretación que se le está dando a la Constitución por parte del Congreso Nacional, pero no perdiendo la objetividad de esta, ni zanjando los temas que corresponde a la esfera política y legislativa. Considerando que en la interpretación de las normas no hay una única respuesta correcta más en las normas constitucionales por la apertura de estas.

De esta misma forma, “es posible afirmar que existe más derecho constitucional en los libros que en la Carta. En efecto, dado que la indeterminación del derecho es todavía más evidente en la apertura de las normas constitucionales, la interpretación es clave para la concretización de su contenido normativo que, en ningún caso, es autoevidente.” (Bassa, 2013, p. 18)

---

<sup>1</sup> Véase Bassa, J, y Mondaca, D. (2018)

También “La función de la Constitución es garantizar la apertura del sistema democrático, a través de la protección de aquellos mínimos necesarios para la convivencia pacífica. En el contexto de una democracia constitucional, una norma fundamental no puede cerrar el sistema a la discusión política para asegurar la permanencia de determinado proyecto político; por el contrario, debe garantizar la apertura para la concretización del contenido de los enunciados normativos” (Bassa, 2013, p.34)

Finalmente nos queremos quedar con la siguiente reflexión de Busch: “Todo tribunal constitucional ha de lidiar con el déficit de legitimidad democrática. Esto es particularmente delicado en el caso chileno, donde se ha cuestionado no sólo al órgano sino también a la Constitución que custodia. A pesar de lo anterior, las instituciones de apertura a la sociedad tienen un potencial deliberativo que podría desplegarse, incluso en el caso chileno, con sus particularidades. Sin embargo, para que esto suceda es necesaria una mirada atenta a las asimetrías, desigualdades y exclusiones que existen en la sociedad chilena y que atentan contra la deliberación democrática” (Busch, 2021, 178).

## Conclusiones

Primero: Como hemos visto el desarrollo de la teoría del control desde el siglo XVII hasta hoy nos ha permitido tener una base teórica sólida para analizar desde distintos puntos históricos e ideológicos la necesidad de controlar y delimitar el poder estatal mediante organismos como los Tribunales Constitucionales. Esto tuvo un impacto en el ordenamiento jurídico chileno que puede rastrearse desde la constitución de 1833, pasando por la constitución de 1925 y la posterior creación del Tribunal Constitucional en 1970 el cual solo estuvo en funcionamiento hasta 1973 para luego ser reinstaurado mediante la constitución de 1980.

Segundo: La reforma constitucional del año 2005 concentró en un solo órgano todas las funciones de control de constitucionalidad tanto preventivas como represivas y modificó la integración del tribunal aumentando la influencia de la discusión política en el tribunal. Esto como hemos analizado tuvo un gran impacto en la labor del tribunal el cual cada vez con más frecuencia zanja discusiones políticas de fondo en desmedro del debate democrático que se realizaba en el Congreso.

Tercero: Consideramos que es fundamental contar con un Tribunal Constitucional que resguarde la supremacía constitucional, pero la forma de interpretación originalista que realiza el Tribunal constitucional con las respectivas reformas constitucionales y las presentadas mediante el análisis de casos ha conformado que la constitución chilena se resiste a los cambios o una constitución pétrea. Sin embargo, los artículos de la constitución en si permiten una mayor apertura en tema de interpretación y la funcionalidad de esta, además de permitir la apertura democrática en vez de cerrarla como sucede con el TC y esta no debería cerrar la esfera de discusión.

Cuarto: Con respecto al análisis de las sentencias en el trabajo se puede establecer que el control preventivo de la ley que realiza el Tribunal Constitucional no es objetivo y sale de la esfera constitucional, cuando se supone que la interpretación de esta supone un cuestionamiento a la interpretación, pero no perdiendo la objetividad que debería mantener como órgano jurisdiccional y pasarse a la esfera más política que judicial. De esta forma el Tribunal Constitucional se dedica a constreñir el poder legislativo y zanjar discusiones de la esfera política por medio de la esfera jurisdiccional.

Quinto: Finalmente creemos que es necesario dar una nueva mirada al control preventivo de la ley que realiza el Tribunal Constitucional, en donde la labor de los jueces se centre no en cuestiones políticas

de fondo que son debatidas en el congreso, sino que se dirija a aspectos formales de la formación de la ley y así lograr que el tribunal tenga una actitud deferente con el legislador que nos permita dejar de lado el problema de la objeción democrática y de la legitimidad de las cuestionadas decisiones del Tribunal Constitucional

## Bibliografía

Alexy, R. (2005). Balancing, constitutional review and representation. *International Journal of constitutional law*, 3 (4). 572-581.

Aldunate Lizana, E (2016). Desglosando la igualdad constitucional reflexiones sobre la igualdad constitucional con ocasión de la sentencia del Tribunal Constitucional en Rol 2935-15,"glosa de gratuidad". *Anuario de Derecho público universidad Diego Portales*.

Aragón, M. (2002). *Constitución, democracia y control*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Bassa, Jaime. (2013). La pretensión de como una estrategia para obligar: La construcción de cierta cultura hermenéutica constitucional hacia fines del siglo XX. *Estudios constitucionales*, 11(2), 15-46.

Bassa, J, y Mondaca, D. (2018). Tribunal Constitucional: un téngase presente institucional. *La ley al día*

Bordalí, A. (2009). El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de Derecho - Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. 33(2), 263-302.

Buriticá, E. (2019). Interpretación constitucional, control judicial de la ley y desacuerdos. *Revista chilena de derecho*. 46(3), 869-891.

Busch, T., y Szmulewicz, E. (2020). Deliberación, legitimidad y organización interna de los tribunales constitucionales. una mirada desde Latinoamérica. *Revista De Derecho - Pontificia Universidad Católica De Valparaíso*, 54, 127-150.

Busch, T. (2021). Apertura, deliberación y legitimación. Posibilidades y tropiezos de la organización de la jurisdicción constitucional. En: C. Martínez y G. Scivoletto (coord.), *Estado de derecho y legitimidad democrática. Perspectivas, problemas y propuestas* (159-184). Editores del Sur

Cervantes, L. (1996). Los tribunales constitucionales en el derecho comparado, un estudio introductorio sobre sus antecedentes y situación jurídica actual. En: A. Cancado, C. Moyer y C. Zeledon (coord.), *Estudios básicos de Derechos Humanos VI* (356-389). Instituto Interamericano de derechos humanos.

De la Cruz, G; Ramírez, A; y Valenzuela, R (2021). El debate contramayoritario. Aproximaciones teóricas en Estado Unidos e Hispanoamérica. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 12(1), 57-77

De Nardi, L., y Mura, S (2023). Etapas y criticidades del desarrollo constitucional italiano republicano: notas históricas. *Revista De Historia - UDEC*, 1(30), hc369, 1-36

Diario constitucional. (22 de diciembre de 2015). *TC dicta sentencia que declaró inconstitucionalidad de requisitos para gratuidad incluidos en presupuesto de educación 2016*. <https://www.diarioconstitucional.cl/2015/12/22/tc-dicta-sentencia-que-declaro-inconstitucionalidad-de-requisitos-para-gratuidad-incluidos-en-presupuesto-de-educacion-2016/>

Diario constitucional. (10 de mayo de 2016). *TC entrega fundamentos de sentencia que acogió parcialmente requerimientos contra reforma laboral*. [https://www.diarioconstitucional.cl/2016/05/10/tc-entrega-fundamentos-de-sentencia-que-acogio-parcialmente-requerimientos-contra-reforma-laboral/#goog\\_rewarded](https://www.diarioconstitucional.cl/2016/05/10/tc-entrega-fundamentos-de-sentencia-que-acogio-parcialmente-requerimientos-contra-reforma-laboral/#goog_rewarded)

Diario constitucional. (30 de diciembre de 2020). *TC publica sentencia en que declara inconstitucionalidad del proyecto de reforma constitucional que permitía segundo retiro del 10% de las AFP*. <https://www.diarioconstitucional.cl/2020/12/30/tc-publica-sentencia-en-que-declara-inconstitucionalidad-del-proyecto-de-reforma-constitucional-que-permitia-segundo-retiro-del-10-de-las-afp/>

García, G., y Contreras, P (2014). *Diccionario Constitucional Chileno*. Tribunal Constitucional. Cuadernos del Tribunal Constitucional 55

Gargarella, R. (1997). La dificultad de defender el control judicial de las leyes. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 6, 55-70.

Gómez, G. (1997). La justicia constitucional en Chile. *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, 1, 121-156

Helfmann, C., y Gómez, R. (2019). Análisis del fallo SERNAC: El problema de la concentración de potestades publicas

Horvitz, M. (2007). Independencia de los jueces y estructura judicial. En: F. Atria y J. Couso (ed), *La judicatura como organización*, (125-142). Expansiva.

Huerta, C. (2001). *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Morales, S. (2024). Inconstitucionalidad de la titularidad sindical. *Libertad y desarrollo*. 1-4.

Navarro, E. (2008). La justicia constitucional chilena después de la reforma de 2005 (notas sobre la inaplicabilidad de las leyes y el recurso de protección), En: E. Ferrer y A. Zaldívar (coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador*

*del derecho Tomo III, jurisdicción y control constitucional* (327-349). Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Navarro, E. (2016). El Tribunal Constitucional y las Reformas Constitucionales de 2005. *Revista De Derecho Público*, 68, 11–31

Pardo Alvarez, D. (2022). Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Chileno que declara la inconstitucionalidad de la reforma constitucional que permite el retiro de fondos previsionales. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 1-14.

Silva, L. (2017). Acusación constitucional y garantía política de la supremacía constitucional. *Ius et Praxis*, 23(2), 213-250

Torres, J. (2014). Los paradigmas del control de poder y el principio de división de poderes. *Justicia Juris*, 10(1), 87-101

Valadés, D. (1998). *El control del poder*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Verdugo, S. (2013). La objeción democrática a los límites materiales de la reforma constitucional. *Actualidad jurídica XIV*, 28, 299-314

## Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional (2018). Control de Constitucionalidad del Proyecto de ley que otorga mayores atribuciones de fiscalización y sancionatorias a SERNAC. Rol n°4012-2017. Fecha: 18-01-2018

Sentencia del Tribunal Constitucional (2016). Control de Constitucionalidad del Proyecto de ley que buscaba modernizar el sistema de relaciones laborales. Rol n°3016-2016. Fecha: 09-05-2016

Sentencia del Tribunal Constitucional (2016). Control de Constitucionalidad del Proyecto de ley que establecía requisitos para acceder a la gratuidad universitaria. Rol n°2935-2015. Fecha: 21-12-2015

Sentencia del Tribunal Constitucional (2020). Control de Constitucionalidad del Proyecto de ley que autorizaba el segundo retiro de los fondos de pensiones de las AFP. Rol n°9797-2020. Fecha: 30-12-2020

Sentencia del Tribunal Constitucional (2018). Control de Constitucionalidad del Proyecto de Educación Superior. Rol n°4317-2018. Fecha: 26-04-2018