

FALLO REFORMA EDUCACIÓN SUPERIOR (2018): POTESTAD DEL TC PARA CALIFICAR EL CARÁCTER ORGÁNICO CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES ¿UN PODER ILIMITADO?

ANDRÉS VODANOVIC ESCUDERO

RESUMEN: este trabajo analiza la sentencia del Tribunal Constitucional (“TC”) recaída en el proyecto de ley sobre Educación Superior (rol N° 4317 de 2018), centrándose en el debate relativo a la potestad del TC para controlar la constitucionalidad de preceptos de la Ley Orgánica Constitucional no consultados por el Congreso Nacional. Examina, también, los argumentos ofrecidos –tanto por el voto de mayoría, como por la disidencia– respecto de la existencia y justificación de la potestad de recalificación del TC, y el modo en que esta fue ejercida concretamente respecto del artículo 63 del proyecto de ley, que prohibía la existencia de controladores con fines de lucro.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Breve síntesis del fallo. 3. Calificación del artículo 63 como materia de Ley Orgánica Constitucional. 4. Comentarios críticos a la sentencia: voto de mayoría y minoría. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Constitucional (“TC” o el “Tribunal”) dictada en control preventivo obligatorio del proyecto de Ley sobre Educación Superior¹ (en adelante, “Proyecto” o “Proyecto de Ley”), reabre un antiguo debate respecto de la potestad de recalificación del TC ejercida en casos de control forzoso de constitucionalidad del artículo 93 N° 1 de la Constitución Política de la República (“CPR”). En este trabajo, llamaré “*recalificación*” o “*potestad de recalificación*” al acto mediante el cual el TC modifica la calificación original que el Congreso Nacional ha realizado de un precepto contenido en un proyecto de ley, ya sea otorgando el carácter orgánico constitucional a una norma originalmente no calificada como tal

¹ *Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley sobre Educación Superior* (2018).

por el legislador, o bien negando dicha naturaleza atribuida inicialmente por el Congreso Nacional.

Esta discusión resulta crítica para el caso de la sentencia que comentamos, en tanto que el TC declaró inconstitucional un precepto que prohibía la existencia de controladores con fines de lucro (artículo 63 del Proyecto), valiéndose, para tal efecto, del ejercicio de la potestad para recalificar dicha norma como materia de Ley Orgánica Constitucional (“LOC”). Todo lo anterior, pese a que el Oficio remitido desde la Cámara de Diputados no solicitaba el control de constitucionalidad de dicho artículo².

Pese a tratarse de una potestad que el TC ha ejercido en forma constante durante los últimos 25 años, el fallo recibió duras críticas desde el mundo político y académico, las que incluso tuvieron alcances judiciales mediante la interposición de un incidente de nulidad de todo lo obrado, interpuesto por cerca de 17 conspicuos profesores de Derecho Público, quienes alegaban la falta de jurisdicción y competencia del TC para conocer del precepto declarado inconstitucional³. Las voces más críticas incluso han denunciado –refiriéndose al control de oficio de preceptos LOC por parte del TC– que nos encontramos frente a un Tribunal Constitucional “desatado”, es decir, frente a un órgano que *“está dispuesto a ignorar manifiestamente las limitaciones más obvias que buscan contener al menos los peores excesos de su poder insoportable”*⁴.

Así, más allá de los reparos dogmáticos que se pudieran esgrimir en contra del contenido de la sentencia que analizamos –es decir, si la prohibición de la existencia de controladores con fines de lucro

² El Oficio N° 13.758, de 26 de enero de 2018, solicitaba al TC ejercer el control de constitucionalidad respecto de las siguientes normas: letra e) del artículo 8; la letra b), el párrafo segundo de la letra i), y el párrafo segundo de la letra j), todos literales del inciso primero y, el inciso final del artículo 20; el artículo 34; el inciso primero del artículo 51; los números 1), 2), 4), 6), 8), 9), 25), 39) y 40) del artículo 81; el artículo 101; los números 1), 2), 3), 4), 5) y 6) del artículo 119; y el número 14) del artículo 120, todos preceptos permanentes, y el artículo segundo transitorio, del proyecto de ley.

³ Con fecha 20 de abril de 2018, se presentó un incidente de previo y especial pronunciamiento de nulidad de lo obrado, patrocinado por los abogados Matías Guiloff Titiun, Domingo Lovera Parmo y Carlos Cáceres Burgos. Con fecha 23 de abril de 2018, se hicieron parte y adhirieron a dicho incidente de nulidad los parlamentarios: Senador Juan Ignacio Latorre, y los diputados Diego Ibáñez Cotroneo, Natalia Valentina Castillo Muñoz, Kenneth Giorgio Jackson Drago y Camila Rojas Valderrama.

⁴ ATRIA y SALGADO (2018).

vulneraba o no derechos fundamentales– el grueso de las críticas se dirigió respecto al ejercicio por parte del TC de la potestad de recalificación del artículo 63 del Proyecto como materia propia de LOC. En otras palabras, se le reprocha principalmente al TC el hecho de *haber actuado*, más que el resultado de su actuación.

No obstante que varios constitucionalistas de nuestro medio se han manifestado a favor de eliminar el control forzoso de constitucionalidad, así como de suprimir las leyes orgánicas constitucionales⁵ –juicio que es compartido por el suscrito–, no pierde vigencia reflexionar sobre el modo en que el TC ejerce actualmente sus potestades jurisdiccionales, y el grado de justificación con que lo hace.

Este trabajo esbozará brevemente, en primer lugar, el problema teórico respecto de la potestad del Tribunal Constitucional para controlar –y, como en este caso, declarar inconstitucional– preceptos no consultados por el Congreso Nacional, por estimar que estos comprenden materias que el Constituyente ha reservado a una ley orgánica constitucional. Luego, se examinarán críticamente los argumentos ofrecidos por el TC (tanto en el voto de mayoría como en el voto disidente), respecto de la potestad de recalificación del TC y del carácter orgánico constitucional del artículo 63 del Proyecto. Finalmente, se expondrán sintéticamente las conclusiones obtenidas.

2. BREVE SÍNTESIS DEL FALLO

La sentencia que comentamos declaró que la expresión “*sin fines de lucro*” contenida en la quinta línea del artículo 63 del Proyecto, la expresión “*y de forma supletoria, por las disposiciones del título XXXIII del libro I del Código Civil*”, contenidas en el mismo artículo 63, y el guarismo “63”, contenido en el artículo décimo octavo transitorio, eran contrarias a la Constitución⁶, y, en consecuencia,

⁵ SIERRA, Lucas (edit.) (2015), p. 287.

⁶ A este respecto, y en extrema síntesis, el voto de mayoría estimó que el artículo 63 vulneraba la Carta Fundamental arguyendo: (i) Que, en primer lugar, la norma infringe el artículo 19 N° 2 de la Constitución, al establecer una discriminación arbitraria en contra de las personas jurídicas con fines de lucro, puesto que la prohibición de operar como controladores se les aplica únicamente a ellos, y no a otras personas de igual naturaleza (personas naturales con fines de lucro) (considerandos 78° y 79°); (ii) Que, por otra parte, la exclusión de los controladores con fines de lucro implica la afectación de derechos adquiridos, en tanto el artículo 63 impone un nuevo requisito para la creación

debían eliminarse del texto del proyecto de ley sometido a control preventivo de constitucionalidad⁷.

Dicha declaración de inconstitucionalidad, así como la determinación del carácter orgánico constitucional del artículo 63 del Proyecto, contó con el voto favorable de seis ministros⁸ (en adelante, “voto de mayoría”), contra cuatro que consignaron su disidencia⁹ (en adelante, “voto de minoría”). Además, se formularon las siguientes prevenciones:

- Prevención de los Ministros Aróstica, Peña, Brahm y Letelier¹⁰: quienes estuvieron por declarar la inconstitucionalidad el ar-

y reconocimiento oficial de IES, alterando la situación jurídica y los derechos adquiridos de tales instituciones, afectando en su esencia las garantías constitucionales de educación y asociación (artículo 19 N° 26) (considerando 80°); (iii) Que, seguidamente, sujetar una actividad a una regulación significa establecer la forma o normas conforme a las cuales debe realizarse, pero en caso alguno puede ser que bajo el pretexto de regular se llegue a impedir el ejercicio de una actividad o se afecte su esencia, por infringir el artículo 19 N° 26 de la Constitución; (iv) Que, en efecto, el artículo 63 afecta el contenido esencial de la libertad de enseñanza, consistente en el derecho a “organizar” establecimientos educacionales, en términos amplios e indisponibles por el legislador. Tal derecho implica “*la facultad connatural para determinar las condiciones y requisitos que deben cumplir quienes integran su estructura organizacional*” (considerando 96°); (v) Que, además, la prohibición que crea el artículo 63 no se encuadra dentro de las únicas cuatro causales constitucionales (artículo 19 N° 11, inciso segundo) que autorizan al legislador para introducir limitaciones a la libertad de enseñanza (“la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional”) (considerando 81°); (vi) Que, en efecto, el artículo 63 crea una prohibición que no es posible reconducir a ninguna de las cuatro causales de limitación antedichas, en tanto esta se basa, erróneamente, en la suposición (sospecha) de que el lucro que persigue el controlador se ha de comunicar necesariamente a la entidad de la cual es parte, cuestión que no se sigue lógicamente (considerando 99°); (vii) Que, por el contrario, habrían buenas razones para permitir (en lugar de prohibir) la participación de controladores con fines de lucro, puesto que “[e]l propósito de expresar un ideario proclive a la libre empresa o de instituir casas de estudios superiores en materia de negocios, por caso, no solamente resultan plenamente compatibles con la Constitución, sino que son objetivos que también conciben con una sociedad más pluralista y democrática” (considerando 101°); (viii) Que, junto con lo anterior, el artículo 63° infringe la normativa general que rige al derecho de asociación garantizado en el artículo 19, N° 15°, de la Constitución, cuya única limitación, nuevamente, se halla en la moral, al orden público y a la seguridad del Estado (considerando 90°).

⁷ Declaración N° 3.

⁸ Ministros Iván Aróstica Maldonado (Presidente), Marisol Peña Torres, Juan José Romero Guzmán, María Luisa Brahm Barril, Cristián Letelier Aguilar, y José Ignacio Vásquez Márquez.

⁹ Ministros Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza y Nelson Pozo Silva.

¹⁰ *Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley sobre Educación Superior* (2018), pp. 84-86.

- título 63, además, por razones de forma, por no cumplirse el *quorum* de votación (4/7) exigido por el artículo 66 de la CPR;
- Prevención del Ministro Romero¹¹, quien concurre a la sentencia agregando consideraciones respecto a las atribuciones del TC en el control obligatorio de LOC (artículo 93 N° 1), y a la inconstitucionalidad de fondo del artículo 63;
 - Prevención del Ministro Letelier¹², quien concurre al fallo agregando consideraciones sobre la inconstitucionalidad de fondo del artículo 63, en base a la autonomía de los cuerpos intermedios, el principio de subsidiariedad y el derecho a la libertad de enseñanza.

Cabe mencionar, en tanto interesa al objeto de este trabajo, que una serie de artículos fueron calificados como ley orgánica constitucional en empate de votos, con el voto dirimente del Presidente del Tribunal¹³. Este no fue el caso del artículo 63 del Proyecto, el cual, como se sostuvo, fue declarado LOC con el voto conforme de seis Ministros.

3. CALIFICACIÓN DEL ART. 63 COMO MATERIA DE LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL

El artículo 63 del Proyecto que prohibía la existencia de controladores sin fines de lucro¹⁴, según se mencionó, no fue consultado por el Congreso Nacional para efectos del control obligatorio que

¹¹ *Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley sobre Educación Superior* (2018), pp. 87-92.

¹² *Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley sobre Educación Superior* (2018), pp. 94-96.

¹³ En efecto, tal es el caso de los artículos 2, literales f) y g); 19, segunda parte; 20, literal d); 51, inciso quinto; 64; 65; 66; 67; 68; 69; 70; 71; 72; 73; 74; 75; 76; 77; 80; 88, inciso cuarto; 90; 91; 92; 93; 94; 120, N °2, literal a); trigésimo tercero transitorio; y, trigésimo octavo transitorio, del proyecto de ley.

¹⁴ Dicho artículo, en su versión enviada al TC mediante oficio remitido, disponía que: *“Las instituciones de educación superior organizadas como personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro solo 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 estas, u otras entidades de derecho público reconocidas por ley. Tales instituciones se registrarán por las normas de la presente ley y las normas especiales aplicables a la educación superior, y de forma supletoria, por las disposiciones del título XXXIII del libro I del Código Civil”*.

realiza el TC de conformidad al artículo 93 N° 1 de la CPR. Es decir, llamado a calificar el carácter de ley orgánica constitucional de las normas contenidas en el Proyecto de Ley sobre Educación Superior, el Parlamento optó por no conferir dicha calificación al artículo 63, excluyéndola del repertorio de normas susceptibles ser controladas por el TC. Es decir, a juicio del Congreso, el artículo 63 era materia de ley simple.

Contrariando tal decisión, el TC recalificó la naturaleza del artículo 63 por estimar que este abarcaba materias reservadas a la legislación orgánica constitucional a la que se refiere el artículo 19, N° 11, inciso quinto de la CPR. De tal modo, el Tribunal activó su potestad para controlar el referido precepto, declarando, luego, su inconstitucionalidad.

Lo anterior, según veremos, supone dos problemas teóricos distintos: (i) por una parte, determinar si el TC tiene la potestad para calificar como LOC preceptos no consultados por el Congreso; y, (ii) por otra, determinar si el artículo 63 tiene o no el carácter de LOC.

En la sentencia que analizamos, el voto de mayoría y la disidencia discrepan respecto de ambas cuestiones, y ofrecen razones para justificar su decisión. A continuación, analizaremos críticamente tales razones, ofreciendo previamente –y en tanto resulta útil para la correcta inteligencia de dicho análisis– un breve repaso sobre la potestad del TC para calificar de oficio preceptos como propios de LOC, refiriéndonos luego, específicamente, a la LOC involucrada en este caso (artículo 19, N° 11 inciso quinto, de la CPR).

3.1. El problema sobre la calificación de las leyes orgánicas constitucionales: ¿quién califica?

El artículo 93 N° 1 de la CPR dispone que son atribuciones del TC:

“[e]jercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún 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”.

Luego, el inciso segundo del mismo artículo complementa el contenido de dicha atribución, señalando que “[e]n el caso del número 1º, la Cámara de origen enviará al Tribunal Constitucional el proyecto

respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquel en que quede totalmente tramitado por el Congreso”. En el mismo sentido, el artículo 45 de la Ley N° 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (“LOCTC”), dispone que “[e]n el caso del número 1° del artículo 93 de la Constitución, corresponderá al Presidente de la Cámara de origen enviar al Tribunal los proyectos de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de los tratados que contengan normas sobre materias propias de estas últimas”.

De este modo, se desprende de los preceptos citados que, en un orden cronológico, la primera calificación debe realizarla el propio Congreso Nacional. En efecto, dicho órgano es el encargado de enviar aquellos “proyectos” que regulen materias propias de ley orgánica constitucional, de modo que la decisión de adjudicarle dicho carácter a un proyecto de ley o a un precepto incorporado en este –y luego remitirlo al TC para efectos del control de constitucionalidad que dispone el artículo 93 N° 1 de la CPR– le corresponde al legislador.

Sin embargo, las discrepancias emergen respecto de si dicha calificación preliminar es definitiva, o si, en cambio, ella puede ser objeto de revisión por parte del TC. Si dicha calificación es susceptible de revisión, el Tribunal podría extender su labor de control incluso a preceptos no consultados originalmente por el Congreso, pero que se hallan contenidos en proyectos de ley remitidos al TC. Es decir, la discusión consiste en determinar si la calificación realizada por el Poder Legislativo resulta vinculante para el TC o no.

Este debate surge naturalmente porque ni la Constitución ni la ley resuelven, en forma explícita, el problema planteado. En efecto, ambas lecturas son, en principio, admisibles a la luz del texto de la Constitución y de la LOCTC: no se estipula que el TC deba limitar su control estrictamente a las leyes orgánicas calificadas así por el Congreso Nacional, como tampoco disponen que la potestad de control del artículo 93 N° 1 puede extenderse a toda materia que el TC califique como propia del ámbito orgánico constitucional. Por tal motivo, esta materia causó –según mostraremos– intensos debates al interior del Tribunal Constitucional a mediados de la década del 80, debate que vuelve a reinstalarse en dicha sede con la dictación del fallo que analizamos.

A continuación, repasaremos brevemente la evolución de la jurisprudencia del TC respecto de la potestad de recalificación.

3.1.1. Potestad del TC para controlar preceptos no consultados por el Congreso Nacional: un poder consolidado en el tiempo

En su obra *Justicia Constitucional*¹⁵, el profesor Zapata ofrece una valiosa síntesis de la evolución de la jurisprudencia del TC en relación con la potestad de dicha magistratura para controlar preceptos no consultados por el Congreso Nacional, por estimarse que aquellos regulan materias de LOC.

Dicho autor clasifica la jurisprudencia en dos periodos: (i) la etapa de “Control Pasivo” (1981-1989); y (ii) la etapa de “Control Activo” (desde 1993 a la fecha).

El primero de estos periodos se destaca por el fallo denominado “Legislación Bancaria y Financiera” (Rol 40), de 6 de noviembre de 1986, mediante el cual –con el voto unánime de los ministros– el TC sentó un precedente jurisprudencial al estimar que no procedía ejercer de oficio el control de constitucionalidad respecto de normas de un proyecto de ley que no le han sido consultadas. Así, en este periodo, el TC se inclina por una postura de *deferencia estricta* al legislador, limitándose únicamente a controlar las normas LOC calificadas así por el legislador.

Tal unanimidad se mantendría inalterada hasta el 26 de diciembre de 1989. En efecto, en dicha oportunidad en la sentencia “Código Aeronáutico” (Rol 88), surgirá –como germen de la etapa de Control Activo– la prevención de los Ministros Ricardo García y Hernán Cereceda, quienes afirman que el TC se encuentra facultado para controlar todas las normas de rango orgánico constitucional contenidas en un proyecto de ley sometido a su control, pese a no haber recibido tal calificación por parte del órgano legislativo.

Luego, el TC comienza su tránsito hacia la etapa de Control Activo, que se inaugura con el fallo “Telecomunicaciones” (Rol 176), de 22 de noviembre de 1993, en el que por primera vez el TC controló preceptos no calificados como LOC por el Congreso Nacional. En empate de votos, sería el voto dirimente del Presidente Subrogante

¹⁵ ZAPATA (2008).

(Ministro Jiménez) el que inclinaría la decisión en apoyo a la tesis según la cual el TC es soberano para recalificar como LOC preceptos no declarados como tales por el Congreso Nacional¹⁶. En dicha oportunidad, sin embargo, la decisión en favor de la recalificación de oficio por parte del TC se sustentaba en que, si bien los preceptos recalificados consistían en incisos o párrafos no consultados como LOC, estos estaban contenidos dentro de artículos que sí habían recibido dicha calificación por parte del Congreso, y que constituían, en conjunto, una unidad lógica y jurídicamente indivisible.

Finalmente, la expresión definitiva de la fase de Control Activo se verificaría en el fallo “Concesiones de Obras Públicas” (Rol 236), de 11 de junio de 1996. En dicha oportunidad –y nuevamente en empate de votos dirimido por el Presidente¹⁷– el TC controló la constitucionalidad de un artículo no consultado como LOC por el Congreso Nacional, por estimarlo de tal carácter. Es decir, ya no se trataba de incisos o párrafos jurídicamente indivisibles contenidos en artículos consultados, sino que derechamente el Tribunal controló la constitucionalidad de artículos aislados que no se mencionaban en el oficio remitido.

A partir del fallo “Concesiones de Obras Públicas” de 1996, y hasta la fecha, el TC ha confirmado, en diversos fallos, su potestad para controlar normas contenidas en proyectos de ley que no han sido consultadas por el Congreso, pero que tienen, a juicio del Tribunal, rango orgánico constitucional¹⁸. Sin embargo, la intensidad con la cual se ejerce dicha potestad ha sido objeto de críticas por parte de algunos ministros del TC actual, manifestada en sentencias anterio-

¹⁶ En efecto, el voto de mayoría contó con la aprobación de los Ministros Jiménez, Colombo y García, en cambio la disidencia estuvo conformada por los Ministros Jordán, Faundes y Bulnes, quienes estuvieron por reafirmar la facultad privativa del Poder Legislativo para calificar la naturaleza de las normas legales sometidas a control.

¹⁷ Por la recalificación de oficio estuvieron los Ministros Jiménez (Presidente), García y Colombo. En contra de dicha decisión los Ministros Aburto, Faúndez y Jordán.

¹⁸ En efecto, tal es el caso de los fallos: STC 298 c. 9, STC 299 c. 13, STC 349 c. 30, STC 419 c. 16, STC 420 c. 12, STC 422 c. 12, STC 426 c. 7, STC 432 c. 22, STC 433 c. 21, STC 435 c. 15, STC 521 c. 12, STC 2191 c. 7, STC 2649 c. 11, STC 2691 c. 10, STC 2713 c. 9, STC 2764 c.12, STC 2764 c. 12, STC 379 cc. 30 y 36, STC 2009 c. 19, STC 2785 c. 7, STC 2779 c. 13, STC 2831 c.11, STC 2836 c. 17, STC 2824 c. 7, STC 2910 c.7, STC 2899 c. 6, STC 2905 c. 8, STC 3020 c. 5, STC 3195 c. 5, STC 3203 c. 5, STC 3301 c. 5, STC 4012 c. 22.

res a la que es objeto de este trabajo¹⁹, pero que encuentran, en este último, su formulación más acabada, según comentaremos en la sección pertinente.

En síntesis, y sin entrar en un análisis respecto al mérito de la doctrina del Control Activo, lo cierto es que el TC ha ejercido, durante los últimos 25 años, la potestad de recalificación de normas no consultadas por el Congreso para efectos de ejercer el control de constitucionalidad que dispone el artículo 93 N° 1 de la CPR. Se trata, en definitiva, de una potestad consolidada en el tiempo, cuya existencia –cosa distinta a la forma en que se ejerce– no había sido objeto de críticas al interior del TC, hasta la dictación de la sentencia que analizamos.

3.1.2. ¿Tiene realmente el TC la potestad para recalificar?

Según hemos constatado en el numeral anterior, nos encontramos frente a un tribunal que ejerce una determinada potestad en forma constante y asentada. Sin embargo, una cosa es que el TC ejerza la potestad de recalificación y otra distinta es que efectivamente detente dicha potestad. Esto último debe justificarse.

A este respecto, la doctrina nacional ha ensayado diferentes tipos de argumentos para efectos de justificar la potestad de recalificación del TC. Pasaremos a revisarlos brevemente.

Un primer argumento –que ha sido formulado por Cea²⁰– en apoyo a la potestad de recalificación del TC, propone que esta sería necesaria como mecanismo para prevenir que el legislador eluda el control de constitucionalidad de preceptos LOC, por la vía de calificarlos como materia de ley simple. Es decir, la recalificación de oficio serviría como un instrumento para minimizar el riesgo institucional que supone la aprobación de normas LOC sin cumplir con los quórums requeridos por la Constitución, salvando, además, el

¹⁹ En efecto, en el Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley que modifica ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (2017), el voto de minoría –suscrito por los Ministros Carmona, García y Pozo– desarrolla una crítica al voto de mayoría frente al ejercicio desmesurado de la potestad de recalificación de normas propias de LOC.

²⁰ CEA EGAÑA (1998), citado en ZAPATA (2008), p. 438.

control de constitucionalidad que podría detectar su contravención a la Carta Fundamental.

Un segundo argumento, propone que la potestad de recalificación del TC surge como exigencia lógica de la noción de Estado de Derecho, “*donde el órgano controlado no es el que decide las actuaciones sujetas a control, sino que el órgano contralor, actuando dentro de la esfera de sus atribuciones*”²¹. De este modo, la potestad de recalificación se justificaría, también, por resultar coherente con un modelo de control debidamente equilibrado y racional, en el cual el Congreso Nacional (ente controlado) no puede definir los términos de la operación de control (el carácter LOC de una norma), porque ello le compete al órgano contralor (TC).

Respecto a los dos argumentos expuestos, advertimos que ambos fallan en una cuestión fundamental: deducen una potestad jurisdiccional precisa a partir de consideraciones normativas. Es decir, se preguntan por el modelo óptimo de control de constitucionalidad, para luego afirmar que aquel es el que realmente existe. Nótese que de lo segundo no se desprende necesariamente de lo primero: podría argüirse perfectamente, en contra de dicha deducción, que el Constituyente optó por un modelo de control *más riesgoso*, o bien, que aceptó la autonomía del Congreso Nacional para calificar las materias de LOC por tratarse de una atribución que se desprende de su carácter independiente y soberano. Dicho de otra forma, los argumentos que analizamos no entregan razones que justifiquen que aquello que sería razonable o institucionalmente más recomendable, es aquello que prescribe la Carta Fundamental.

Finalmente, un tercer argumento en apoyo de la potestad de recalificación del TC –formulado por Zapata– se funda en la propia regulación que la Constitución hace de las LOC. En efecto, sostiene el autor citado, respecto a la calificación de una materia como propia de LOC, que:

“En el ordenamiento jurídico chileno tal calificación no la hace ni el Congreso Nacional ni el Tribunal Constitucional, sino que la propia Constitución Política... la que confiere carácter orgánico a determinada materia, debiendo el legislador regularla en esos términos.”

²¹ DÍAZ DE VALDÉS (2010), p. 50.

Resultaría absurdo que la Constitución estableciera esta obligación perentoria y no contemplara un mecanismo para asegurar que tal mandato no sea burlado. No hay tal absurdo desde que la Constitución en su artículo 93 N° 1 impone al Tribunal Constitucional un deber: “Ejercer el control de las leyes orgánicas constitucionales”. Es evidente que dicho control debe alcanzar a todas las normas que la Constitución considere orgánicas y no solo aquellas que una mayoría parlamentaria juzgue por tales”²².

Como se ve, el autor citado sostiene que es la propia Constitución la que califica qué materias deben ser reguladas en una LOC, lo que impone un deber sobre el legislador. Luego, para que dicho deber no sea burlado, la Constitución encarga al TC el control de constitucionalidad de tales leyes, el que recae a juicio del autor citado (“*evidentemente*”) sobre todas las normas que regulen materias de LOC, y no solo sobre las que el Congreso tenga por tales.

Ahora, ¿por qué razón resulta “evidente” que el control de constitucionalidad que realiza el TC puede tener por objeto tanto las normas consultadas por el Congreso como aquellas que no lo son? El autor ofrece una respuesta al respecto:

“Es posible que ambos órganos –Congreso Nacional y Tribunal Constitucional–, ejerciendo sus atribuciones y deberes constitucionales, discrepen en la calificación e interpretación de una norma jurídica determinada. Para tal evento, la Constitución ha investido al Tribunal Constitucional de un poder decisorio, consecuencia lógica de su calidad de “supremo intérprete”²³.

Como se ve, Zapata considera que la calificación de las materias propias de LOC se trata, en definitiva, de una cuestión de interpretación constitucional, que debe ser definida, en último término y con carácter definitivo, por el Tribunal Constitucional. De este modo, encontramos un argumento en favor de la potestad de recalificación que no se agota únicamente en razones normativas (como los dos primeros argumentos analizados), sino que encuentra su fundamento último en el reconocimiento del TC como supremo intérprete de la Constitución (artículo 94 de la CPR). En efecto, si el problema de la calificación de las leyes orgánicas constitucionales

²² ZAPATA (2008), p. 441.

²³ ZAPATA (2008), p. 441.

consiste, esencialmente, en una disputa interpretativa respecto al sentido y alcance de las materias LOC descritas en la Constitución, dicha disputa debe zanjarse por el TC, en su calidad de supremo intérprete de la Carta Fundamental.

3.1.3. La potestad de recalificación de LOC: un problema de justificación

Entre los argumentos que hemos revisado a favor de la potestad de recalificación del TC, aquella esgrimida por el profesor Zapata parece la más adecuada para justificar, en principio, la facultad del TC para controlar la constitucionalidad de normas no consultadas por el Congreso, cuando estas abarcan materias reservadas a LOC. Y decimos “en principio” porque justificar la existencia de dicha potestad nada dice respecto del estándar de justificación de su ejercicio en un caso concreto.

En efecto, una cosa es que el TC pueda recalificar preceptos LOC para efectos de controlar su constitucionalidad, y otra muy distinta es si tiene buenas razones para operar de tal modo en un caso específico. Al ejercer la potestad de recalificación, el Tribunal Constitucional se adentra o invade una zona delicada desde el punto de vista institucional. Efectivamente, como de lo que se trata es de revertir o desconocer un juicio realizado por el Congreso Nacional –según el cual un determinado precepto no reviste el carácter de LOC– el TC se sujeta a un alto estándar de justificación, exigido tanto por la presunción de constitucionalidad que conlleva la calificación inicial realizada por el legislador, como por la deferencia que el Tribunal le debe al Poder Legislativo²⁴.

De este modo, y habiendo constatado que existen buenas razones para afirmar la existencia de la potestad de recalificación del TC, el análisis debe centrarse en el grado de justificación con que dicho órgano la ejerce. Lo anterior implica concentrar el análisis en las

²⁴ En efecto, estimamos que a partir de los principios de presunción de constitucionalidad y de deferencia al legislador, desarrollados en la jurisprudencia del TC (Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Compañía Nacional de Fuerza Eléctrica S.A. respecto del artículo 41, inciso final, del DFL N° 850 de 1997, del Ministerio de Obras Públicas (2010), considerandos 32° y 33°), es posible afirmar que el Tribunal debe, en principio, estarse a la calificación de las normas LOC realizada por el Congreso Nacional.

razones ofrecidas por el TC en un caso concreto, para recalificar normas no consultadas por el Congreso, y determinar si estas satisfacen el alto estándar exigido para ese tipo de actividad jurisdiccional.

3.2. LOC a la que se refiere el inciso final del art. 19 N° 11 de la Constitución

Antes de evaluar los argumentos ofrecidos por el TC para recalificar el artículo 63 como materia propia de ley orgánica, corresponde analizar brevemente cuál es la materia específica de LOC que se discute en la sentencia que analizamos.

El inciso final del artículo 19 N° 11 de la CPR dispone que:

“Una ley orgánica constitucional establecerá los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media y señalará las normas objetivas, de general aplicación, que permitan al Estado velar por su cumplimiento. Dicha ley, del mismo modo, establecerá los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel”.

Esta LOC, siguiendo la clasificación canónica elaborada por la doctrina chilena²⁵, corresponde a una ley orgánica de “competencia específica”, es decir, se trata de una ley orgánica cuyas materias se encuentran precisa y pormenorizadamente indicadas en el texto constitucional. En la sentencia que analizamos se discute específicamente respecto de la última de las materias señaladas en el artículo transcrito, es decir, sobre los requisitos exigidos a todo nivel educacional para el reconocimiento oficial de los establecimientos. En efecto, al tratarse de Proyecto de Ley de Reforma a la Educación Superior, la referencia a la LOC del artículo 19 N° 11 solo puede abarcar normas relativas al reconocimiento oficial de los planteles.

¿Qué ha entendido el TC por normas que establecen requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos?

En el fallo correspondiente al requerimiento de inconstitucionalidad presentado respecto del proyecto de ley que crea el administrador provisional y administrador de cierre de instituciones de educa-

²⁵ ZAPATA (2008), p. 408 y ss.

ción superior y establece regulaciones en materia de administración provisional de sostenedores educacionales (2014), el TC sostuvo que el reconocimiento oficial consiste en una autorización administrativa sometida a un procedimiento reglado de comprobación de requisitos, que una vez obtenida habilita al titular para desarrollar una actividad determinada, la que estará sometida a una constante fiscalización, quedando expuesta incluso a la revocación²⁶.

Por tratarse de una LOC de competencia específica, según anotamos, el análisis para determinar si nos encontramos o no frente a una materia propia de LOC debiera requerir un menor esfuerzo interpretativo. En efecto, puesto que la materia se encuentra suficientemente pormenorizada en el texto constitucional (“requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos”), habrá que comprobar si aquello que dice el precepto examinado corresponde o no a un requisito para obtener la autorización administrativa que autoriza y habilita para ejercer la actividad educacional por medio de establecimientos de educación superior.

No obstante, y pese a tratarse de una LOC de competencia específica, el TC ha comprendido de diversa forma las materias abarcadas por esta, a veces desde una perspectiva *estricta* y otras desde un enfoque más laxo o *extensivo*.

En efecto, un ejemplo de lo que podríamos denominar *interpretación estricta* por parte del TC, lo constituye el Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley que establece la Ley General de Educación (2009). En dicha oportunidad, el Tribunal declaró como propia de LOC una norma²⁷ que exigía a los establecimientos educacionales, para efectos de obtener el reconocimiento oficial, contar con sostenedores constituidos como personas jurídicas²⁸. El ejercicio interpretativo era simple y de comprobación mecánica: el artículo controlado fijaba claramente requisitos exigidos para el reconocimiento

²⁶ Considerando 11°.

²⁷ Se trataba de la letra a) del artículo 46 del entonces proyecto ley que establecía que: “El Ministerio de Educación reconocerá oficialmente a los establecimientos educacionales que impartan enseñanza en los niveles de educación parvularia, básica y media, cuando así lo soliciten y cumplan con los siguientes requisitos: a) Tener un sostenedor. Serán sostenedores las personas jurídicas de derecho público, tales como Municipalidades y otras entidades creadas por ley, y las personas jurídicas de derecho privado cuyo objeto social único sea la educación. El sostenedor será responsable del funcionamiento del establecimiento educacional”.

²⁸ Considerandos 13° y 14°.

oficial, por lo que correspondía a una materia propia de LOC a la que se refiere el inciso final del artículo 19 N° 11 de la CPR.

Avanzando un poco más en la actividad interpretativa, pero sin perder su carácter estricto, el TC le ha reconocido el carácter de LOC a preceptos que regulan la revocación del reconocimiento oficial de un establecimiento educacional. En efecto, en el caso del Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley sobre el sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media y su fiscalización (2011), el Tribunal recalificó como propios de LOC del artículo 19 N° 11, aquellas normas que regulaban el ejercicio de la administración provisional tendiente a producir la revocación del reconocimiento oficial del establecimiento²⁹. En el mismo sentido, en el Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley que establece una subvención preferencial para niños y niñas socio-económicamente vulnerables (2008), el TC consideró como propia de LOC una norma que establecía una causal de revocación del reconocimiento oficial de establecimientos educacionales de nivel escolar³⁰.

De este modo, el TC ha estimado como materias propias de LOC del artículo 19 N° 11, inciso quinto, aquellas normas que regulan la revocación del reconocimiento oficial del Estado. Lo anterior es lógico considerando que toda causal de revocación puede ser leída como un requisito permanente de reconocimiento oficial.

Finalmente, el TC también ha aplicado, en otras oportunidades, una *interpretación extensiva* de las materias que abarcan requisitos exigidos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales. Tal es el caso, por ejemplo, del Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley que crea la autorización de funcionamiento de jardines infantiles otorgada por el Ministerio de Educación y modifica otros cuerpos legales que indica (2015). En dicha oportunidad, el voto de mayoría³¹ consideró que la norma que exigía al sostenedor de una institución parvularia constituirse como persona jurídica sin fines de lucro para efectos de recibir

²⁹ Considerando 24° y 25°.

³⁰ Considerando 6°.

³¹ Suscrito por los Ministros: Marisol Peña Torres, Iván Aróstica Maldonado, Juan José Romero Guzmán, María Luisa Brahm Barril, Cristián Letelier Aguilar y el Suplente de ministro señor Alan Bronfman Vargas.

aportes del Estado³², implicaba una innovación que restringía el alcance de la noción de reconocimiento oficial, afectando los requisitos para su obtención³³. El voto de minoría (suscrito por los Ministros Carlos Carmona y Francisco Fernández), negó el carácter de LOC a dicho precepto, afirmando que no es para el reconocimiento oficial ni la autorización de funcionamiento que se exige ser persona jurídica sin fines de lucro, sino para obtener aportes regulares del Estado.

En este último caso, el TC consideró que no solo los requisitos exigidos para el reconocimiento oficial son propios de LOC, sino también aquellos requisitos que se exigen para gozar de los derechos que otorga dicho reconocimiento. Como se ve, el TC –en el fallo “Jardines Infantiles”– aplicó una interpretación extensiva de las materias propias de LOC porque el establecimiento educacional no obtenía el reconocimiento oficial por constituirse como persona jurídica sin fines de lucro, ni lo perdía por dejar de hacerlo. No era el reconocimiento oficial lo que se afectaba con el precepto controlado, sino que un derecho prestacional asociado a este (la obtención de recursos públicos).

En síntesis, y pese a tratarse de una LOC de competencia específica, el TC ha interpretado la expresión “*requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel*” con diverso alcance: algunas veces limitándose estrictamente a su tenor literal (Rol 1.363) y a sus consecuencias lógicas (Roles 1.022 y 2.009), y en otras extendiendo –incluso en forma excesiva– las materias comprendidas en ella (Rol 2.779).

4. COMENTARIOS CRÍTICOS A LA SENTENCIA: VOTO MAYORÍA Y MINORÍA

Corresponde examinar ahora con detención el contenido de la sentencia que es objeto de este trabajo. Como adelantamos, se trata de

³² El artículo 2° inciso segundo del proyecto de ley señalaba que: “*Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, para recibir aportes regulares del Estado para su operación y funcionamiento deberán ser personas jurídicas sin fines de lucro y contar con el reconocimiento oficial a que se refiere el artículo 46 del decreto con fuerza de ley N° 2, del Ministerio de Educación*”.

³³ Considerando 16° y 17°.

un fallo dividido y complejo, donde la potestad de recalificación del TC, y las razones concretas para declarar al artículo 63 del Proyecto como propia de LOC, fueron uno de los principales tópicos discutidos y analizados.

4.1. Voto de Mayoría: una recalificación correcta y el abuso del complemento indispensable

Analizaremos este voto considerando a) los fundamentos relativos a la potestad de recalificación del TC y b) las razones esgrimidas para recalificar el artículo 63 como propio de LOC.

a) *Sobre la justificación de la potestad de recalificación: el argumento ausente*

Respecto a la discusión teórica a la que nos referimos más arriba, relativa a la potestad de recalificación del TC, observamos que el voto de mayoría no se detiene mayormente en la justificación de dicha atribución. En efecto, y valiéndose de una fórmula habitual en los fallos del TC inscritos en el periodo de Control Activo, el Tribunal se limita a indicar que:

“[N]o obstante que la Cámara de Diputados ha sometido a control de constitucionalidad ante esta Magistratura, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 1, de la Constitución Política, únicamente las disposiciones señaladas en el considerando primero de esta sentencia, este Tribunal –como lo ha hecho en oportunidades anteriores– no puede dejar de pronunciarse sobre otras disposiciones contenidas en el mismo proyecto de ley remitido que, al igual que las normas a las que se viene aludiendo en el considerando precedente, puedan revestir la naturaleza de leyes orgánicas constitucionales”.

Como se ve, el voto de mayoría simplemente asume la existencia de la potestad de recalificación y la ejerce sin más. A diferencia del voto disidente que analizaremos más adelante, la mayoría no se detuvo en discutir las razones que justifican la facultad del TC para controlar preceptos no consultados por el Congreso, por estimarlos propios de LOC. La única referencia a este respecto se encuentra en la preven-

ción del Ministro Romero, pero esta se limita a consignar casos en los que el Tribunal se ha arrogado y ejercido la potestad de recalificación, sin entrar en consideraciones dogmáticas sobre la materia.

Advertimos, a este respecto, un déficit en el voto de mayoría consistente en la ausencia de razones que justificasen la potestad de recalificación ejercida por el TC. Considero que el contexto social en que se pronuncia el fallo³⁴ –sumado al esfuerzo del voto de minoría por objetar la potestad de recalificación, según veremos– merecería un análisis más acabado por parte del voto de mayoría, tendiente a justificar el ejercicio de dicha potestad. Una práctica jurisprudencial, pese a su consolidación y arraigo, no se justifica en sí misma, sino que requiere volver cuando así lo exijan las circunstancias, a las razones originales que la fundaron, cuestión que no ocurrió en este caso.

b) La calificación del artículo 63 como un precepto que regula materias propias de LOC

Entre los considerandos 51° a 57° del voto de mayoría, se ofrecen razones para justificar el carácter orgánico constitucional del artículo 63: en esta sección del fallo, el TC sostiene que la prohibición de que los controladores se encuentren organizados como personas jurídicas con fines de lucro, consiste en un requisito establecido para el reconocimiento oficial de las instituciones de educación superior.

Cabe agregar que el artículo 64 de Proyecto define quienes son controladores –figura no contemplada en la legislación educacional– señalando que:

“Se entenderá por controlador toda persona o grupo de personas que, actuando coordinadamente o con acuerdo de actuación conjunta, y siendo miembro o asociado de la institución de educación superior, ya sea directamente o a través de otras personas

³⁴ Recordemos que el fallo se pronuncia respecto del Proyecto de Ley sobre Educación Superior, el cual contemplaba –entre otros fundamentos y objetivos– garantizar la prohibición efectiva del lucro en los establecimientos educacionales de dicho nivel (Mensaje N° 110-364, pp. 22 y ss.), lo que constituía una de las demandas centrales del denominado “Movimiento Estudiantil de 2011”. De este modo, la prohibición de los controladores con fines de lucro (que consagraba el texto original del artículo 63), se proponía como un medio para garantizar dicha finalidad, lo que aumentaba naturalmente el grado de expectación pública entorno a la decisión del TC respecto de él.

naturales o jurídicas, tenga poder para asegurar mayoría de votos en las asambleas o reuniones de sus miembros; o para elegir a la mayoría de los directivos o designar al administrador o representante legal o a la mayoría de ellos; o para influir decisivamente en la administración de la institución.

Las instituciones de educación superior deberán informar a la Superintendencia quién es su controlador y, en caso de que no tuviesen, deberán señalar esta circunstancia expresamente”.

De este modo, el Proyecto de Ley exigía una determinada naturaleza jurídica respecto de un integrante de las instituciones de educación superior facultado para ejercer el control al interior del establecimiento, o bien influir decisivamente en este.

A juicio del voto de mayoría “*no cabe duda que los requisitos que le son aplicables a los mencionados controladores inciden en el reconocimiento oficial de las entidades de educación superior regulados en el Párrafo 3° del Título III de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza*”³⁵ (considerando 54°). El TC fundó dicho aserto considerando principalmente:

- i. Que, en primer lugar, existen precedentes³⁶ en los que el Tribunal ha declarado como materia de LOC del artículo 19 N° 11, inciso final, preceptos que exigen determinada personalidad jurídica a los “sostenedores” de establecimientos educacionales, noción que resulta análoga a la de “controladores” (considerandos 52° y 53°);
- ii. Que el artículo 49 de la LOC de Enseñanza, donde se regula el reconocimiento oficial de las universidades, exige que los estatutos de estas contemplen, entre otros requisitos, a) individualización de sus organizadores, e) disposiciones que establezcan la es-

³⁵ Advertimos un pequeño error en la sentencia respecto a la versión citada de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza que incide en el orden de los artículos citados. En efecto, en la versión refundida, coordinada y sistematizada de la Ley 20.370 con las normas no derogadas del D.F.L N° 1 de 2005, publicado el 2 de junio de 2010, el reconocimiento oficial de las entidades de educación superior se encuentra regulado en el párrafo 2° del Título III, concretamente en el artículo 56°. En lo sucesivo, citaremos la sentencia sin modificarla, pese a que los artículos citados incurran en el error mencionado.

³⁶ *Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley que establece la Ley General de Educación* (2009) y *Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley que crea la autorización de funcionamiento de jardines infantiles otorgada por el Ministerio de Educación y modifica otros cuerpos legales que indica* (2015).

- estructura de la entidad, quienes la integrarán; y, g) disposiciones relativas a modificación de estatutos y su disolución. Exigencias similares se contemplan respecto de los Institutos Profesionales y Centros de Formación Técnica (considerando 54°);
- iii. Que, en seguida, el Ministerio de Educación se encuentra facultado para **negar el registro** de una universidad si no se ha cumplido algún requisito exigido para su constitución o si sus estatutos no se ajustaren a lo prescrito en la ley (considerando 55°);
 - iv. Que el artículo 63 regula aspectos estatutarios de las instituciones de educación superior, en tanto que los controladores, dado su rol preponderante en la administración de los establecimientos, y según exige la LOC de Enseñanza, deberán constatar en los estatutos de las instituciones de educación superior;
 - v. Que, de este modo, el artículo 63 incide en el reconocimiento oficial de las entidades de educación superior *“en cuanto agrega un requisito –referido a la existencia de los controladores y la naturaleza que estos deben tener– que incide en la administración de la entidad, la cual debe ser regulada por sus estatutos en la forma genérica prescrita por la LOC de Enseñanza como en la forma que otras leyes –que también inciden en el reconocimiento oficial– puedan establecer”* (considerando 56°);
 - vi. Que, así, si una institución de educación superior no cumple con lo prescrito en el artículo 63, puede experimentar un rechazo en su registro por parte del Mineduc, afectando su reconocimiento oficial, ampliando la mera exigencia de estar constituida como corporación de derecho privado sin fines de lucro y de incluir en sus estatutos los requisitos genéricos que dispone la LOC de Enseñanza;
 - vii. Que, en definitiva, el artículo 63 al modificar el ejercicio de un derecho que define y le da contenido a la noción de reconocimiento oficial, deviene en un nuevo requisito para su obtención, ampliando lo normado en el artículo 55 de la LOC de Enseñanza, lo que define su naturaleza orgánica constitucional (considerando 57°).

Como se ve, el TC concluyó que el artículo 63 era propio de LOC, puesto que añadía un requisito cuyo incumplimiento implica el rechazo del reconocimiento oficial por parte del Estado: si la ley le exige a las instituciones de educación superior mantener sus estatu-

tos en conformidad a la ley, y que dichos estatutos deben contener la estructura organizacional de la institución, entonces registrar a un controlador con fines de lucro importaría la revocación del reconocimiento oficial para las instituciones actualmente reconocidas, y la denegación de este para las instituciones que postulan a su obtención. En suma, el artículo 63, al imponer un nuevo requisito para el reconocimiento oficial de las instituciones de educación superior, regula indefectiblemente materias propias de LOC.

De este modo, advertimos que la decisión del voto de mayoría se ajustó a los criterios desarrollados por el propio TC respecto a las normas que tienen carácter de LOC por tratarse de requisitos exigidos para el reconocimiento oficial de los establecimientos (artículo 19 N° 11, inciso final de la CPR). En efecto, el artículo 63 al incidir en la revocación del reconocimiento oficial de las instituciones de educación superior, regula materias que han sido calificadas como propias de LOC por el TC (Roles N° 1022 y 2009), ya que, en un sentido lógico, toda causal de revocación del reconocimiento oficial puede ser leída como un requisito para la obtención de este.

Así, el artículo 63 efectivamente operaría:

- a) Como una causal de revocación del reconocimiento oficial para las instituciones de educación superior que contaran en su estructura organizativa con controladores con fines de lucro; o bien
- b) Como un nuevo requisito para las instituciones que se encontrasen en el procedimiento de obtención de dicho reconocimiento.

En consecuencia, el voto de mayoría calificó correctamente al artículo 63 como propio de LOC, ofreciendo argumentos razonables para fundar aquello. Así, si bien el voto de mayoría fue mezquino en aportar razones que justificaran la potestad de recalificación del TC, al menos aportó argumentos atendibles para determinar que el artículo 63 regulaba una materia propia de LOC, y que por ende correspondía que se ejerciera el control de constitucionalidad respecto de este.

c) Comentario adicional: el abuso de la teoría del complemento indispensable

Luego de finalizar con los argumentos que justificaban la calificación del artículo 63 como propio de LOC, el voto de mayoría reca-

lificó como propios de LOC, también, los artículos 64 a 77, 80 y décimo octavo transitorio, del Proyecto, arguyendo que:

“[L]a totalidad de la preceptiva recién anotada, al abarcar materias que necesariamente están vinculadas con la acertada inteligencia y aplicación práctica del precepto contenido en el anotado artículo 63, resultan su complemento indispensable y, por ello, abarcan el espectro normativo reservado a la ley orgánica constitucional de dicho precepto, en este caso, el artículo 19, numeral 11°, inciso quinto, de la Constitución. La jurisprudencia de esta Magistratura ha asentado el criterio de que toda la preceptiva que surja como el complemento indispensable e inequívoco para regular materias relativas al reconocimiento oficial, necesariamente sigue el carácter orgánico constitucional, como sucede con la normativa examinada en este apartado (así, STC Rol N° 102, considerando 3). En dicho sentido, como fuera explicitado supra, la exigencia que el proyecto de ley establece en la sistemática global de los artículos 63 y siguientes, implica innovar lo normado por el artículo 55 del D.F.L. N° 2, de 2009, del Ministerio de Educación, por lo que debe declararse que la preceptiva, en su conjunto, ostenta la indicada naturaleza jurídica” (considerando 59°);

Dichos preceptos, en palabras del propio Tribunal, regulan materias relativas a:

“[L]a conceptualización del controlador (artículo 64); el deber de reinvertir excedentes (artículo 65); el deber de contar con un órgano colegiado de administración por las instituciones de educación superior que sean organizadas como personas jurídicas sin fines de lucro (artículo 66); funciones esenciales del deber de dicho órgano de administración (artículo 67); deberes de sus integrantes (artículo 68), niveles de diligencia y cuidado en el ejercicio de sus cargos (artículo 69), prohibiciones de realizar ciertos actos (artículo 70); enunciación de quienes serán comprendidas como personas relacionadas a la institución de educación superior (artículo 71); la conceptualización en torno a quienes ejercerán funciones directivas en las antedichas instituciones (artículo 72); prohibiciones de realizar ciertos actos por las instituciones que se constituyan como personas jurídicas sin fines de lucro (artículo 73) y verificación de fines de los actos institucionales (artículo 74); forma de aprobación de dichos ac-

tos (artículo 75); constancias respectivas de los actos aprobados (artículo 76); régimen de responsabilidad de los integrantes del órgano de administración superior de la institución de educación superior (artículo 77); instituciones a las que les será aplicable la preceptiva recién indicada, con ciertas excepciones (artículo 80); y, finalmente, el artículo décimo octavo transitorio, que norma un plazo perentorio para dar cumplimiento a la preceptiva permanente de los artículos anteriores” (considerando 58°).

De este modo, el razonamiento del TC consiste en afirmar que los preceptos aludidos son un “complemento indispensable” del artículo 63, en tanto que resultan necesarios para la acertada inteligencia y aplicación práctica de la norma. Sabemos que la teoría de los elementos complementarios indispensables tiene antiguo reconocimiento en la jurisprudencia del TC³⁷, según la cual las leyes orgánicas constitucionales no solo deben contener las materias imprescindibles que define expresamente la Constitución Política, sino también aquellas que constituyan un complemento indispensable, es decir, “*aquellos elementos que, lógicamente, deben entenderse incorporados en el rango propio de esa determinada ley orgánica constitucional*”³⁸.

Trazar la línea divisoria entre un complemento indispensable y otro que no es tal, supone un ejercicio interpretativo que no siempre es sencillo. Por tal motivo, el TC debiera ofrecer razones poderosas, debidamente desarrolladas, que justifiquen la calificación de preceptos como propios de LOC por estimarse que estos operan como un complemento indispensable de otro precepto que sí reviste tal naturaleza. En la sentencia que analizamos, el voto de mayoría destina tan solo un par de renglones para justificar la recalificación de 16 artículos del Proyecto de Ley como propios de LOC, por estimarlos un complemento indispensable del artículo 63, por estar vinculados a la acertada inteligencia y aplicación práctica de este.

¿Por qué dichos artículos resultan un complemento indispensable del artículo 63? ¿En qué sentido dichas normas posibilitan la acertada

³⁷ *Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley que dicta nuevas normas sobre letras de cambio y pagaré y deroga disposiciones del Código de Comercio. Ley N° 18.092 (1981) y Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley orgánica constitucional sobre concesiones mineras (1981).*

³⁸ *Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley que dicta nuevas normas sobre letras de cambio y pagaré y deroga disposiciones del Código de Comercio. Ley N° 18.092 (1981), considerando 4°.*

inteligencia y aplicación práctica del requisito para el reconocimiento oficial que dispone el artículo 63? ¿Por qué razón el artículo 63 carece de elementos que le otorguen autonomía suficiente para ser aplicado, necesitando ser complementado por lo dispuesto en otras normas? ¿Todos los artículos –64 a 77, 80 y décimo octavo transitorio del Proyecto– complementan indispensablemente al artículo 63?

Ninguna de estas interrogantes encuentra respuesta en las razones ofrecidas por el voto de mayoría. Y tal explicación se hacía más urgente si se considera el contenido de los artículos que fueron calificados por el TC como complementos indispensables del artículo 63. En efecto, ¿en qué sentido puede afirmarse, por ejemplo, que el artículo 68 del Proyecto, que define el nivel de diligencia que deben emplear los integrantes del órgano de administración, resulta un complemento indispensable para la adecuada inteligencia o aplicación del requisito estatutario de no contar con controladores con fines de lucro? ¿O bajo qué lógica la prohibición de operaciones con partes relacionadas que dispone el artículo 73 del Proyecto, opera como un elemento complementario indispensable del artículo 63?

Sería posible extender similares interrogantes a la mayoría de los preceptos que el voto de mayoría estimó ser susceptibles de control de constitucionalidad por estimarlos como un complemento indispensable del artículo 63, ya que este último precepto posee los elementos suficientes para operar en forma autónoma y eficaz. En efecto, el nuevo requisito para el reconocimiento oficial que inauguró dicha norma –contar con controladores constituidos como personas jurídicas sin fines de lucro– no encuentra, en ninguno de los preceptos mencionados por el TC, un complemento indispensable para su acertada inteligencia³⁹. El requisito se basta a sí mismo, y puede ser aplicado en forma independiente.

Los preceptos que el TC calificó como propios de LOC, bajo la teoría del “complemento indispensable”, son, en realidad, un conjunto de normas que disponen nuevas reglas y prohibiciones aplicables a

³⁹ A lo sumo podría estimarse que el artículo 64 del Proyecto –que define el concepto de “controlador”– podría resultar un complemento indispensable para la adecuada interpretación y aplicación del artículo 63, toda vez que, si se determina que la exigencia de contar con controladores sin fines lucro consiste en una materia reservada a una LOC, lógicamente ha de controlarse el precepto que define que ha de entenderse por dicha categoría.

la administración y operación de las instituciones educación superior, materia que escapa del estricto ámbito que el Constituyente reservó para ser reguladas por LOC del artículo 19 N° 11, inciso quinto de la CPR, la que se restringe a los requisitos para el reconocimiento oficial de dichos establecimientos.

En definitiva, el voto de mayoría de la sentencia que analizamos incurre, a nuestro juicio, en una cuestionable “inflación” del ámbito orgánico constitucional del artículo 19 N° 11, inciso quinto de la CPR, aumentando considerablemente el universo de normas susceptibles de ser controladas, sin ofrecer mayores consideraciones que justifiquen tal decisión, lo que constituye una severa deficiencia.

4.2. Voto de Minoría: el retorno a la deferencia estricta al legislador

Aplicando la misma metodología que la utilizada para examinar el voto de mayoría, procederemos a analizar el voto disidente considerando a) las reflexiones relativas a la potestad de recalificación y b) las razones para calificar el artículo 63 como propio de LOC.

a) Objeción a la existencia de la potestad de recalificación del TC

Los Ministros Carmona, García, Hernández y Pozo, no solo discrepan de la calificación del artículo 63 como propio de LOC, según detallaremos, sino que además plantean una objeción directa a la potestad de recalificación en sí misma, lo que constituye uno de los elementos más interesantes de esta sentencia por la innovación que representa.

En efecto, el voto de minoría se aparta de la práctica jurisprudencial asentada del TC respecto a la potestad de recalificación de dicha Magistratura, retornando a la antigua doctrina del Control Pasivo y declarando, además, una especie de compromiso para los fallos futuros. En efecto, sostienen los ministros disidentes que:

“[H]emos decidido que nuestra tradicional y cada vez más minoritaria postura de “deferencia al legislador” no es suficiente como para consolidar una posición de control constitucional equilibrado de los proyectos de ley. Por lo mismo, a partir de esta sentencia

renovaremos una postura más estricta de deferencia al legislador, según explicaremos” (considerando 3°).

Luego, definen dicha postura estricta de deferencia al legislador en los siguientes términos:

*“[E]stos Ministros enunciamos nuestra voluntad de retornar a una deferencia estricta al legislador, lo que nos impone el autocontrol respecto de las materias consultadas, **remitiéndonos solamente a aquellos preceptos que el Congreso Nacional ha remitido para su conocimiento y control”** (considerando 6°).*

De este modo, la deferencia estricta al legislador implica negar la potestad de recalificación del TC: solo podrán ser objeto de control de constitucionalidad en virtud del artículo 93 N° 1 de la CPR, aquellos preceptos previamente consultados por el Congreso Nacional en el oficio remitior.

La disidencia funda su rechazo a la potestad de recalificación del TC en base a las siguientes razones:

- i. En primer lugar, sostienen que el modelo electoral proporcional conlleva una mayor dificultad para obtener mayorías, por lo que un aumento desmedido de los quórumos supone una traba el proceso de aprobación de las leyes. De este modo, ante el nuevo sistema electoral, el aumento de quórum por decisiones del TC puede implicar la instalación de vetos por parte de las minorías (considerando 2°);
- ii. En segundo lugar, afirman que la postura tradicional de deferencia al legislador “*no es suficiente como para consolidar una posición de control constitucional equilibrado de los proyectos de ley*”, por lo que se requiere una deferencia estricta (considerando 3°);
- iii. Por último, afirman que, sin perjuicio de que la postura de deferencia estricta supone el riesgo de disminuir el ámbito de control constitucional, dicho riesgo resulta suficientemente controlado por dos reformas constitucionales efectuadas en 2005, a saber: a) el deber de lealtad a la Constitución de que el inciso primero del artículo 6° de la CPR exige a todo órgano del Estado, el cual exige que el Congreso Nacional arbitre “*los mecanismos constitucionales para habilitar el control posterior, mediante la denuncia del vicio, la reserva de constitucionalidad y/o un requerimiento parlamentario de una minoría*”, y b) los

mecanismos de control represivo (concreto y abstracto) de constitucionalidad (considerando 5°).

Luego de formular estas razones, el voto de minoría continúa examinando la verificación de vicios formales de constitucionalidad por incremento posterior del quórum por parte del TC (considerandos 7° al 19°), para luego criticar el considerable aumento –en este caso concreto– de la cantidad de preceptos controlados como LOC en virtud de la potestad de recalificación ejercida por el voto de mayoría mediante la aplicación de la teoría del complemento indispensable –la cual rechaza⁴⁰– (considerandos 20° a 24°).

Es decir, la disidencia no agrega ni desarrolla otras razones para fundar su rechazo a la potestad de recalificación del TC, distintas a las que hemos sintetizado más arriba.

Advertimos que dichas razones, no obstante resultar persuasivas y atinentes, incurren en el mismo déficit argumentativo: ninguna de ellas examina si la potestad de recalificación del TC se encuentra o no contemplada en el ordenamiento jurídico chileno. Nada dicen, tampoco, respecto a la naturaleza “interpretativa” que define a la operación de calificación, ni de los efectos que se siguen de esta, considerando la calidad de “supremo intérprete” que detenta el Tribunal Constitucional⁴¹. En lugar de ello, el voto de minoría desplaza la discusión hacia un ámbito puramente contingente, arguyendo que las reformas introducidas en el sistema electoral, los restantes mecanismos de control de constitucionalidad de la ley (preventivo y represivo) y la “excesiva” recalificación de oficio ejercida por el Tribunal, son argumentos suficientes para negar la potestad del TC para recalificar como LOC normas no consultadas por el Congreso Nacional.

Nótese que el déficit argumentativo que mencionamos no se refiere a la *calidad* de las razones formuladas por el voto disidente, sino a su *naturaleza*. En efecto, desde un punto de vista normativo, los

⁴⁰ En efecto, el voto de minoría afirma que el control de constitucionalidad del artículo 93 N° 1 de la CPR relativo a los preceptos LOC “*tampoco puede alcanzar a reglas de dicho control bajo el arbitrio de ser un complemento indispensable de la misma*” (considerando 22°).

⁴¹ *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Alfonso Videla Valdebenito respecto de los artículos 548, inciso primero, del Código de Procedimiento Penal, y 15 N° 2, segunda parte, del Código Penal* (2016), considerando 4°.

argumentos que ofrece el voto de minoría son atendibles para criticar la existencia de la potestad de recalificación, pero resultan insuficientes para negarla. Si la potestad existe –como lo sostiene parte de la doctrina, según revisamos– serán superfluas todas las restantes consideraciones de mérito que puedan plantearse respecto de ella. Si se estima, en cambio, que la potestad de recalificación no existe, habrá que ofrecer argumentos que prueben la inexistencia de dicha potestad jurisdiccional, y no solo razones que examinen su inconveniencia, como hace el voto de minoría en este caso.

Por último, y abordando directamente la tesis de deferencia estricta planteada por la disidencia, advertimos también que esta enfrenta el riesgo de tornarse muy rígida e inflexible al momento de ejercer el control forzoso de constitucionalidad. Recordemos que los Ministros que suscriben el voto de minoría plantean una especie de regla o limitación hacia el futuro (*“a partir de esta sentencia renovaremos una postura más estricta de deferencia al legislador”*), por lo que se autoimponen el deber de limitar el control de constitucionalidad del artículo 93 N° 1, únicamente a los preceptos consultados expresamente por el Congreso, sin poder extender dicho examen a otras normas.

Sin embargo, la rigidez e inflexibilidad de la tesis estricta que advertimos en el voto de minoría, se demuestra en un fallo del Tribunal Constitucional dictado solo un par de meses después de la sentencia que analizamos. En efecto, se trata del Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género (2018).

En dicha oportunidad, tres de los Ministros que concurrieron al voto de minoría que analizamos (García, Hernández y Pozo), hicieron una prevención del siguiente tenor:

“1°. Que, en relación con la posibilidad de examinar otras disposiciones del proyecto de ley, distintas de aquellas que hayan sido sometidas a control preventivo por el legislador, estiman que es atribución de esta Magistratura, conforme a lo dispuesto, entre otros, en los artículos 93 inciso 1° N° 1°, e inciso 2° de la Constitución y en los artículos 48 inciso 3°, 49 inciso 2° (que alude al “proyecto”) e inciso 6° (“uno o más preceptos del proyecto”) de nuestra Ley Orgánica Constitucional, determinar si una disposición contenida en un proyecto de ley tiene o no esa condición, tal y como ya lo ha hecho en distintas sentencias anteriores;

2°. *Que, sin embargo, un pronunciamiento de esa naturaleza requiere que concurren ciertas condiciones excepcionales que deben ser cuidadosamente ponderadas por esta Magistratura para estimar las normas en cuestión como orgánicas constitucionales, a diferencia o en silencio de lo planteado por el legislador, y que, por ende, hagan procedente revisar su conformidad con la Carta Fundamental;*

3°. *Que, entre esas condiciones, auto restrictivas de la competencia de este Tribunal, resulta indispensable que el precepto legal en cuestión se encuentre directa y necesariamente vinculado con aquel o aquellos que han sido considerados orgánico constitucionales por el legislador; y que concurren razones que justifiquen esa revisión, en el contexto de un control preventivo y abstracto”.*

Como es posible advertir, los Ministros afirman, en sentido contrario a lo sostenido en la sentencia Rol N° 4317 objeto de este comentario, que el TC se encuentra facultado para controlar la constitucionalidad de preceptos LOC no consultados por el Congreso, incluso aquellos preceptos que se encuentran vinculados a estos (complemento indispensable), con la sola restricción de que el Tribunal pondere cuidadosamente el ejercicio de dicha potestad de recalificación.

Advirtiendo posiblemente sus razonamientos consignados en fallos anteriores, los Ministros aludidos complementan su prevención añadiendo que:

“[C]omo lo han señalado con anterioridad (entre otras, STC Rol N° 4012), que la determinación del carácter orgánico constitucional de las disposiciones de un proyecto de ley corresponde esencialmente al Congreso Nacional que, durante la tramitación legislativa, considera la concurrencia o no de dicho carácter y, en su caso, las somete a votación para su aprobación con el quórum que al efecto dispone el artículo 66, inciso segundo, de la Constitución. Este Tribunal, entonces, debe ser prudente en orden a pronunciarse, en principio, únicamente respecto de las normas que vienen consultadas en su carácter orgánico constitucional por la Cámara de Origen, en el oficio en que remite el proyecto de ley para control preventivo de constitucionalidad (artículo 93, N° 1°, e inciso segundo, de la Carta Fundamental), teniendo en cuenta que la determinación del carácter de ley orgánico consti-

tucional de una disposición de un proyecto de ley se ha ejercido en oportunidades de modo exorbitante por parte de una mayoría de esta Magistratura, generando un impacto en los quórum normativos de la legislación. Esto se agudiza por la existencia de un sistema electoral proporcional que representa con mayor dispersión la realidad política del país, obstaculizando la conformación de supramayorías exigidas por ese quórum constitucional e impidiendo la flexibilidad necesaria para la evolución legislativa que los legisladores pretenden impulsar”.

De este modo, la postura de la deferencia *estricta* al legislador –reinaugurada en la sentencia que analizamos– muta, en el fallo recaído en la Ley de Identidad de Género –y solo un par de meses después– hacia una deferencia *flexible*, según la cual el TC efectivamente detenta la potestad de recalificación, la que lícitamente podrá ejercer en casos calificados, atendiendo a consideraciones prudenciales, a fin de contener el ejercicio de su poder dentro de márgenes de racionalidad, respetando el desarrollo de la actividad legislativa. Como se ve, ya no se trata de que la potestad no exista, sino del modo en que debe ser ejercida.

En consecuencia, si bien el voto de minoría tiene el mérito de abordar directamente el debate respecto a la justificación de la potestad de recalificación –respecto del cual el voto de mayoría no se pronuncia– observamos que este pretende reinaugurar la tesis antigua de la deferencia *estricta* al legislador –de la que se apartará en un fallo posterior–, sin ofrecer razones contundentes que acrediten la inexistencia de la potestad de recalificación, sino simplemente examinando su inconveniencia actual.

En síntesis, el voto de minoría no constituye un giro jurisprudencial definitivo que retorne a la tesis de la deferencia *estricta* al legislador, lo que permite afirmar que la Etapa de Control Activo conserva pleno vigor.

b) El artículo 63 como materia de ley simple: argumentación escueta

Luego de las consideraciones sobre la potestad de recalificación que hemos extractado, el voto de minoría procede con el análisis de las materias que revisten naturaleza orgánico constitucional en virtud del artículo 19 N° 11, inciso final de la CPR, para luego aplicar

tal parámetro a los preceptos recalificados como LOC por el voto de mayoría.

Así, entre los considerandos 25° y 36°, la disidencia recorre la jurisprudencia del TC a fin de demostrar, en síntesis:

- i. Que esta es consistente en indicar que son materias propias de la LOC del inciso final, del numeral 11° del artículo 19 de la Constitución aquellas que se vincula a la fijación de requisitos para el reconocimiento oficial de cada establecimiento educacional (considerando 35°)⁴²;
- ii. Que no es correcto establecer la autonomía universitaria como una materia propia de LOC, ya que *“de la interpretación jurisprudencial de que la autonomía universitaria es integrante de la libertad de enseñanza no se deduce que sea ella un complemento indispensable al establecimiento de requisitos para el reconocimiento oficial y que, por consiguiente, deba ser aprobada por dicho quórum legislativo (considerando 34°).*

El voto de minoría realiza estas aclaraciones atendiendo a que el voto de mayoría *“ha vinculado una buena cantidad de preceptos legales controlados de un modo general al artículo 19, numeral 11° de la Constitución, en cuanto estas regulaciones inciden en la libertad de enseñanza, especialmente, en su derecho de abrir, organizar y mantener los establecimientos educacionales”* (considerando 27°). A este respecto, consideramos que la disidencia delimita correctamente aquellas materias que son propias de la LOC a la que se refiere el artículo 19 N° 11 de la CPR, objetando la inflación desmesurada de esta por la vía de reconocerle dicho carácter a toda materia que incida en la autonomía de los establecimientos educacionales.

Sin embargo, al detenerse precisamente en el artículo 63 del Proyecto –que es el foco de nuestro análisis– el voto de minoría rechaza el carácter orgánico constitucional de dicha norma arguyendo que:

⁴² El voto de minoría se refiere a 16 sentencias que confirmarían su afirmación: *“Lo ha dicho la STC 102/1990, c.3°; STC 148/1992, prevención; STC 369/2003, c. 6°; STC 771/2007, c.9°; STC 1022/2008, c. 6°; STC 1361/2009, c. 44°; STC 1363/2009, c. 15°; STC 2009/2011, c. 20°; STC 2731/2014, c. 14°; STC 2732/2014, c. 8°; STC 2787/2015, c. 52°; STC 2781/2015, c.47°; STC 2824/2015, c.8°; STC 2950/2016, c. 7°; STC 3279/2016, c. 9° y STC 3940/2017, c. 22°”.*

“[D]esde los artículos 63 a 77, todos inclusive, del proyecto de ley se refieren al Párrafo 7° de la ley que establece las reglas y prohibiciones aplicables a las instituciones de educación superior organizadas como personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro. Todas estas normas se refieren al gobierno superior de las instituciones de educación superior, a sus controladores, a su forma jurídica, a sus órganos colegiados, a sus personas relacionadas, a sus operaciones financieras permitidas y coherentes con su orientación de ser personas jurídicas sin fines de lucro, entre otras materias. Ninguna de ellas puede estimarse como propia de norma orgánica constitucional puesto que se trata de cuestiones que la STC 2731 desestimó como propias de ese rango ya que no puede deducirse, como complemento indispensable, que la autonomía universitaria en sus diversas facultades se vincule con el reconocimiento oficial de dichos establecimientos” (considerando 42°).

Como se ve, el voto de minoría no realiza un análisis particular del artículo 63, sino que lo incluye dentro de un conjunto de preceptos, para luego descartar el carácter orgánico constitucional respecto de todos. Del extracto citado se desprende que la disidencia consideró que el artículo 63 simplemente regula aspectos relativos a la autonomía de las instituciones de educación superior (“regla relativas gobierno superior de las instituciones”), las que en ningún caso pueden calificarse como propias de LOC por considerarlas un complemento indispensable vinculado al reconocimiento oficial, conforme se había determinado en STC 2731 de 2014.

Sin embargo, y según revisamos más arriba, el voto de mayoría no funda el carácter LOC del artículo 63 en base a que la autonomía de los establecimientos, en sus diversas facultades, es un complemento indispensable de las normas que regulan el reconocimiento oficial por parte del Estado. Al contrario, el voto de mayoría le reconoce al artículo 63, por sí mismo, el carácter de LOC, por tratarse de una regla que modifica los requisitos exigidos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales, según se explicó.

Así, en este punto, considero que el voto de minoría presenta una argumentación escueta para efectos de descartar el carácter LOC del artículo 63, que no hace referencia a los argumentos del voto de mayoría, optando por una refutación genérica, en lugar de analizar específicamente el contenido del artículo 63, para luego desestimar su carácter orgánico constitucional. Recordemos que se trata del único

precepto que fue declarado inconstitucional en el fallo, circunstancia que, estimo, ameritaba un análisis más acabado al respecto.

5. CONCLUSIONES

La sentencia analizada ofrece una buena oportunidad para discutir tanto la potestad de recalificación del TC, como el estándar de justificación de su ejercicio en un caso concreto. En la sentencia Rol N° 4317, objeto de este trabajo, dicha potestad fue utilizada no solo para controlar la constitucionalidad de un precepto no consultado por el Congreso Nacional, sino que también para declarar su inconstitucionalidad, lo que generó discrepancias al interior del TC, expresada en los votos de mayoría y minoría.

El voto de mayoría, si bien identifica correctamente las razones que permiten afirmar el carácter de LOC del artículo 63, no ofrece razones que justifiquen que el TC pueda efectivamente controlar la constitucionalidad de preceptos no consultados por el Congreso, al tiempo que guarda silencio respecto a las razones ofrecidas por la disidencia para negar la existencia de la potestad de recalificación. Lo anterior, sin duda, constituye su mayor déficit. Además, el voto de mayoría aplica, a nuestro juicio injustificadamente, la teoría del complemento indispensable para recalificar una serie de preceptos contenidos en el proyecto de ley, por estimarlos necesarios para la correcta inteligencia y aplicación práctica del artículo 63.

El voto de minoría, por su parte, analiza directamente la potestad de recalificación del TC, negando la atribución del TC para controlar la constitucionalidad de normas no consultadas por el Congreso, lo que significa un retorno de antigua doctrina del Control Pasivo. Sin embargo, no logra aportar razones respecto a la *inexistencia* de dicha potestad jurisdiccional, sino solo respecto de su *inconveniencia*, lo que debilita la solidez de su postura. Por otra parte, la disidencia niega el carácter LOC del artículo 63 en base un análisis general, que no toma en cuenta los elementos particulares de dicha norma ni las razones ofrecidas por el voto de mayoría al respecto.

Por último, el fallo analizado confirma la plena vigencia de la potestad de recalificación del TC, la que seguramente seguirá aplicando en fallos futuros, confirmando que el control forzoso de las leyes orgánicas constitucionales (artículo 93 N° 1 de la CPR) no se

limita únicamente a las normas consultadas por el Congreso Nacional, sino que se extiende a toda otra que el Tribunal estime de tal naturaleza, o bien que resulten un complemento indispensable para la adecuada interpretación y aplicación de estas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ATRIA, Fernando; SALGADO, Constanza (2018): *El Tribunal Constitucional desatado (3): Un poder que no quiere reconocer límites*, en El Mostrador (29 de enero de 2018), disponible en internet: <https://m.elmostrador.cl/noticias/opinion/2018/01/29/el-tribunal-constitucional-desatado-3-un-poder-que-no-quiere-reconocer-limites/>”.
- CEA EGAÑA, José Luis (1998): *Influencia del Tribunal Constitucional en el proceso de institucionalización política*, en Revista Chilena de Derecho, vol. 15 N° 2-3: pp. 205-211.
- DÍAZ DE VALDÉS, Rodrigo (2010): *Control de Constitucionalidad de la ley N° 20.551 que regula el cierre de faenas e instalaciones mineras*, Sentencias Destacadas, Libertad y Desarrollo: pp. 35-69.
- SIERRA, Lucas (edit.) (2015): *Propuestas Constitucionales*, Centro de Estudios Públicos, Santiago, 2015.
- ZAPATA, Patricio (2008): *Justicia Constitucional, Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley que dicta nuevas normas sobre letras de cambio y pagaré y deroga disposiciones del Código de Comercio. Ley N° 18.092 (1981): Tribunal Constitucional de Chile, 26 de noviembre de 1981 (control de constitucionalidad), rol N° 4-81.
- Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley orgánica constitucional sobre concesiones mineras (1981): Tribunal Constitucional de Chile, 27 de noviembre de 1981 (control de constitucionalidad), rol N° 5-81.
- Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley que introduce modificaciones a la legislación bancaria y financiera (1986):

- Tribunal Constitucional de Chile, 6 de noviembre de 1986 (control de constitucionalidad), rol N° 40-86.
- Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley que aprueba Código Aeronáutico (1989): Tribunal Constitucional de Chile, 26 de diciembre de 1989 (control de constitucionalidad), rol N° 88-89.
- Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley que modifica la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones (1993): Tribunal Constitucional de Chile, 22 de noviembre de 1993 (control de constitucionalidad), rol N° 176-93.
- Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 164, de 1991, del Ministerio de Obras Públicas, en lo relativo al régimen legal de las concesiones de obras públicas y las normas tributarias que le son aplicables (1996): Tribunal Constitucional de Chile, 11 de junio de 1996 (control de constitucionalidad), rol N° 236-96.
- Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley que establece una subvención preferencial para niños y niñas socio-económicamente vulnerables (2008): Tribunal Constitucional de Chile, 23 de enero de 2008 (control de constitucionalidad), rol N° 1022-08.
- Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley que establece la Ley General de Educación (2009): Tribunal Constitucional de Chile, 28 de julio de 2009 (control de constitucionalidad), rol N° 1363-09.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Compañía Nacional de Fuerza Eléctrica S.A. respecto del artículo 41, inciso final, del DFL N° 850 de 1997, del Ministerio de Obras Públicas (2010): Tribunal Constitucional de Chile, 24 de julio de 2012 (requerimiento de inaplicabilidad), rol N° 1863-10.
- Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley sobre el sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media y su fiscalización (2011): Tribunal Constitucional de Chile, 4 de agosto de 2011 (control de constitucionalidad), rol N° 2009-11.

- Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados, respecto del proyecto de ley que crea el administrador provisional y administrador de cierre de instituciones de educación superior y establece regulaciones en materia de administración provisional de sostenedores educacionales (2014): Tribunal Constitucional de Chile, 26 de noviembre de 2014 (requerimiento de inconstitucionalidad), rol N° 2731-14.
- Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley que crea la autorización de funcionamiento de jardines infantiles otorgada por el Ministerio de Educación y modifica otros cuerpos legales que indica (2015): Tribunal Constitucional de Chile, 2 de abril de 2015 (control de constitucionalidad), rol N° 2779-15.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Alfonso Videla Valdebenito respecto de los artículos 548, inciso primero, del Código de Procedimiento Penal, y 15 N° 2, segunda parte, del Código Penal (2016): Tribunal Constitucional de Chile, 22 de mayo de 2018 (requerimiento de inaplicabilidad), rol N° 3150-16.
- Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley que modifica ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (2017): Tribunal Constitucional de Chile, 18 de enero de 2018 (control de constitucionalidad), rol N° 4012-18.
- Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley sobre Educación Superior (2018): Tribunal Constitucional de Chile, 26 de abril de 2018 (control de constitucionalidad), rol N° 4317-18.
- Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género (2018): Tribunal Constitucional de Chile, 13 de noviembre de 2018 (control de constitucionalidad), rol N° 5385-18.

