

2. El vaciamiento de la función legislativa. Crisis del derecho y de la democracia: comentario a la sentencia “Educación no sexista” STC 8 de abril de 2024, rol n°15.276-2024

Catalina Salem G.

RESUMEN: la sentencia comentada da buena cuenta de los efectos que produce la abdicación del ejercicio de la función de control que le compete al Tribunal Constitucional durante el proceso de generación de la ley. En particular, se analiza el efecto que la interpretación de su propia atribución tiene en el principio democrático y en el principio de separación de funciones. Mientras respecto del primero se argumenta que la sentencia fragiliza el principio democrático que consagra la misma Constitución Política, en el segundo se evidencia una interpretación de la distribución de competencias que produce una concentración de poder en las funciones ejecutiva y judicial, mediante el vaciamiento de la función legislativa. Esta última queda relegada a una ritualidad procedimental que se erige en un rol testimonial de los desacuerdos políticos, que luego serán resueltos por los jueces.

PALABRAS CLAVE: control de constitucionalidad, función legislativa, Tribunal Constitucional.

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes jurisprudenciales previos: proyecto de ley que establece un sistema de garantías de los derechos de la niñez. III. Síntesis argumentativa del fallo sobre “educación no sexista”. IV. La sentencia adscribe a un concepto formal de democracia: la renuncia a controlar en abstracto la vulneración de derechos constitucionales. V. El traslado de la democracia sustantiva a las funciones ejecutiva y judicial: los derechos se protegen en los casos concretos. VI. La recalificación del principio democrático y el abandono del principio de separación de funciones. VII. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia rol N°15.276, de 8 de abril de 2024, recayó sobre un requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de diputados respecto de la expresión “no sexista y” del artículo 12, inciso segundo, del proyecto de ley que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género, contenido en el Boletín N°11.077-07, hoy Ley N°21.675¹.

1 En SALEM (2024) también comenté esta sentencia.

La disposición completa establece lo siguiente: “los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado deberán promover una educación *no sexista* y con igualdad de género y considerar en sus reglamentos internos y protocolos la promoción de la igualdad en dignidad y derechos y la prevención de la violencia en todas sus formas”². Los requirentes argumentaron que tal disposición vulneraba el deber y el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos; la libertad de enseñanza; la libertad de conciencia y de religión. Todos derechos reconocidos por la Constitución y que constituyen un límite al ejercicio de la soberanía³.

Tales argumentos se basaban en un pronunciamiento previo del mismo Tribunal Constitucional, que el año 2021 declaró inconstitucional la expresión “de carácter laico y no sexista”, como exigencia del tipo de educación sexual y afectiva integral que el Estado debía garantizar, contenida en el actual artículo 41 de la Ley N°21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. Esta doctrina fue sustituida por una nueva, que es la contenida en la sentencia objeto de análisis en este comentario y sobre la cual recaerá el presente estudio⁴. Sus razonamientos serán examinados bajo los estándares de la dogmática constitucional, es decir, se buscará verificar “la existencia de un método que cumpla con el estándar de sistematicidad exigible respecto de una decisión jurisdiccional de un órgano llamado a dirimir desde la Constitución”⁵.

Desde su creación en 1971⁶, el Tribunal Constitucional chileno se encuentra investido de la atribución de control jurisdiccional sobre el proceso de formación de la ley⁷. En efecto, la Constitución de 1980 y sus modificaciones posteriores han mantenido esta atribución, circunscribiéndola en una tradición constitucional de casi cincuenta años. Y, aunque fue revisada en los procesos constitucionales más recientes⁸, estos se

2 Artículo 12, inciso segundo, LEY N°21.675 DE 2024.

3 Las normas constitucionales que se estimaban vulneradas eran las siguientes: artículo 5, artículo 19 N° 6; N° 10, inciso tercero; N° 11, incisos primero y cuarto, todos de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

4 En consecuencia, se descartará cualquier examen sobre la composición del Tribunal en uno y otro caso. La integración accidental del Pleno es un hecho que se desprende del propio diseño institucional del Tribunal Constitucional, tal como está concebido bajo la Constitución vigente. He criticado este diseño en otros trabajos académicos: SALEM (2016) (2017) (2021).

Sin embargo, cabe destacar que, si se comparan las integraciones de ambas sentencias, es posible apreciar que hubo un reemplazo de 7 jueces en la última decisión. En efecto, la sentencia de 2021 fue suscrita por los ministros María Luisa Brahm, Iván Aróstica, Gonzalo García, Juan José Romero, Cristián Letelier, Nelson Pozo, José Ignacio Vásquez, María Pía Silva, Miguel Ángel Fernández y Rodrigo Pica. En la sentencia de 2024, el Tribunal estuvo conformado por: Nancy Yáñez, José Ignacio Vásquez, María Pía Silva, Miguel Ángel Fernández, Daniela Marzi, Raúl Mera, Catalina Lagos, Héctor Mery, Marcela Peredo y Alejandra Precht.

El ANTEPROYECTO DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE 2023 (artículo 166) y la PROPUESTA DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE 2023 (artículo 169) contemplaban un nuevo sistema de nombramientos para los miembros del Tribunal Constitucional, el que además consagraba un sistema de designación por parcialidades cada año, de forma tal de evitar cambios de integración brusca con el consecuente impacto en la estabilidad de la jurisprudencia.

5 SALEM (2024).

6 LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL N° 17.284, DE 23 DE ENERO DE 1970.

7 El artículo 78 b) de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE 1925, letra a) prescribía como atribución del Tribunal Constitucional “Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”.

8 La PROPUESTA DE CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE CHILE 2022 suprimía esta atribución, manteniendo exclusivamente el control represivo de constitucionalidad de la ley (artículo 381); el ANTEPROYECTO DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE 2023 mantenía un control sobre cuestiones de infracción al procedimiento o de competencia, además de crear una atribución consultiva respecto las demás cuestiones constitucionales (artículo 169 letras a, b y c); y, finalmente, la PROPUESTA DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE 2023 repuso el control de constitucionalidad sustantivo como atribución jurisdiccional del Tribunal Constitucional (artículo 172 letra a).

hallan fenecidos y rechazados ampliamente en referéndums⁹. En consecuencia, se trata de una atribución vigente y consolidada. Por ello, no puede eximirse de un celoso escrutinio público y académico respecto a cómo se ejerce. Ella tiene una incidencia gravitante para el adecuado ejercicio de la función legislativa y, de modo más general, en la vigencia del Estado de Derecho, pues involucra la garantía del principio de supremacía constitucional y el sistema de fuentes que se subordina a aquél.

La sentencia estudiada en este comentario da buena cuenta de una falta de sistematicidad desde al menos dos ópticas dogmáticas intrínsecamente conectadas: el cumplimiento del principio democrático; y el acatamiento al principio de separación de funciones. Del análisis argumentativo del fallo se sostendrá que su decisión tiene un efecto (i) fragilizador de la democracia; y (ii) de concentración de poder en las funciones ejecutiva y judicial, mediante el vaciamiento competencial de la función legislativa. Todo lo cual da cuenta de un impacto en la forma en cómo el Tribunal interpreta la distribución de competencias que la Constitución consagra y de una inexcusable abdicación del ejercicio de su función de control.

Para sostener esta hipótesis, se sintetizará la jurisprudencia previa recaída sobre la misma materia que resolvió el pronunciamiento que se examina, con el objeto de contextualizar el requerimiento de inconstitucionalidad y los razonamientos de la sentencia. Luego, se confrontará la argumentación del fallo con el estándar de un concepto formal o procedimental de democracia. Esto es, se analizará la sentencia desde una concepción mayoritarista de la democracia, identificando aquellos argumentos que, al parecer, buscan satisfacer ese paradigma. Posteriormente, se hará igual ejercicio con un concepto sustantivo de democracia, es decir, con un modelo que concibe a las decisiones de las mayorías como limitadas por los valores, principios y derechos fundamentales. En ambos casos, el resultado es que los razonamientos de la sentencia no logran satisfacer ni uno ni el otro concepto, alterando principios, valores y reglas de competencia consagrados en la Constitución Política.

Finalmente, se extraerán conclusiones para delimitar los particulares contornos a partir de los cuales la sentencia define la función legislativa y su impacto futuro para el diseño de políticas públicas por la vía legal.

II. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES PREVIOS: PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE UN SISTEMA DE GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ

El 26 de julio de 2021, en los roles acumulados N°11.315 y N°11.317, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre un requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de parlamentarios respecto de varios artículos del proyecto de ley que “Establece un sistema de garantías de los derechos de la niñez”. Entre las impugnaciones se encontraba cuestionada la expresión, “de carácter laico y no

9

Artículos 142 y 159 de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

sexista,” contenida en el inciso cuarto del artículo 41 del referido proyecto, relativo a la obligación del Estado de garantizar una educación sexual y afectiva integral.

Como razonamiento general de la sentencia para acoger el requerimiento, se esgrimió “la excesiva interferencia regulatoria del Estado en el espacio de libertad y autonomía de los cuerpos intermedios, particularmente de la familia –núcleo fundamental de la sociedad– y, en menor medida, de los establecimientos de enseñanza”. Debido a ello, el fallo declaró vulnerados el derecho preferente y el deber de los padres de educar a sus hijos, y el derecho que también les asiste de escoger el establecimiento de enseñanza de sus hijos¹⁰. Así, el fallo centró la discusión en el valor que la Constitución asigna a la familia como espacio comunitario íntimo de padres e hijos, en su relación con el Estado, y las posibilidades de éste de constreñir sus espacios de libertad y autonomía en el ámbito educativo (considerando primero).

En lo que se refiere a la obligación de los establecimientos educacionales de implementar una educación sexual y afectiva integral, laica y no sexista, el Tribunal estimó que se trataba de un determinado tipo (no neutral) de educación, afectando la autonomía de la familia y de los establecimientos educacionales en cuanto cuerpos intermedios¹¹. Específicamente, se desmedraba la libertad de autodeterminación “regulatoria” de los padres de familia para desplegar su autoridad y primacía de juicio en su rol de educador para el bien de sus hijos, afectando en la esencia el derecho preferente para educarlos. En efecto, la sentencia estimó que el proyecto de ley “sustituía el rol tutelar de los padres por el del Estado a través del otorgamiento de derechos a hijos menores de edad susceptibles de ser invocados como límites a la autoridad de su madre o padre”, por medio de “la juridificación estatal de la vinculación filial”. Con ello “se ve incrementado no sólo el poder de los tribunales de justicia (Estado en su faz judicial), sino también la mano cada vez más visible del aparato administrativo del Estado” (considerando quinto al séptimo).

Asimismo, los sentenciadores declararon que imponer una educación “laica y no sexista”, “significa excluir otras dimensiones valóricas, prohibiendo, incluso, diferencias en razón de sexo que no son arbitrarias”, cuestionando que el efecto de la norma sea entregar una educación plural o con mayor contenido o diversidad por parte de los establecimientos educacionales. En este sentido, también estimó vulnerada la libertad religiosa, de conciencia y la manifestación de todas las creencias¹² (considerando noveno).

La argumentación particular que desarrolla la sentencia es que mientras el concepto “laico” se encuentra incorporado en la legislación, su falta de precisión ha obligado a que la misma ley lo defina. De esta manera, educación laica es aquella “respetuosa de toda expresión religiosa y pluralista”¹³. Sin embargo, el proyecto de ley innova acuñando

¹⁰ Artículo 19 N°10, inciso tercero; y N°11, inciso cuarto, de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

¹¹ Artículo 1°, incisos segundo y tercero, de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

¹² Artículo 19 N°6 de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

¹³ La nota al pie N°1 de la sentencia cita las definiciones legales contenidas en el artículo 1° la Ley N°18.956, que reestructura el Ministerio de Educación Pública; y el artículo 3°, letra f), inciso segundo, y artículo 4°, inciso sexto, del D.F.L. N°2, de 2009, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°20.370 con las normas no derogadas del D.F.L. N°1, de 2005.

un nuevo concepto o categorización: “laico y no sexista”. A partir de él, el fallo arguye que la pluralidad y el respeto de toda expresión religiosa y valórica no está asegurada. “Lo “no sexista” no es una calificación de contenido neutral. Agrega algo que no era satisfecho con el solo uso del término “laico” ni con principios constitucionales y legales que garantizan la igualdad de hombres y mujeres, así como la prohibición de discriminar arbitrariamente”. Con ello, se constriñe lo que antes era posible, de una educación diversa en lo valórico y religioso, se pasa a un tipo de educación menos diversa (considerando vigésimo quinto).

Este aserto es probado en la sentencia mediante una definición de educación no sexista publicada por el Departamento de Género de la Universidad Diego Portales, según la cual se cuestiona el androcentrismo, el binarismo de género y la heteronorma (considerando vigésimo sexto). De ello, el fallo presume que esta cosmovisión valórica “no es compartida por muchas familias y establecimientos de enseñanza escogidos por los padres para complementar la educación que se les entrega a sus hijos”. El Tribunal no cuestiona que la educación sexual y afectiva no pueda tener una orientación laica y no sexista, sino que lo constitucionalmente reprochable es la exclusión de otras dimensiones valóricas sobre la materia, diversas de aquella (vigésimo séptimo).

Por último, la sentencia también constató un vicio de forma, pues el artículo 41 del proyecto de ley controlado era materia de ley orgánica constitucional de acuerdo con el artículo 19 N°11, inciso quinto, y el artículo 66, ambos de la Constitución Política, sin que se haya verificado la concurrencia de ese quórum durante su tramitación legislativa (considerando vigésimo noveno a trigésimo octavo).

III. SÍNTESIS ARGUMENTATIVA DEL FALLO SOBRE “EDUCACIÓN NO SEXISTA”

La sentencia rol N°15.276 que se comenta, parte de la siguiente premisa: cuando el legislador no define un concepto (como el “no sexismo”) constituye una característica que fortalece su conformidad con la Constitución, pues impide adscribirlo a priori con una determinada concepción ideológica. De esta forma, la “expresión lingüística”¹⁴

¹⁴ En el considerando tercero de la sentencia, se señala que lo impugnado no es una norma, sino que una “expresión lingüística”. Más adelante, el considerando decimotercero del fallo señala que lo impugnado es “una palabra”, y no un mandato legal, pues no fueron impugnados los verbos rectores del enunciado normativo que anteceden la expresión atacada. Resulta peculiar esta línea argumental, ya que el artículo 93 N° 3 de la Constitución Política, a diferencia de otras atribuciones de control de constitucionalidad de la ley, no exige que el requerimiento se dirija en contra de una “precepto” o “norma”. Por el contrario, utiliza una expresión amplia y omnicompreensiva: “cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley”. A su vez, si bien el artículo 63 de la ley orgánica del Tribunal Constitucional utiliza la expresión “norma”, a reglón seguido lo equipara a indicar con precisión “la parte impugnada” del proyecto de ley. La jurisprudencia previa del Tribunal ha definido las “cuestiones de constitucionalidad” como cualquier desacuerdo o discrepancia entre los órganos colegisladores sobre la preceptiva constitucional, respecto de un proyecto de ley o una o más de sus disposiciones (STC roles N° 23 c. 4; N° 1410 c. 21; N° 2025 c. 15; N° 2136 c. 9; N° 2160 c. 7; y 2646 c. 24, entre otros). El requerimiento incluso puede recaer sobre las glosas de la ley de presupuestos (STC roles N° 1867 c. 1; y N° 2935 c.16). En materia de control represivo de la ley, se ha definido la voz “precepto legal” como una unidad de lenguaje que tiene la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución, no siendo necesario que esa unidad lingüística sea completa, sino que se baste a sí misma (STC rol N° 1254 c. 10 a 12). El fundamento que subyace a esa jurisprudencia es la necesidad de preservar en su mayor extensión posible la voluntad legislativa, aplicando el principio de deferencia razonada al legislador. Por ello, el estándar que en este caso el Tribunal les fija a los requerentes, no resulta conciliable con ese principio, pues habría apuntado a extender el control de constitucionalidad más allá de lo necesario a la pretensión de los actores, además de poner en jaque la coherencia interna de todo el artículo 41 del proyecto de ley.

queda abierta a una multiplicidad de interpretaciones, algunas de las cuales serán conformes con la Constitución. Por este motivo, no procede declarar en abstracto su inconstitucionalidad (considerando segundo).

Siguiendo esta tesis, la sentencia argumenta que cuando los parlamentarios requirentes impugnan una de las posibles interpretaciones que pueden ser contrarias al texto constitucional, están dirigiéndose en contra de una mera posibilidad que sólo podría verificarse en casos concretos, y no en abstracto, por lo cual no plantean una cuestión de constitucionalidad, sino una cuestión política: “es en el Parlamento donde cabe advertir contra los peligros de una posible normativa, donde se debe hacer presente los riesgos de que se le asigne una interpretación que pueda pugnar con los derechos de las personas, o que pueda ser utilizada ideológicamente para conculcar el derecho a pensar distinto, porque todos esos son riesgos eventuales, no solo futuros sino debatibles, inciertos, y, por tanto, no generan actualmente ninguna cuestión de constitucionalidad” (considerando tercero).

Expresamente, la sentencia justifica esta premisa en el principio de “deferencia” hacia los órganos colegisladores, lo que supone, en el ejercicio de las funciones de control normativo jurisdiccional, reconocer el principio de constitucionalidad de las leyes, el cual define de la siguiente manera: “las leyes son, en principio, constitucionales, salvo que ninguna interpretación razonable, plausible y probable de su texto, permita que lo sean” (considerando cuarto).

Como primer dato para sostener su posición, el Tribunal cita diversos ejemplos de conceptos jurídicos indeterminados que utiliza la Constitución y que, al no estar definidos, “pueden tener significados diferentes, según desde qué óptica ideológica se interpreten”¹⁵. Si el resultado hermenéutico de un concepto no definido por ley es una interpretación “extrema” que vulnera derechos constitucionales, a juicio de la magistratura “existirían acciones de resguardo ante la Judicatura ordinaria y, eventualmente, aun la acción de inaplicabilidad” (considerando quinto). En consecuencia, las interpretaciones inconstitucionales de un término no definido por el legislador están proscritas por la misma Constitución, correspondiéndole a los jueces del fondo fijarle un sentido y alcance conforme con la Carta Fundamental (considerando sexto).

Un segundo dato que busca comprobar la premisa que sostiene la decisión del fallo, es que los términos o definiciones rígidos sí podrían plantear mayores problemas que un concepto no definido. Mientras este último facilita que sea la doctrina y la jurisprudencia los que puedan dotarlo de contenido, permitiendo su evolución en el tiempo y en las costumbres, la ley permanece fija hasta que se modifica o deroga (considerando séptimo). Luego, destaca que “si el legislador optó por incorporar un concepto jurídico indeterminado, tuvo en el caso competencia para hacerlo, puesto

¹⁵ Esta afirmación es bastante cuestionable y no se sostiene con otros argumentos que desarrolla la misma sentencia. La Constitución Política de 1980 es una constitución ideológica: sus ideas fundamentales están expresamente positivizadas en su Capítulo I. En consecuencia, no es un texto constitucional neutro. Las únicas interpretaciones posibles del texto constitucional son aquellas que aseguran la garantía, convivencia armónica y unidad de esas ideas plasmadas en su texto.

que se trató de una decisión que tomó en el seno del debate democrático”, y a juicio del Tribunal esa cuestión no corresponde ser evaluada. Ello se vería reforzado por el hecho de que el concepto “sexismo” sería un “valor”, “una idea que se mueve en el plano plural de las sociedades democráticas y que, como todo valor, evoluciona en el tiempo”. Su contenido difuso, en cuanto valor, determina que deba ser el juez su intérprete natural, delimitando su contenido en los casos concretos y en base a un baremo constitucional (considerando octavo).

En tercer lugar, la sentencia descarta que el concepto “no sexismo” sea un elemento externo a la igualdad ante la ley y la proscripción de la discriminación arbitraria, consagradas a nivel constitucional. Por el contrario, señala que se trata de un mecanismo destinado a regir en el sistema educacional para “reforzar, destacar o subrayar los mandatos constitucionales, precisándolos y remitiéndolos a determinados aspectos de la vida social, sin que deba entenderse que si se refiere a términos que quedan comprendidos en garantías que la Constitución ya contemple, necesariamente esté hablando de otra cosa o incorporando añadidos que las superen, vulneren o distorsionen” (considerando noveno).

El cuarto dato, es que el Tribunal procede a constatar que sí existe al menos una interpretación conforme con la Constitución que, en abstracto, permite comprobar la constitucionalidad de la norma. Y esa interpretación supone concebir al sexismo como una específica forma de discriminación que se quiere proscribir, insistiendo en ella el precepto legal que contiene varios otros términos similares¹⁶ (considerandos noveno, décimo y undécimo). De esta forma, el Tribunal procede a fijar una interpretación posible, plausible, acorde con el tenor literal y el método sistemático de interpretación de la ley, señalando que “lo que aquí manda no es dirigir la educación hacia contenidos políticos, religiosos, filosóficos o ideológicos en cualquier sentido, sino solo promover una educación que propugne la igualdad de derechos, de dignidades, de valía y de capacidades y oportunidades, entre los sexos” (considerando duodécimo). En consecuencia, la finalidad de la norma es legítima y racional, permitiendo su interpretación conforme con la Constitución, “porque lo que se pretende es que la educación forme en valores que destaquen la igualdad, la dignidad y la humanidad plena y valiosa, en suma, de la mujer, puesto que en su desvaloración y subordinación al varón está el germen de la violencia a que le puede someter y a la que, por desgracia, en tantas ocasiones y tan gravemente se le somete” (décimocuarto). En este sentido la sentencia conmina a deconstruir las nociones patriarcales y de subordinación de la mujer respecto del hombre, no porque lo disponga el proyecto de ley, sino “porque representan formas de perpetuar una desigualdad prohibida por la Constitución”. Así, la norma impugnada tiene un contenido ajustado a los mandatos constitucionales,

¹⁶ Resulta muy peculiar esta línea argumental, pues para interpretar el precepto legal impugnado y la Constitución, la sentencia lo hace a partir de la impugnación planteada en el requerimiento. En este último, los parlamentarios requirentes alegaban que “sexismo” no podía ser lo mismo que discriminación arbitraria, pues este mismo concepto era utilizado de forma separada por el mismo precepto legal. Luego, sexismo debía significar otra cosa. En contrario, la sentencia señala que los requirentes, al no haber impugnado otros conceptos jurídicos que contenía el precepto legal, tales como “el principio de no discriminación”, “la igualdad de género”, “la igualdad en dignidad y derechos” y la “no discriminación de género”, y que también podían dar lugar extensiones mayores y desmedidas en cuanto a su interpretación, demostraba que los requirentes los entendían como comprendidos dentro de la cláusula constitucional de igualdad. En consecuencia, el “sexismo” también debía ser comprendido dentro de esa cláusula, como una especificación de un tipo de discriminación.

y aquellos que no lo son, deberán ser excluidos mediante el control jurisdiccional (considerando decimosexto).

A continuación, la sentencia les reprocha a los requirentes que no explican con claridad de qué forma el término impugnado vulnera los derechos constitucionales invocados. Y esta deficiencia, el fallo la adscribe porque los actores no definen la palabra sexismo. La sentencia descarta fijar una interpretación constitucional de la norma aduciendo que tal tarea supone asumir un rol consultivo decidiendo qué interpretaciones son peligrosas y cuáles no, cuestión que ni los mismos requirentes especifican. Por lo cual, el fallo reitera que sólo puede constatar que existe una interpretación plausible, razonable, probable y lícita, de la palabra sexismo, “pero no le corresponde ni fijar ésta como la única posible, ni establecer cuál deba pervivir en el futuro, ni tampoco contestar las preguntas que el libelo deja abiertas, acerca de qué extremo es el que teme, lo que solo ha podido ensayarse en este fallo de modo hipotético, a la luz de los alegatos, mucho más del escrito inicial, para poder encausar, en lo posible, el razonamiento en el único ámbito que a nuestro Tribunal le compete” (considerando decimotercero). En este ejercicio, la sentencia descarta que “educación no sexista” sea sinónimo de “educación sexual”, añadiendo que “esto no es elegir una interpretación, es descartar un error, simplemente, porque esa confusión no tiene ningún asidero dogmático que tenga que llevar a ejercicio interpretativo alguno” (considerando decimoquinto).

Añade también el fallo que la existencia de una interpretación conforme con la Constitución se evidencia en los tratados internacionales ratificados por Chile. Estos no utilizan la palabra “sexismo”, sino el término “discriminación”, pero “se ocupan también de deconstruir”¹⁷, tal como lo hace el artículo 6° de la Convención de Belem do Pará que exige una educación “libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación”; o la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que ordena eliminar “todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza”. En consecuencia, la sentencia concluye que el significado que los requirentes impugnan respecto del proyecto de ley ya está incorporado en el ordenamiento jurídico, de modo tal que lo debatido no debe ser el alcance de la voz “sexismo”, sino que el del término “discriminación”, “que tampoco está delimitado de modo rígido por la ley, porque también es de contenido valorativo”. La norma no puede enumerar a priori ni taxativamente los estereotipos proscritos, algunos de los cuales podrían ser inconstitucionales, pero de ahí no se sigue que las normas convencionales sean inconstitucionales (considerandos decimoséptimo y decimoctavo).

En síntesis, el fallo concluye que el término “sexismo” es razonable de equiparar al de “discriminación”, “pero centrado en la que se refiere al desequilibrio en el trato a

¹⁷ A partir del acuñamiento de este concepto, Alvear argumenta que la sentencia asume un análisis y un discurso que articula desde la perspectiva de los *gender studies* y sus correlatos, y por lo mismo incurre en el “extremo interpretativo” denunciado por los requirentes, pero que la misma sentencia descarta como una situación hipotética. En otras palabras, la misma sentencia razona desde un solo contenido político, religioso, filosófico e ideológico, excluyendo otros. ALVEAR (2024).

los distintos sexos, sin perjuicio de que aquel término (discriminación) sea a su turno susceptible de interpretaciones más o menos extensivas, más o menos razonables, constitucionalmente aceptables, o exageradas hasta desvirtuarlo y llevarlo a caer en inconstitucionalidad”, siendo tarea de los jueces mantenerla dentro de los límites constitucionales (considerando decimoctavo).

Finalmente, la sentencia descarta que la parte del proyecto de ley impugnado vulnere derechos constitucionales, pues los padres no tienen derecho a inculcar en sus hijos una educación contraria a los valores constitucionales; el límite a la libertad de enseñanza y a la libertad de conciencia es la moral, lo que supone la proscripción de la discriminación¹⁸. Tales derechos serían vulnerados sólo adscribiendo al concepto una interpretación que no se condiga con su tenor literal y su interpretación sistemática y constitucionalmente adecuada (considerando vigésimo segundo).

IV. LA SENTENCIA ADSCRIBE A UN CONCEPTO FORMAL DE DEMOCRACIA: LA RENUNCIA A CONTROLAR EN ABSTRACTO LA VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES

Al conocer el fondo del requerimiento parlamentario, la sentencia procede a efectuar un control que involucra elementos competenciales, pero también materiales o sustantivos de la cuestión planteada. Es decir, se pronuncia tanto respecto de las posibilidades de actuación del legislador en base a las atribuciones constitucionales que le han sido conferidas, como asimismo de las posibles vulneraciones a derechos y libertades reconocidos por la Carta Fundamental. Sin embargo, en ambos casos los razonamientos de la decisión son posibles de circunscribir a un concepto formal de democracia que impregna esencialmente la argumentación, en desmedro de una dimensión material, la cual queda considerablemente disminuida.

Lo dicho queda en evidencia con la conceptualización que el Tribunal Constitucional hace de su propia atribución de control preventivo de la ley, y según la cual, las vulneraciones a derechos fundamentales son “eventuales”, dependiendo de la interpretación legal que se haga de la normativa cuestionada. En base a esta constatación, el fallo fija dos dimensiones de competencia: por una parte, al legislador, señalando que la determinación de los riesgos de eventuales interpretaciones inconstitucionales es una cuestión política y no de constitucionalidad. Así, es el legislador el que debe ponderar la adecuada protección de un determinado derecho constitucional ante conceptos jurídicos indeterminados que él mismo fija. A continuación, si ese examen falla, el Tribunal Constitucional fija una segunda esfera de competencia, de carácter residual, en los jueces, a quienes les corresponderá hacer una interpretación conforme con la Constitución.

El principio que conectaría ambas esferas competenciales sería el de “deferencia al legislador”. En este caso, la competencia del legislador para fijar un concepto jurídico

18

Artículo 19 N°10, N°11 y N°6, respectivamente, de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

indeterminado se construye desde un determinado concepto de democracia al que adscribe implícitamente la sentencia, a saber, que cualquier decisión tomada en el seno del debate democrático es válida, porque procede de un debate previo en el cual se decidió que el concepto jurídico quedara abierto¹⁹. Así, el legislador tiene competencia para fijar “valores” para ser interpretados por el juez.

Sin embargo, la premisa que sostiene la sentencia es feble desde las teorías que sostienen un concepto procedimental de democracia, así como también, falla en cumplir con el concepto de democracia al que adscribe el propio texto constitucional que está llamado a garantizar, y que incluye una dimensión material. En efecto, como se argumentará, el Tribunal no puede decidir qué concepto de democracia aplicar (el que más le guste a la mayoría, el que más les guste a los redactores del fallo, el que más le guste a la academia), sino que tal concepto viene predeterminado por el derecho vigente que fija el mínimo y el máximo del discurso jurídico que puede justificar su decisión. Desde una óptica exclusivamente positivista del derecho, esto último define la legitimidad democrática de lo decidido, así como su misma validez dentro del ordenamiento jurídico.

Sin perjuicio de que el fallo no se refiere al concepto de democracia ni a los elementos que lo connotan, las premisas sobre las que se basa la sentencia pueden ser analizadas contrastándolas con un autor representativo de una concepción mayoritarista de la democracia, como lo es, entre otros, Jeremy Waldron. Este autor defiende los valores democráticos y procedimentales como la mejor respuesta a la existencia de desacuerdos y pluralismo presentes en una sociedad. Así, lo que define la política son los desacuerdos, descartando que el consenso tenga un valor en sí mismo, pues son los desacuerdos los que enriquecen la deliberación democrática²⁰⁻²¹⁻²². En este sentido, una condición de existencia de la democracia son los derechos de participación en la elaboración de las leyes y que estos puedan ser poseídos y ejercidos regularmente. Este conjunto de derechos sería “el derecho de los derechos” que se funda en la propia agencia moral individual. Con ello, Waldron descarta que la democracia sea un ideal procedimental, puesto que se trata de un procedimiento político constituido por ciertos derechos, y en ese sentido, la democracia requiere de un elemento sustancial o material que hace posible su dimensión procedimental.

Esa dimensión material son todos aquellos derechos constitutivos del proceso democrático, como también aquellos otros derechos que, sin ser constitutivos del proceso democrático, son condiciones necesarias para su legitimidad, porque aseguran el contexto deliberativo para la toma formal de decisiones políticas. Mientras dentro del primer grupo están los derechos de participación, en el segundo

19 Dice la sentencia: “Octavo: Que parece indispensable destacar que, si el legislador optó por incorporar un concepto jurídico indeterminado, tuvo en el caso competencia para hacerlo, puesto que se trató de una decisión que tomó en el seno del debate democrático, cuestión que no corresponde evaluar a esta Magistratura”.

20 WALDRON (2005) p. 111.

21 GARGARELLA Y MARTÍ (2005) pp. XIL-XV.

22 El rechazo al consenso como resultado del proceso deliberativo, le impide, en todo caso, abstraerse completamente de la idea de democracia deliberativa como fundamento de su teoría de la legitimidad política. GARGARELLA Y MARTÍ (2005) pp. XXXVII-XLI.

se reconoce, entre otros, la libertad de expresión y la libertad de asociación. De no respetarse alguno de estos derechos, el procedimiento de decisión mayoritaria pierde su legitimidad política²³⁻²⁴.

Ahora bien, ante la pregunta de quién debe proteger esos derechos, Waldron descarta que tal tarea deba estar radicada en los jueces mediante el control judicial, puesto que significa desconocer la agencia moral de cada persona sobre la cual se erigen tales derechos. De esta manera, Waldron sostiene que la política deja todo a nuestro alcance y nadie tiene por sí solo el control sobre los resultados políticos²⁵. Esto supone la existencia de una "cultura política" que comprende, al mismo tiempo, una cultura que se toma en serio los derechos y una cultura que reconoce los desacuerdos. La idea de que los derechos constituyen un "límite" a las decisiones mayoritarias es, en último término, una cuestión de autocomprensión política²⁶.

Por lo mismo, desde un punto de vista institucional, el órgano que deba pronunciarse sobre esos límites debe ser diverso y plural, con responsabilidad electoral, que incorpore la idea del autogobierno²⁷, permitiendo discernir en él "las huellas manifiestas de nuestro propio consentimiento originario"²⁸. Ese órgano serían los parlamentos. Cualquier otro órgano al que se le encargue esta tarea, como los Tribunales Constitucionales, supondría afirmar, con certeza, que los individuos no se encuentran capacitados para discernir por sí mismos las cuestiones básicas relacionadas con sus derechos, es decir, una desconfianza a las capacidades morales de la ciudadanía²⁹. De esta manera, la legislación es legítima porque es el resultado de un proceso de toma de decisiones legítimo desarrollado en un órgano también legítimo, que es el parlamento³⁰.

Si extrapolamos estas ideas a la sentencia sobre "educación no sexista", se puede apreciar que el conflicto sometido a decisión del Tribunal no tuvo por objeto los "derechos de participación" ni normas relativas al procedimiento de formación de la ley. Como lo alegado por los requirentes era la invocación de un límite material al quehacer legislativo (la vulneración de derechos fundamentales), el Tribunal se abstuvo de ejercer su competencia por considerarlo una "cuestión política". Así, como se revisó, para la magistratura constitucional basta que una decisión sea

23 WALDRON (2005) pp. 337-340.

24 Con ello, Waldron acepta que existe una conexión entre la idea de derechos y la democracia. La concepción de "derechos" que sostiene es individualista e igualitaria, porque toma en cuenta las opiniones de cada uno de los participantes para resolver los desacuerdos. Con ello, su teoría de la autoridad y de la democracia es una basada en derechos, de modo tal que lo que justifica su posición mayoritarista es una necesaria afirmación de la idea de derechos. Sin embargo, Waldron descarta los modelos sustantivistas u orientados hacia el resultado de la deliberación democrática. Se ha criticado que esta concepción procedimentalista de la legitimidad política que adopta Waldron es inestable, ya que las discrepancias sobre cuál es el mejor procedimiento para tomar decisiones políticas sólo puede responder a criterios (desacuerdos) sustantivos, provocando un regreso al infinito sobre la discusión de los valores procedimentales y sustantivos, deviniendo en una "paradoja" que afecta cualquier modelo de legitimidad política democrática. GARGARELLA Y MARTÍ (2005) pp. XXIV-XXVI.

25 WALDRON (2005) p. 362.

26 WALDRON (2005) pp. 366-367.

27 Con ello, Waldron defiende una "concepción mayoritarista de la política". GARGARELLA Y MARTÍ (2005) p. XX.

28 WALDRON (2005) p. 369.

29 GARGARELLA Y MARTÍ (2005) pp. XXVII-XVIII.

30 GARGARELLA Y MARTÍ (2005) p. XXXII.

tomada por el órgano legislativo, para que esta sea “válida”, es decir, conforme con la Constitución, obligando a los intérpretes a contenerla dentro de los márgenes que impone la norma constitucional³¹.

Sin embargo, lo que soslaya la sentencia, es que existe una decisión política constituyente vigente sobre esta discusión, que se manifiesta en dos cuestiones normativas: (i) la existencia de principios, valores y derechos constitucionales que expresamente limitan la acción del Congreso Nacional³²; y (ii) la existencia de un órgano expresamente facultado para que garantice jurisdiccionalmente el cumplimiento de tales normas durante el procedimiento de formación de la ley y, también, una vez que este ha culminado. Ese órgano, no está más decirlo, es el propio Tribunal Constitucional³³.

¿Con qué legitimidad el Tribunal puede dejar sin efecto útil ese mandato constitucional? La única explicación posible es sostener que, frente a una decisión constituyente, el Tribunal decide sustituirla por otra. Con esta acción el Tribunal abandona su rol adjudicador del derecho y toma una decisión política, con la repercusión de auto cercenar su propia competencia³⁴. Con ello, de paso, cae en una inconsistencia de la propia teoría democrática en cuyos postulados sostiene sus razonamientos, por cuanto su decisión reemplaza otra gestada o refrendada en varias ocasiones por distintos congresos nacionales o electores convocados a plebiscito³⁵⁻³⁶.

Pero los fundamentos del fallo también abren otra arista respecto de las teorías formalistas de la democracia y tiene que ver con el rol que se le entrega a la judicatura. En efecto, si seguimos tomando a Waldron como referencia, este autor defiende un positivismo normativo que adscribe valor al derecho escrito y legislado institucionalmente, según este cumpla con ciertos rasgos que supriman la arbitrariedad, los cuales son, entre otros: la legislación como producto de un parlamento democrático que goza de autoridad para tomar decisiones que ponen fin al conflicto social; que dicha legislación se plasme en un texto escrito que establezca una regulación clara, sistemática, completa. La mantención al valor de la autoridad

31 Ver nota al pie número 20.

32 Capítulos I y III de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

33 Artículo 93 N°1, N°3, N°6 y N°7 de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

34 Tan evidente resulta este punto que, si se comparan las dos propuestas constitucionales plebiscitadas y rechazadas, fácil es deducir que aquella que terminó aplicando el Tribunal Constitucional fue la PROPUESTA DE CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE CHILE 2022 que definía la función de la llamada Corte Constitucional como la encargada de “ejercer la justicia constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución, de acuerdo con los principios de deferencia del órgano legislativo, presunción de constitucionalidad de la ley y búsqueda de una interpretación conforme con la Constitución” (artículo 377). Además esta propuesta suprimía el control preventivo de constitucionalidad de la ley (artículo 381). En cambio, el ANTEPROYECTO DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE 2023 (artículo 165.1) y la PROPUESTA DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE 2023 describían tal función como “garantizar la supremacía de la Constitución” (artículo 172 letra a).

35 Por mencionar algunos hitos indiscutibles: LEY N°17.284, DE 23 DE ENERO DE 1970, que modifica la Constitución Política del Estado; LEY N°20.050, DE 26 DE AGOSTO DE 2005, sobre reforma constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República; Plebiscito constitucional de 4 de septiembre de 2022; Plebiscito constitucional de 17 de diciembre de 2023.

36 Fallon critica que la propuesta de Waldron ignora la distinción entre el momento en que la Constitución es establecida, y el momento posterior a su establecimiento. Distinguidos ambos momentos, aparece claro que razonablemente el constituyente puede establecer normas sobre control judicial de la legislación para preservar las normas constitucionales de futuros legisladores “patológicos” que pudieran ponerlas en jaque. ¿Por qué va a carecer de legitimidad democrática esa primera decisión? FALLON (2008) p. 1726. Ver también nota al pie número 25.

del legislador democrático y la preservación de la dignidad de la legislación consiste en que los aplicadores del derecho no introduzcan consideraciones morales o de otro tipo en la determinación del derecho, manteniéndose fieles a lo único que el legislador ha producido, que es el texto de la ley. Desde el punto de vista de la teoría de la interpretación jurídica, lo dicho excluye todas aquellas concepciones que den relevancia a las intenciones del legislador³⁷, pues en última instancia, la determinación del derecho no debe depender de criterios o argumentos morales³⁸.

En el caso analizado, cabe preguntarse si la decisión legislativa impugnada en el requerimiento cumplía a cabalidad los parámetros que le permiten dotarse de autoridad y legitimidad política. Aquí la sentencia vuelve a problematizar los postulados de este paradigma, puesto que defiende la posibilidad que el legislador pueda establecer conceptos jurídicos indeterminados y, por lo tanto, excluye la posibilidad de que la regulación deba ser siempre clara y completa. Respecto a la contingencia de arbitrariedad que de tal concepto puede provenir, en un principio de cargo del legislador, queda bajo el control de los jueces. Es decir, la cuestión política sobre el "riesgo" de interpretaciones inconstitucionales se traslada, con posterioridad a la vigencia de la ley, desde el Congreso Nacional a la judicatura.

¿Con qué elementos podrán operar los jueces para dotar de contenido el concepto legislado sin incurrir en valoraciones morales? ¿Tiene el derecho la suficiente densidad en esta materia para alcanzar una interpretación sistemática de la ley? La sentencia argumenta que sí la tiene a partir de la misma Constitución y de tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes. Y que de esa interpretación sistemática se llega a la conclusión que el concepto jurídico legislado es sinónimo de discriminación arbitraria en base al sexo, por la promoción de estereotipos de los papeles masculino y femenino, basados en conceptos de inferioridad y subordinación. Una definición aparentemente del todo razonable. El punto es que el mismo Tribunal señala que no es la única y que puede haber otras. ¿Cuáles son las otras? ¿Cómo elegirán los jueces entre varias interpretaciones plausibles? ¿Qué posibilidad de predicción tienen los justiciables sobre esas otras interpretaciones?

La respuesta que entrega la sentencia a estas preguntas versa sobre una cuestión no jurídica, sino que de mérito: es mejor -argumenta la sentencia- que el legislador prefiera conceptos jurídicos indeterminados a otros rígidos que petrifiquen definiciones legales. Estos últimos, a juicio del Tribunal, acarrear problemas mayores, porque impiden que la doctrina y la jurisprudencia puedan dotarlos de contenido conforme evoluciona la sociedad y la cultura. De esta manera, el Tribunal resuelve la cuestión política que él mismo había planteado como una competencia exclusiva del Congreso, a saber, que es en el parlamento donde se deben ponderar los riesgos que podría implicar la elección de un camino u otro.

Con esta argumentación, el Tribunal modifica las premisas de su argumentación, completando la decisión del legislador, tanto desde el punto de vista de sus

37 WALDRON (2005) pp. 155 y 169.

38 GARGARELLA Y MARTÍ (2005) p. XLII.

fundamentos como de la propia regulación normativa que los requirentes echaban en falta, esto es, definiendo el concepto jurídico indeterminado, y por lo mismo, legislando³⁹.

V. EL TRASLADO DE LA DEMOCRACIA SUSTANTIVA A LAS FUNCIONES EJECUTIVA Y JUDICIAL: LOS DERECHOS SE PROTEGEN EN LOS CASOS CONCRETOS

Cuando afirmamos que en la sentencia comentada el Tribunal Constitucional cercena su atribución de control de constitucionalidad de la ley a uno meramente procedimental, lo hace defiriendo el control sustantivo de la ley a la judicatura ordinaria. Esto último la sentencia lo sostiene bajo el entendido que los derechos sólo pueden verse afectados en casos concretos, y no por una decisión legislativa del Congreso Nacional, pues el problema se halla en la interpretación, no en la cuestión política zanjada por el legislador. El efecto de esta doctrina es que traslada los contenidos de la democracia sustantiva a otras funciones del Estado, produciendo el vaciamiento de la función legislativa.

Este vaciamiento se produce porque el Tribunal Constitucional equipara la función legislativa a la función constituyente, reconociendo que la primera puede establecer “conceptos jurídicos indeterminados” o “valores” tal como lo hace la Constitución, equiparando dos fuentes del derecho que tienen funciones distintas dentro de un mismo sistema jurídico. En efecto, la ley no tiene la función de repetir al infinito, bajo distintos signos que tienen el mismo significado, el lenguaje abierto que poseen las constituciones políticas. Su rol principal es desarrollar esos mandatos abiertos con normas generales y abstractas que doten de seguridad y certeza al sistema, permitiendo la subordinación de las fuentes de menor jerarquía a los mandatos legales y, en último término, a los constitucionales.

En la doctrina sustentada por el fallo, la función legislativa se convierte en una cáscara vacía: lo que fuere que ella contiene, tiene un valor en sí mismo, por la naturaleza del órgano que lo produce, pero no el para qué lo produce. Así, el contenido, que regla la convivencia política, se entrega a las autoridades administrativas y judiciales. Esto evidencia una crisis del derecho y, por lo mismo, una crisis de la democracia.

Ferrojoli sostiene que la crisis del derecho se expresa en tres dimensiones: la llamada “crisis de la legalidad”, que define como aquella en que decae el valor vinculante de las reglas por los titulares de los poderes públicos. La “crisis del Estado social” que, entre sus efectos, se halla el deterioro de la forma de la ley y la consecuente ausencia e ineficacia de los derechos fundamentales. Y, en tercer lugar, la “crisis del Estado nacional” que se manifiesta en los lugares de la soberanía, en la alteración del sistema de fuentes y, en consecuencia, en el debilitamiento del constitucionalismo⁴⁰.

39 Esclarecedor resulta el voto de prevención de la ministra Catalina Lagos que, en su punto sexto, señala que el Tribunal no puede “arrogarse la facultad de fijar el exacto sentido y alcance de la norma legal sometida a su consideración”, es decir, arrogarse la facultad de hacer la interpretación auténtica de la ley.

40 FERRAJOLI (2009) pp. 15-17.

La crisis del derecho deviene en una crisis a la democracia, porque “en todos los aspectos señalados, equivale a una crisis del principio de legalidad, es decir, de la sujeción de los poderes políticos a la ley, en la que se funda tanto la soberanía popular como el paradigma del Estado de derecho. Y se resuelve en la reproducción de formas neoabsolutistas del poder público, carentes de límites y de controles y gobernadas por intereses fuertes y ocultos, dentro de nuestros ordenamientos”⁴¹.

La garantía del derecho, en el Estado constitucional de derecho, es posible porque su producción está disciplinada por normas formales y sustanciales, de derecho positivo, fijando sus condiciones de validez según su cumplimiento. En consecuencia, el derecho programa sus formas de producción a través de procedimientos de formación de la ley y de contenidos sustanciales, estos últimos vinculados normativamente a los principios y valores constitucionales⁴². Ferrajoli tilda de concepción “paleopositivista de la validez del derecho” el desconocimiento de cualquiera de estas dos dimensiones.

El autor italiano concluye que la dimensión sustancial del Estado de derecho “se traduce en dimensión sustancial de la propia democracia”⁴³. Esa sustancia está dada por los derechos fundamentales, sobre la cual se erige la igualdad ante el derecho, y cuyas características son la universalidad, indisponibilidad e inalienabilidad, que los sustrae del mercado y de la decisión política⁴⁴. En consecuencia, son un límite a las mayorías, su respeto fuente de legitimidad y su irrespeto de deslegitimidad.

Cuando la sentencia afirma que el legislador tiene competencia para fijar conceptos jurídicos indeterminados, tal como lo hace la Constitución, como ya se dijo, difumina la especialidad funcional entre la función constituyente y la legislativa, poniéndolos en planos de igualdad competencial y, por lo mismo, excluyendo la subordinación jerárquica de ambas fuentes del derecho (la ley debe ser conforme con la Constitución). Tal subordinación sólo obligaría a los intérpretes de la ley que deben hacer una interpretación conforme con el texto constitucional. Pero, cuando el sentido de la ley no es claro, como en este caso, que se introduce un concepto sin tradición jurídica, se traslada su definición desde el Congreso Nacional a una autoridad administrativa o judicial que deberá completar esa decisión política-legislativa. O usando propiamente un lenguaje positivo, la administración o los jueces van a regular, complementar, limitar, imponer condiciones, tributos o requisitos al ejercicio de los derechos constitucionales involucrados, todo lo cual es materia de ley⁴⁵.

Con esta doctrina, el Tribunal Constitucional erosiona su propia legitimidad democrática, pues se desvincula del concepto de democracia sustancial, renunciando a su rol de garante de la juridicidad: la amputación que hace del alcance del control que le compete en esta materia⁴⁶, termina excluyendo un juicio sobre la validez de la

41 FERRAJOLI (2009) p. 17.

42 FERRAJOLI (2009) pp. 19-20. Esto es lo que el autor denomina “modelo o sistema garantista”.

43 FERRAJOLI (2009) p. 23.

44 FERRAJOLI (2009) p. 23.

45 Artículos 19 N°26; 63 N°2 y 64, inciso segundo, entre otros, de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

46 Artículo 93 N° 3 de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

ley cuando no se adecua a las normas sustantivas de la Constitución y poniendo en jaque la justificación de su propia existencia contra texto normativo expreso⁴⁷. Con ello, fragiliza el concepto de democracia que consagra la Carta Constitucional vigente. Este comprende concebir los derechos fundamentales como límites al legislador. Desconocer la vinculación de la función legislativa a esta dimensión material de la democracia tiene un impacto en el principio de separación de funciones, por cuanto debilita controles constitucionales y redistribuye competencias tasadas a otros órganos constitucionales.

VI. LA RECALIFICACIÓN DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y EL ABANDONO DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE FUNCIONES

Como se ha argumentado, la sentencia comentada jibariza la función legislativa. Esta tendría el cometido de fijar “valores” cuya interpretación ideológica quede abierta para ser determinada caso a caso por los jueces de una forma “conforme a la Constitución”, la que a su vez también puede ser interpretada ideológicamente, de acuerdo con lo sostenido por la misma sentencia. Si la ley repite “valores” constitucionales con distintos signos, ¿qué sentido tiene su existencia como fuente del derecho? ¿No basta con tener una Constitución y jueces? ¿qué es lo que realmente media la ley entre la Constitución y los jueces? Al parecer nada, salvo el simple objetivo de “reforzar” ciertos valores en un determinado ámbito de regulación (la educación)⁴⁸.

Esta constatación en la doctrina del fallo permite afirmar que el principio democrático se traslada orgánicamente al Poder Judicial, detentador final del significado del Derecho, y por lo tanto la última y la primera fuente de este. El Congreso Nacional queda reducido a un órgano encargado de una ritualidad procedimental que se erige en un rol testimonial de los desacuerdos políticos, que luego serán resueltos por los jueces.

Como sostiene Bachof, en la interpretación judicial de un precepto jurídico se halla una configuración de la norma, que comprende un juicio de valores del juez, que expresa una auténtica y originaria decisión sobre el ordenamiento jurídico, incrementando su poder respecto de las demás funciones del Estado, que ven, a su vez, disminuida su propia esfera de actuación⁴⁹. El “derecho judicial de control” entrega la competencia a todos los tribunales para hacer un control material de las leyes con arreglo a la Constitución⁵⁰. En nuestro ordenamiento jurídico, ese derecho judicial de control al legislador está entregado de forma exclusiva al Tribunal Constitucional. Cuando este órgano renuncia a su competencia, deja caer el principio de juridicidad, desbalanceando la vigencia del principio de separación de funciones y, por lo mismo, el Estado de Derecho. Y no responde a la pregunta de por qué los jueces estarían mejor preparados o calificados que el propio Tribunal Constitucional para decidir el significado constitucional de la ley.

47 FERRAJOLI (2009) p. 26.

48 Ver los considerandos octavo y noveno de la sentencia comentada.

49 BACHOF (2021) pp. 67-68.

50 Pero de acuerdo a la Constitución alemana, la interpretación última queda radicada en el Tribunal Constitucional. BACHOF (2021) p. 72.

El fortalecimiento del poder del juez es consecuencia de un debilitamiento de la ley. Ésta ha perdido su carácter universal y abstracto para convertirse en un medio de configuración política encaminada a un fin, atendiendo situaciones concretas, de corto plazo y negociada por grupos de interés contrapuestos. También, se ha convertido en un medio de cambiantes fines políticos que ha dañado la idoneidad de los órganos colegisladores para considerar el valor jurídico que vincula a la voluntad política; y se ha visto afectada como producto final de una deliberación marcada por una forma de ejercicio de la representación popular y la cantidad de trabajo de los parlamentarios, que termina por afectar la deliberación de la ley y su texto final⁵¹.

En el caso que se comenta, si el Tribunal Constitucional quería reforzar el aspecto procedimental de la democracia debió haber compelido al legislador a completar su tarea, esto, es, a definir el concepto. Pues el principio de deferencia al legislador no es cualquier deferencia, sino que debe estar "razonada" desde la misma Constitución. La existencia de conceptos jurídicos indeterminados, que por cierto pueden existir en la legislación, exige que estén insertos en sistemas que permitan su cabal comprensión. La falta de acuerdo político para fijar un entendimiento común dentro del proceso legislativo tiene un efecto que repercute en el principio democrático: el reto que imponen la existencia de sociedades multiculturales tiene como único límite de superación las posibilidades abiertas a la plena participación de todos en el proceso democrático⁵². Tal participación se ve restringida si el debate se traslada a otros órganos que no tienen un diseño institucional que la asegure, como los órganos judiciales que resuelven conflictos entre partes.

El análisis de esta perspectiva también es una tarea que está incluida dentro de la garantía del principio de supremacía constitucional, de cargo del Tribunal Constitucional. En el caso comentado, este órgano aplica principios de resolución, como el principio de interpretación conforme con la Constitución, sin medir el momento legislativo en el cual se encuentra ejerciendo su atribución de control. En efecto, tal principio es de recurrente uso en el control represivo de la ley, donde la discusión legislativa está cerrada, y por lo mismo, se considera la protección de otros bienes jurídicos, como la deferencia razonada, la igualdad ante la ley, la seguridad y certeza jurídica frente a situaciones consolidadas y derechos adquiridos bajo un determinado estatuto legal vigente. Pero no es usual, como lo hace la sentencia, que el principio de interpretación conforme se utilice en ejercicio del control preventivo de la ley. Y queda abierta la pregunta de si en el futuro siempre aplicará este principio. De hacerlo, es fácil proyectar la configuración de un nuevo rol que coloca al Tribunal en una posición ambigua y probablemente conflictiva entre el legislador y la Corte Suprema. En el primer caso, porque disputará a los colegisladores la interpretación auténtica de la ley; y en el segundo, pues podría transformar a la acción de inaplicabilidad en un recurso de revisión de interpretaciones judiciales⁵³.

51 BACHOF (2021) pp. 90-91.

52 GUTIÉRREZ (2007) p. 22.

53 Tal como se argumentó supra, para sostener su argumentación de que existe una interpretación posible y razonable, el Tribunal Constitucional debe dar una definición al concepto jurídico indeterminado, que fue lo que precisamente no quiso hacer el legislador (ver la nota número 40). Y luego, cuando afirma que las interpretaciones de este concepto podrán ser controladas judicialmente, incluso vía inaplicabilidad, no está diciendo otra cosa que podrá inaplicar el precepto legal cuando los jueces le den una interpretación no conforme con la Constitución, es decir, convirtiendo a la acción en un recurso de amparo contra resoluciones judiciales (ver el considerando quinto de la sentencia).

De ahí que el control preventivo del Tribunal Constitucional cumple una importante misión en la generación del derecho y la consecuente distribución de competencias que aseguran su vigencia y eficacia. En otras palabras, asegura la garantía del “consenso democrático fundamental”, es decir, el reconocimiento de todos los miembros de la sociedad como libres e iguales; y el acuerdo y reconocimiento conjunto de las reglas de procedimiento, que han de ser respetada por todos, para la generación del derecho. Sin ese consenso fundamental sobre el proceso de producción del Derecho, este pierde su legitimidad y desaparece la frontera entre “fuerza” y “poder”⁵⁴.

En síntesis, el Tribunal Constitucional chileno cumple un rol decisor en la legitimación democrática del derecho. Para eso están configuradas sus diversas competencias. Tal como se ha argumentado, su acción o, en este caso, su inacción tiene un impacto en la crisis del Derecho y en la consecuente crisis de la democracia.

VII. CONCLUSIÓN

El Tribunal Constitucional no es libre para elegir y argumentar desde teorías que la Constitución Política no recoge en su texto. Cuando lo hace, abandona su rol de intérprete del texto constitucional y pasa a asumir una función constituyente. Lo anterior se corrobora cuando la decisión sustentada en el fallo no puede ser justificada en base a la dogmática constitucional. La falta de sistematicidad en el método que sostiene sus razonamientos se demuestra cuando sus postulados conducen a premisas que no son sostenibles entre sí desde la Carta Fundamental, o cuando deja sin efecto útil instituciones reguladas en el texto constitucional.

La sentencia fragiliza el principio democrático y atribuye competencias extraordinarias a determinados órganos, en desmedro de otros, produciendo una concentración del poder de forma privilegiada en la judicatura, que se erigen como pieza angular del diseño concreto de las políticas públicas vía legislativa. En efecto, de acuerdo a la argumentación de la sentencia, los jueces son la primera y última fuente del derecho, pues ley y Constitución no son más que cartas de valores que deben ser concretadas caso a caso por los jueces. En este sentido, Constitución y ley serían el resultado inocuo de procesos deliberativos que expresan una voluntad democrática llamada a poner “énfasis” en la conducción de la comunidad política, los cuales luego son operativizados por los jueces.

La protección de los derechos constitucionales supone su garantía jurisdiccional y legal. En último término, la sentencia no asegura que el legislador democrático cumpla su tarea de desarrollo en la protección legal de los derechos constitucionales, adscribiéndolo a un papel secundario en el Estado constitucional.

54 DENNINGER (2007) pp. 37.38.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALVEAR TÉLLEZ, Julio (2024): "TC y tentación totalitaria: crítica a la sentencia sobre "educación no sexista"." Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Análisis-Juridico/2024/04/19/913621/sentencia-tc-educacion-no-sexista.aspx>.
- BACHOF, Otto (2021): El poder del juez y la Constitución seguido de otros escritos (Lima, Editorial Palestra, primera edición).
- DENNINGER, Erhard (2007): "Derecho y procedimiento jurídico como engranaje en una sociedad multicultural", en Ignacio Gutiérrez Gutiérrez (edit. y trad.), Derecho constitucional para la sociedad multicultural (Madrid, Editorial Trotta), pp. 27-50.
- FALLON, Richard (2008): "The core of an uneasy case for judicial review", en Harvard Law Review, Vol. 121, N° 7, pp. 1693-1736.
- FERRAJOLI, Luigi (2009): Derechos y garantías. La ley del más débil (Madrid, Editorial Trotta, sexta edición).
- GARGARELLA, Roberto y MARTÍ, José Luis (2005): "Estudio preliminar. La filosofía del Derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos", en Derecho y desacuerdos (trad. José Luis Martí y Águeda Quiroga, Madrid, Editorial Marcial Pons), pp. XIII-XLVIII.
- GUTIÉRREZ, Ignacio (2007): "Introducción", en Ignacio Gutiérrez Gutiérrez (edit. y trad.), Derecho constitucional para la sociedad multicultural (Madrid, Editorial Trotta), pp. 9-25.
- SALEM, Catalina (2016): "¿Quién controla al supremo intérprete de la Constitución? Una propuesta a partir de la integración del Tribunal Constitucional chileno", en Revista de Derecho Universidad Finis Terrae, Vol. 4, N° 2, pp. 143-165.
- SALEM, Catalina (2017): "Integración del Tribunal Constitucional: un análisis crítico al sistema de designación actual", en Revista Derecho Público Iberoamericano, N°11, pp. 69-86.
- SALEM, Catalina (2021): "Propuestas para el fortalecimiento de la legitimidad democrática del Tribunal Constitucional", en Tránsito Constitucional: Cambio hacia una nueva Constitución (Santiago, Editorial Tirant Lo Blanch), pp. 527-542.
- SALEM, Catalina (2024): "Fallo sobre "educación no sexista": examen de sus efectos para la dogmática Constitucional". Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Análisis-Juridico/2024/04/17/913609/fallo-tc-educacion-no-sexista.aspx>.
- WALDRON, Jeremy (2005): Derecho y desacuerdos (trad. José Luis Martí y Águeda Quiroga, Madrid, Editorial Marcial Pons).

JURISPRUDENCIA CITADA

Requerimiento de inconstitucionalidad formulado por un grupo de parlamentarios que constituyen más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio del H. Senado y

de la H. Cámara de Diputadas y Diputados respecto de todo o parte de los preceptos comprendidos en las frases que transcriben de los artículos 11, 31 y 41 del proyecto de ley que “establece un sistema de garantías de los derechos de la niñez”, contenido en el Boletín N° 10.315-18: sentencia rol N° 11.315/11.317-21 (acumuladas), de 26 de julio de 2021, Tribunal Constitucional.

Requerimiento de inconstitucionalidad respecto de la expresión “no sexista” y la conjunción “y” del artículo 12, inciso segundo, del proyecto de ley que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género, contenido en el Boletín N° 11.077-07: sentencia rol N° 15.276-2024, de 8 de abril de 2024, Tribunal Constitucional.

NORMAS Y DOCUMENTOS CITADOS

Anteproyecto de Constitución Política de la República de Chile 2023

Constitución Política de Chile.

Constitución Política del Estado, 1925.

Propuesta de Constitución Política de la República de Chile 2022.

Propuesta de Constitución Política de la República de Chile 2023.

Ley N° 17.284 del 23 de enero de 1970, modifica la Constitución Política del Estado.

Ley N° 21.675 del 14 de junio de 2024, estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género.