

TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL CHILE

---



# JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

---

TOMO XIX

Sentencias Pronunciadas  
entre 2010 y 2012

Roles N<sup>OS</sup> 1.651 - 1.740



JURISPRUDENCIA  
CONSTITUCIONAL

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

En la recopilación y edición de este volumen participó la Dirección de Estudios del Tribunal, con la colaboración de las egresadas de derecho de la Universidad de Chile, Josefa Rodríguez Benavente y María Jesús Fernández Gumucio.

**Editado por  
Tribunal Constitucional  
de Chile**

Director de Publicaciones, Cristián García Mechsner

© Tribunal Constitucional, septiembre 2013  
Avda. Apoquindo 4.700, La Condes, Santiago, Chile

Registro de Propiedad Intelectual  
Inscripción N° 229.904  
ISBN: 978-956-8186-30-2  
Santiago de Chile

Diseño e impresión:  
versión | producciones gráficas Ltda.

IMPRESO EN CHILE | PRINTED IN CHILE

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
CHILE

JURISPRUDENCIA  
CONSTITUCIONAL

TOMO XIX

SENTENCIAS PRONUNCIADAS ENTRE 2010 Y 2012  
ROLES N<sup>os</sup> 1.651 - 1.740



El Excelentísimo Tribunal Constitucional de Chile  
está integrado por

MARISOL PEÑA TORRES (PRESIDENTA)

RAÚL BERTELSEN REPETTO

HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE

FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES

CARLOS CARMONA SANTANDER

IVÁN ARÓSTICA MALDONADO

GONZALO GARCÍA PINO

DOMINGO HERNÁNDEZ EMPARANZA

JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN

MARÍA LUISA BRAHM BARRIL





## ÍNDICE GENERAL

<i>Presentación del ex Presidente del Excmo. Tribunal Constitucional, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto .....</i>	11
Sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional entre 2010 y 2012 .....	15
Índices:	
– Índice temático de sentencias .....	729
– Índice general de sentencias .....	753



## PRESENTACIÓN

En este Tomo XIX de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que comprende más de setecientas cincuenta páginas de extensión, se transcribe, entre otras resoluciones de término, el texto completo de las sentencias definitivas e interlocutorias de inadmisibilidad que han recaído en un total de noventa procesos individualizados con roles N<sup>os</sup> 1.651 a 1.740.

A la fecha de esta edición, el Tribunal ha ejercido en pocas ocasiones la atribución contemplada en el numeral 7° del artículo 93 de la Constitución, para analizar la eventual inconstitucionalidad de un determinado precepto legal, previamente declarado inaplicable (roles N<sup>os</sup> 558, 590, 681, 1.173, 1.254, 1.345, 1.710, 1.723 y 2.081). Teniendo en consideración la circunstancia anotada, resulta digno destacar que en este ejemplar el lector encontrará el texto completo de dos pronunciamientos de singular importancia, emitidos en procesos de esa naturaleza. El primero, contenido en la sentencia de 6 de agosto de 2010 –STC Rol N<sup>o</sup> 1.710–, en la que el Tribunal declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 38 ter de la Ley N<sup>o</sup> 18.933, de Isapres; en la parte que regulaba el sistema de alza en el precio de los contratos de salud previsional por razones de edad y sexo, que ofrecen las Instituciones de Salud Previsional a sus afiliados. El segundo, en tanto, de fecha 24 de mayo de 2011, contiene la declaración de no haberse alcanzado el quórum exigido constitucionalmente para dictar sentencia de inconstitucionalidad total o parcial del artículo 2331 del Código Civil y la resolución de archivo de los autos de inconstitucionalidad, Rol N<sup>o</sup> 1.723, iniciados de oficio por el Tribunal.

El lector podrá asimismo conocer los fundamentos que motivaron los fallos –en su gran mayoría estimatorios de la acción– dictados por el Tribunal en procesos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en fecha posterior a la declaración de inconstitucionalidad del aludido artículo 38 ter de la Ley de Isapres.

Dentro de las sentencias que aparecen publicadas en esta edición, cabe mencionar, adicionalmente, las que acogieron los respectivos requeri-

mientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducidos en contra de dos artículos del Código Civil: el artículo 206 (STC Rol N° 1.656) y el artículo 2331 (STC Rol N° 1.679).

Finalmente en este tomo de jurisprudencia se pueden revisar pronunciamientos recaídos en contiendas de competencia formuladas ante la Magistratura y otras tantas sentencias emitidas por el Tribunal en ejercicio de la atribución de control preventivo y obligatorio de constitucionalidad de preceptos de naturaleza orgánica constitucional contenidos en proyectos de ley remitidos por el Congreso Nacional. Respecto de estas últimas, destacan las referidas a proyectos de ley dictados para regular situaciones relacionadas con el sismo que afectó el país en febrero del año 2010 –proyecto que aprobó prórroga de plazos de las actuaciones judiciales y modificación de la declaración de muerte presunta en las comunas afectadas por el terremoto; proyecto de ley que modificó la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades en sentido de ampliar el plazo para la rendición de la cuenta pública ante el Concejo, respecto de los alcaldes de comunas afectadas por el sismo–.

Es firme propósito del Tribunal que el conocimiento de su jurisprudencia, a través de este esfuerzo editorial del mismo organismo, sirva para avanzar en la difusión de los valores, normas y principios que integran el Texto Constitucional.

RAÚL BERTELSEN REPETTO

*Ex Presidente  
Tribunal Constitucional*

**SENTENCIAS PRONUNCIADAS  
POR EL EXCELENTÍSIMO  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
ENTRE 2010 Y 2012**

**Roles N<sup>os</sup> 1.651 - 1.740**



## ROL Nº 1.651-2010

### CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY QUE OTORGA BONO SOLIDARIO A LAS FAMILIAS DE MENORES INGRESOS

#### **Ley Nº 20.428, de 24 de marzo de 2010**

Santiago, veinticuatro de marzo de dos mil diez.

#### **VISTOS Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.** Que, por Oficio Nº 8613, de 18 de marzo de 2010, ingresado a esta Magistratura con igual fecha, la Cámara de Diputados ha remitido el proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que otorga un bono solidario a las familias de menores ingresos (Boletín Nº 6.852-05), con el objeto de que este Tribunal, conforme a la atribución que le ha sido conferida en el Nº 1º del inciso primero del artículo 93 de la Constitución Política, ejerza el control preventivo de constitucionalidad respecto de las normas que regulan materias propias de ley orgánica constitucional que aquél contiene;

**SEGUNDO.** Que el Nº 1º del inciso primero del artículo 93 de la Ley Fundamental establece que, entre otras, es atribución de este Tribunal “*ejercer el control de constitucionalidad (...) de las leyes orgánicas constitucionales*”. A su vez, el inciso segundo del mismo precepto fundamental dispone: “*En el caso del número 1º, la Cámara de origen enviará al Tribunal Constitucional el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquél en que quede totalmente tramitado por el Congreso.*”;

**TERCERO.** Que, en razón de lo establecido en las disposiciones referidas precedentemente, corresponde a esta Magistratura, en la oportu-

tunidad que en ellas se señala, pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas de la iniciativa legislativa remitida a control en estos autos, que estén comprendidas dentro de las materias que el constituyente ha reservado a una ley orgánica constitucional;

**CUARTO.** Que el artículo 77 de la Constitución Política dispone:

*“Art. 77. Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República. La misma ley señalará las calidades que respectivamente deban tener los jueces y el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas ministros de Corte o jueces letrados.*

*La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, sólo podrá ser modificada oyendo previamente a la Corte Suprema de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva.*

*La Corte Suprema deberá pronunciarse dentro del plazo de treinta días contados desde la recepción del oficio en que se solicita la opinión pertinente.*

*Sin embargo, si el Presidente de la República hubiere hecho presente una urgencia al proyecto consultado, se comunicará esta circunstancia a la Corte.*

*En dicho caso, la Corte deberá evacuar la consulta dentro del plazo que implique la urgencia respectiva.*

*Si la Corte Suprema no emitiera opinión dentro de los plazos aludidos, se tendrá por evacuado el trámite.*

*La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, así como las leyes procesales que regulen un sistema de enjuiciamiento, podrán fijar fechas diferentes para su entrada en vigencia en las diversas regiones del territorio nacional. Sin perjuicio de lo anterior, el plazo para la entrada en vigor de dichas leyes en todo el país no podrá ser superior a cuatro años.”;*

**QUINTO.** Que el texto del proyecto de ley sometido a control preventivo de constitucionalidad es el siguiente:

**“PROYECTO DE LEY:**

*Artículo 1°. Concédese, por una sola vez, un bono extraordinario a los beneficiarios de subsidio familiar establecido en la ley N° 18.020 y a los beneficiarios de asignación familiar del decreto con fuerza de ley N° 150, de 1981, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, y de la asignación maternal a que se refiere el artículo 4° del citado decreto con fuerza de ley, que perciban las referidas asignaciones por tener ingresos iguales o inferiores al límite máximo establecido en el artículo 1° de la ley N° 18.987. El bono será de \$40.000 por cada causante que el beneficio tenga acreditado como tal al 31 de diciembre de 2009. Cada causante sólo dará derecho a un bono, aun cuando el beneficiario estuviere acogido a diversos regímenes previsionales y desempeñare trabajos diferentes y aun cuando pudiese ser invocado en dicha calidad por más de un beneficiario. En este último evento, se preferirá siempre a la madre beneficiaria.*

*En las situaciones previstas en los incisos segundo y tercero del artículo 7° del citado decreto con fuerza de ley N° 150, el beneficiario que perciba el bono a que se*



refiere el inciso anterior estará obligado, en un plazo máximo de 30 días contado desde que lo reciba, a entregarlo a quien al 31 de diciembre de 2009 se encuentre recibiendo el pago efectivo de las respectivas asignaciones. Igual obligación tendrá respecto de quien tenga derecho a alimentos decretados judicialmente a favor de los causantes de asignación familiar que den origen al bono a que se refiere este artículo.

Las controversias que se susciten con ocasión del incumplimiento de las obligaciones establecidas en el inciso anterior, serán resueltas en la forma establecida en el inciso tercero, del artículo 1° de la ley N° 20.360.

Igualmente, tendrán derecho a un bono de \$40.000 por familia, ya sea que ésta esté compuesta por una o más personas, aquellas que, al 31 de diciembre de 2009 estén registradas en el Sistema de Protección Social “Chile Solidario”, conforme a los registros que al efecto mantiene el Ministerio de Planificación, y que no se encuentren en el supuesto del artículo 7° de la ley N° 19.949, las que en cuanto al monto del bono, se regirán por el inciso primero.

El referido bono no constituirá remuneración ni renta para ningún efecto legal y, en consecuencia, no será imponible ni tributable y no estará afecto a descuento alguno.

El bono establecido en este artículo será de cargo fiscal y se pagará por el Instituto de Previsión Social, en una sola cuota, y a partir del mes en que se publique esta ley. Al efecto, el Instituto de Previsión Social podrá celebrar convenios directos con una o más entidades bancarias que cuenten con una red de sucursales que garantice la cobertura nacional.

Con todo, tratándose del personal de las instituciones públicas centralizadas y descentralizadas, con excepción de aquellas a que se refiere el inciso cuarto del artículo 32 del citado decreto con fuerza de ley N° 150, que en su calidad de empleadores participen en la administración del sistema de asignación familiar, el pago del bono extraordinario lo efectuarán directamente a su personal, o a quien corresponda, según lo dispuesto en el inciso segundo, de conformidad con lo dispuesto por la Superintendencia de Seguridad Social. El pago se realizará conjuntamente con la remuneración correspondiente, recuperando los montos involucrados a través del mismo procedimiento establecido en el artículo 32 del aludido decreto con fuerza de ley N° 150, para el caso de las asignaciones familiares.

El plazo para reclamar por el no otorgamiento del bono a que se refiere este artículo, será de un año contado desde la publicación de la presente ley.

En tanto, el plazo para el cobro del bono a que se refiere este artículo será de seis meses contado desde la emisión del pago.

A quienes perciban indebidamente el bono extraordinario que otorga este artículo, ocultando datos o proporcionando datos falsos, se les aplicarán las sanciones administrativas y penales que pudieren corresponderles. Además, el infractor deberá restituir las sumas indebidamente percibidas, reajustadas de conformidad a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas, entre el mes anterior a aquel en que se percibió y el que antecede a su restitución.

*Para efectos de la adecuada implementación del bono extraordinario a que se refiere este artículo, la Superintendencia de Seguridad Social tendrá las facultades concedidas en el artículo 26 del citado decreto con fuerza de ley N° 150 y en el artículo 2° de la ley N° 18.611. Tratándose de los beneficiarios de la ley N° 19.949, el Ministerio de Planificación tendrá las facultades concedidas en dicha ley.*

**Artículo 2°.** *El mayor gasto que represente la aplicación del artículo 1° de la presente ley, se financiará con cargo a la asignación correspondiente de la Partida respectiva del Tesoro Público.”;*

**SEXTO.** Que el inciso tercero del artículo 1° del proyecto de ley transcrito en el considerando precedente, regula una materia propia de la ley orgánica constitucional a que se refiere el inciso primero del artículo 77 de la Carta Fundamental, en tanto confiere una nueva atribución a los tribunales de familia, a los cuales alude el inciso tercero del artículo 1° de la Ley N° 20.360, citado en la misma disposición de la iniciativa en examen;

**SÉPTIMO.** Que consta de autos que la norma del proyecto de ley examinada por este Tribunal ha sido aprobada en ambas Cámaras del Congreso Nacional con las mayorías requeridas por el inciso segundo del artículo 66 de la Constitución Política de la República y que, respecto de ella, no se ha suscitado cuestión de constitucionalidad;

**OCTAVO.** Que, en lo relativo al cumplimiento de la exigencia prevista en el inciso segundo del artículo 77 de la Carta Fundamental, cabe recordar que, como indicó esta Magistratura en sentencia de fecha 31 de marzo de 2009, Rol N° 1.316, *“la exigencia establecida por la Constitución en su artículo 77, inciso segundo, en el sentido que la ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales sólo puede modificarse oyendo previamente a la Corte Suprema, tiene su razón de ser en el hecho de que resulta conveniente y necesario que el Tribunal Superior del Poder Judicial, atendida su calificación y experiencia en la materia, pueda dar a conocer a los órganos colegisladores su parecer acerca de un proyecto de ley en el cual se contienen reformas que se considera necesario introducir a dicho cuerpo normativo, con el objeto de contribuir, así, a que éstas sean las más adecuadas. Se trata de un trámite esencial para la validez constitucional de esta ley orgánica, para lo cual debe tenerse presente que al señalar la Constitución Política de la República que la Corte Suprema debe ser oída previamente, ello supone que se efectúe la consulta durante la discusión de la ley en el Congreso Nacional si el mensaje o moción se hubiere presentado sin su opinión y con anterioridad a la aprobación de la misma”* (c. séptimo);

**NOVENO.** Que si bien con anterioridad a la reforma introducida en esta materia al artículo 77 (74) por la Ley N° 19.597, de 1999, la Carta Fundamental no fijaba un plazo dentro del cual la Corte Suprema debía emitir su opinión, la citada reforma vino a señalarle plazos expresos dentro de los cuales debe hacerlo, bajo sanción de que si no lo hace dentro de ellos, se tiene por evacuado el trámite y, consecuentemente, por cumplida la exigencia constitucional de oírla previamente;

**DÉCIMO.** Que, según consta del Oficio N<sup>º</sup> 8613, de 18 de marzo del año en curso, de la Cámara de Diputados, mediante el cual se remitió a este Tribunal el proyecto sometido a control, dicha Corporación envió en consulta a la Corte Suprema la iniciativa, con fecha 16 de marzo de 2010, mediante su Oficio N<sup>º</sup> 8581;

**DECIMOPRIMERO.** Que, conforme se señala en el Oficio N<sup>º</sup> 8613, citado en el considerando anterior, el proyecto quedó totalmente tramitado por el Congreso Nacional el día 18 de marzo de 2010;

**DECIMOSEGUNDO.** Que mediante el Oficio N<sup>º</sup> 8618, fechado 19 de marzo de 2010, la Cámara de Diputados remitió a esta Magistratura una copia del Oficio N<sup>º</sup> 20, de 19 de marzo de 2010, que contiene el informe evacuado en este caso por la Corte Suprema, en cumplimiento de la norma constitucional aludida;

**DECIMOTERCERO.** Que, como señala la Corte Suprema en el aludido informe, atendido que para la tramitación del proyecto en examen se había fijado “discusión inmediata”, el plazo a que se refiere el inciso quinto del artículo 77 de la Constitución para que ese Tribunal emitiera su pronunciamiento, era de tres días, conforme a lo establecido por el artículo 27 de la Ley N<sup>º</sup> 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional;

**DECIMOCUARTO.** Que de estos antecedentes se desprende que se dio aprobación por el Congreso Nacional al proyecto de ley sometido a control y se comunicó al Presidente de la República para los efectos previstos en el artículo 72 de la Constitución, con fecha 18 de marzo del año en curso, no obstante estar aún pendiente, ese día, el plazo que la Carta Fundamental otorgaba a la Corte Suprema para emitir su opinión sobre el mismo;

**DECIMOQUINTO.** Que corolario de lo razonado en los considerandos precedentes es que no puede considerarse cabalmente cumplida la exigencia establecida en el inciso segundo del artículo 77 de la Ley Suprema, con relación al inciso tercero del artículo primero del proyecto en examen, habiéndose incurrido, por lo tanto, respecto de dicha disposición, en un vicio de inconstitucionalidad;

**DECIMOSEXTO.** Que, como consecuencia de todo lo anterior, este Tribunal Constitucional se encuentra en el deber constitucional de declarar inconstitucional el inciso tercero del artículo primero del proyecto de ley sometido a control, y así se hará.

y VISTO lo dispuesto en los artículos 66, inciso segundo, 72, 77, 92 y 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 1<sup>º</sup> de la Constitución Política de la República y lo prescrito en los artículos 34 al 37 de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

**SE DECLARA:**

Que el inciso tercero del artículo 1° del proyecto de ley remitido para su control preventivo es inconstitucional y debe ser eliminado de su texto.

**Se deja constancia de que la sentencia fue acordada luego de desecharse la indicación de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schlake y Carlos Carmona Santander**, quienes estuvieron por que el Tribunal se abstuviera de emitir pronunciamiento ya que el inciso tercero del artículo 1° de la iniciativa remitida no versa sobre aquellas materias que la Constitución exige que sean reguladas por una ley orgánica constitucional por los siguientes motivos:

1°. Que de acuerdo a la Constitución, para que un asunto sea orgánico constitucional, de conformidad a lo establecido en su artículo 77, es necesario que la norma se refiera a *“la organización y atribuciones de los tribunales”*. Con la expresión *“atribuciones”* debe entenderse reglas relativas a la competencia, es decir, de asuntos que tienen que ver con las materias que la ley ha colocado dentro de la esfera de funciones de un tribunal (STC Rol N° 273). Con el concepto de *“organización”*, en cambio, se apunta a los medios adecuados que tiene un tribunal para funcionar (personal, presupuesto, bienes) (STC Rol N° 340).

2°. Que no todo lo relativo a las competencias y atribuciones de los tribunales, sin embargo, debe ser entendido como ley orgánica constitucional. Por una parte, porque como ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Magistratura, este tipo de leyes son excepcionales, pues la regla general es la ley común. En tal sentido, sólo deben abordar las materias que la Constitución expresamente señala y regular lo medular de instituciones básicas con el propósito de dar estabilidad al sistema de gobierno y evitar el riesgo de que mayorías ocasionales lo puedan alterar (STC Rol N° 160). Por ello, la ley orgánica del artículo 77 de la Carta Fundamental sólo comprende aquellas disposiciones que regulan la estructura básica del Poder Judicial (STC Rol N° 171). Por la otra, porque una interpretación que vaya mas allá de lo necesario y permitido (STC roles N°s 293 y 304), dejaría sin efecto la norma establecida en el artículo 63, N° 3, de la Constitución, que dispone que es materia de ley común las que son *“objeto de codificación, sea civil, comercial, procesal, penal u otra”* (STC Rol N° 171).

3°. Que la norma analizada remite al inciso tercero del artículo 1° de la Ley N° 20.360, guardando identidad con ésta. En ambas normas, el tribunal que se establece va a conocer de las *“controversias que se susciten con ocasión del incumplimiento de las obligaciones establecidas en el inciso anterior”*. Dichas obligaciones tienen que ver con transferencias del bono que deben existir entre quien aparece como beneficiario que lo percibe y su verdadero titular. Tal situación ocurre respecto de quien tiene derecho de alimentos y en relación a otros vínculos jurídicos como el que tiene la

madre respecto del menor y del causante de la asignación con respecto al cónyuge.

4°. Que, como se observa, no es el precepto analizado el que establece la competencia a favor de los tribunales de familia. Esta sólo remite a la Ley N<sup>º</sup> 20.360. La norma dice que dichas controversias “*serán resueltas en la forma establecida en el inciso tercero, del artículo 1° de la ley N<sup>º</sup> 20.360*”. Dicho precepto, a su vez, señala que las controversias “*serán conocidas por los Tribunales de Familia, los que para estos efectos podrán exigir la entrega del monto total del bono... a quien corresponda de conformidad con el inciso precedente*”.

La norma básica que estableció y configuró la competencia es, por tanto, la Ley N<sup>º</sup> 20.360.

Además, la norma que se analiza, no modifica esa competencia. Al contrario, se remite a ella. Y para que estemos frente a una norma orgánica constitucional se tiene que establecer una norma de esta naturaleza o modificar o derogar otra que existe. Nada de eso ocurre en el presente caso, pues no se toca la Ley N<sup>º</sup> 20.360 y la competencia que ésta establece. Al ser así, no se está alterando ninguna estructura básica del Poder Judicial. Mal puede, entonces, considerarse este asunto orgánico constitucional.

5°. Que hay que considerar, asimismo, que todo lo que tiene que ver con el derecho de alimentos, está entregado a la competencia de los tribunales de familia, no por mandato de la Ley N<sup>º</sup> 20.360, sino del N<sup>º</sup> 4° del artículo 8° de la Ley N<sup>º</sup> 19.968, que creó los Tribunales de Familia. Dicho numeral establece que son de competencia de estos tribunales “*las causas relativas al derecho de alimentos*”. Por lo mismo, no es la norma que se examina ni aquella a la que ésta se remite sino la que establece la competencia general de los tribunales de familia, la que es orgánica.

6°. Que por estas razones, estos Ministros consideran que el precepto consagrado en el inciso tercero del artículo 1° del proyecto de ley remitido a control, es materia de ley común; y, por lo mismo, esta Magistratura debe abstenerse de emitir un pronunciamiento en la materia.

**Se previene que los Ministros señor José Luis Cea Egaña y señora Marisol Peña Torres** concurren a los fundamentos y a la decisión contenida en la presente sentencia, pero que fueron partidarios de agregar, en el considerando decimocuarto, a continuación “*de las expresiones sobre el mismo*” la siguiente oración: “*al cabo del cual se produce recién la consecuencia prevista en el inciso sexto del artículo 77 de la Constitución, debiendo tenerse por evacuada dicha opinión*”.

**Acordada la sentencia con el voto en contra de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney**, quienes estuvieron por declarar la constitucionalidad del inciso tercero del artículo 1° de la iniciativa examinada, fundados en las siguientes razones:

1°. Que para la mayoría, si se solicitó un informe a la Corte Suprema, de conformidad a lo establecido en el artículo 77 de la Constitución, aquélla tiene todo el plazo que define la urgencia que se indica en el oficio de consulta; y, mientras este término no se haya extinguido, el Congreso Nacional no puede despachar el proyecto de ley. Como en este caso, se sostiene, el plazo de la urgencia (discusión inmediata) vencía el viernes 19 de marzo del año en curso, el Congreso incurrió en un vicio de forma al despachar el proyecto el miércoles 17 y enviar el oficio al Tribunal Constitucional para el control obligatorio respectivo.

2°. Que tal posición implica que el Congreso Nacional debe paralizar el despacho de un proyecto a la espera del informe de la Corte Suprema, hasta que transcurra el plazo de la urgencia. Ello, a juicio de estos disidentes, implica transformar la naturaleza del informe de la Corte Suprema. Este es un informe previo, obligatorio, no vinculante. La Constitución denomina a este informe “consulta”, “opinión”, “pronunciamiento”, “trámite”, utilizando estas expresiones como sinónimos.

El carácter previo de este informe, que emana del inciso segundo del artículo 77 de la Constitución (“...oyendo previamente a la Corte Suprema”), fue explicado por la exposición de motivos del veto que dio origen a la Ley de Reforma Constitucional N° 19.597, que es el texto que actualmente rige de la siguiente manera: “La consulta a la Corte Suprema debe ser “previa”, o sea, antes que se produzca la modificación. Ello equivale a señalar que debe efectuarse durante la tramitación; no antes que ésta se inicie en el Parlamento.”.

La naturaleza obligatoria del informe, es decir, que debe ser solicitado bajo sanción de que su omisión genera un vicio en el procedimiento legislativo, emana del inciso segundo del artículo 77 de la Constitución, de acuerdo con el cual “la ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, sólo podrá ser modificada oyendo previamente a la Corte Suprema”.

Finalmente, el carácter no vinculante emana del hecho de que la Constitución sólo obliga a que el Congreso oiga a la Corte Suprema, no que siga sus opiniones. Un informe es no vinculante, cuando siendo facultativo u obligatorio pedirlo, el órgano llamado a resolver no está obligado a seguir su contenido. Tal naturaleza jurídica quedó clara desde el origen de la norma constitucional en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. Ahí se indicó que el informe en ningún caso significaba vincular la decisión final que pudiera tomar el Congreso sobre el proyecto de ley consultado. El Congreso, se señaló, no está obligado a seguir la opinión de la Corte Suprema; lo contrario, equivaldría a una especie de veto a la proposición de ley y equivaldría a convertir a la Corte Suprema en un órgano legislativo (sesiones 301ª, de 28 de junio de 1977, y 303ª, de 14 de diciembre de 1977). Lo mismo se indicó durante la tramitación de la Ley N° 19.597, en el mensaje que acompañaba el veto del Ejecutivo: “La

*Corte Suprema actúa aquí como un órgano asesor altamente calificado. No tiene, en consecuencia potestades decisoras o vinculantes. De acuerdo a lo anterior, oír a la Corte Suprema significa que ésta debe emitir un informe que contenga una apreciación sobre los criterios de legalidad, oportunidad, mérito o conveniencia que contenga el proyecto de ley que se le consulta. Se trata, pues, de un informe simplemente obligatorio, pues debe ser solicitado por el Parlamento o por el Ejecutivo, pero no vincula a la decisión final.”.*

3°. Que dichas características, sin embargo, no deben hacer olvidar que el informe es un trámite esencial, pero trámite al fin y al cabo. Su naturaleza de “trámite” la reconoce el inciso final del artículo 77 de la Constitución al señalar que si la Corte no emite el informe dentro de plazo “*se tendrá por evacuado el trámite*”. El trámite es “*cada uno de los pasos del proyecto por una u otra rama del Congreso*”; “*es el conjunto de actos que se cumplen en el curso de las deliberaciones, votaciones y procedimientos que se van sucediendo en una u otra Cámara*” (Silva Bascuñán, Alejandro; Tratado de Derecho Constitucional; T. VII; Edit. Jurídica; Santiago 2000; pág. 93).

Como trámite, se inserta dentro de un procedimiento legislativo, cuyo propósito final es que se discutan y aprueben las leyes de la República. El informe de la Corte no tiene un fin en sí mismo; es para que el Congreso y el Ejecutivo lo consideren al momento de legislar. Por lo mismo, todo lo que tenga que ver con este informe debe interpretarse a la luz de esta consideración y no al revés, es decir, ordenando el procedimiento legislativo al informe de la Corte. Es el informe el que debe comprenderse dentro de dicho procedimiento.

4°. Que, como consecuencia de dicho criterio, la tesis de la mayoría se contrapone a que en nuestro sistema el procedimiento legislativo no se suspende. Ni siquiera un requerimiento ante el propio Tribunal Constitucional reprochando la inconstitucionalidad de un proyecto de ley, lo hace. Expresamente el artículo 93, inciso sexto, de la Constitución, dispone: “*El requerimiento no suspenderá la tramitación del proyecto*”. Ello se funda en que el Congreso es la expresión más genuina de la representación popular; es el órgano soberano por excelencia. Por lo mismo, sería extremadamente complejo que decisiones u omisiones externas al mismo cuerpo legislativo puedan afectar el camino legislativo que la Constitución le encarga recorrer.

Por ello, consideramos que no puede suspender el procedimiento de aprobación de una ley un informe solicitado, pero no evacuado, de un proyecto que modifique la ley a que se refiere el artículo 77 de la Constitución. Tanto es así, que si dicho informe no se emite en la oportunidad debida, “*se tendrá por evacuado el trámite*” (artículo 77, inciso sexto).

5°. Que en el mismo sentido apunta la historia fidedigna del precepto que se invoca por la mayoría para la imputación de inconstitucionalidad. En efecto, como se sabe, la consulta que establece el artículo 77 de la Ley

Fundamental a la Corte Suprema, respecto de los proyectos que modifiquen la ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, es una innovación que hizo la Constitución de 1980 respecto de la de 1925, pues ésta no contemplaba esa potestad.

La norma original del texto de la Constitución, modificada en 1998, señalaba: “*La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales sólo podrá ser modificada oyendo previamente a la Corte Suprema*” (artículo 74, inciso segundo). La norma fue propuesta en el proyecto de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y permaneció sin sufrir cambios en el Consejo de Estado y en la Junta de Gobierno. Su incorporación obedeció a dos tipos de consideraciones. Por una parte, compensar a un Poder del Estado de la carencia de iniciativa legislativa de la que están dotados, en cambio, el Congreso Nacional y el Presidente de la República. Por la otra, aprovechar la experiencia que tiene la Corte Suprema en las materias a que se refiere la consulta y que el Congreso puede considerar al examinar un determinado proyecto de ley (Actas C.E.N.C., Sesión 301<sup>a</sup>, de 28 de junio de 1977, y 302<sup>a</sup>, de 14 de diciembre de 1977).

6°. Que dicha norma original sufrió una modificación sustancial en 1998 por la Ley de Reforma Constitucional N° 19.597, cuyo texto es el que hoy permanece vigente.

Las razones que se tuvieron en cuenta para producir esta modificación nos proporcionan un argumento para afirmar que no se ha vulnerado el artículo 77 de la Carta Fundamental, como lo sostiene la mayoría. Dichas razones apuntan a rechazar que el informe que se debe solicitar a la Corte Suprema paralice el procedimiento legislativo.

Estas razones constan, por de pronto, en la exposición de motivos de la moción de los entonces senadores señores Sergio Fernández, Hernán Larraín, Anselmo Sule, Miguel Otero y Adolfo Zaldívar (B. 1602-07). Ahí se señaló:

*“Uno de los principales problemas [de la actual regulación] consiste en que, si bien la citada disposición constitucional establece la obligación de oír previamente a la Corte Suprema para modificar la ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribución de los tribunales, no señala qué sucede en caso de que el referido tribunal no emita opinión o la difiera indefinidamente.*

*Ello reviste especial importancia, si se tiene presente que en algunas oportunidades el Máximo Tribunal ha demorado varios meses, y en ocasiones incluso más de un año, en dar a conocer su opinión, lo que puede llegar a significar la paralización de las iniciativas”.*

La norma que se propuso –señala dicha exposición– buscó “*una solución equilibrada que, por una parte, otorga al Máximo Tribunal la posibilidad de expresar su opinión dentro de un plazo razonable y, por otra, permite tramitar los proyectos con la necesaria rapidez y oportunidad*”.



En igual sentido se expresó la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, quien en su primer informe señaló:

*“Es dable señalar que, además de las consideraciones expresadas en los fundamentos de la moción en análisis, la Comisión tuvo presente que al establecer la exigencia de oír previamente a la Corte Suprema antes de modificar la ley orgánica constitucional tantas veces señalada, el constituyente sólo tuvo el propósito de otorgar al Máximo Tribunal la posibilidad de expresar su opinión en relación con las iniciativas legales que incidan en las materias a que se refiere el artículo 74 de la Ley Suprema.*

*Ahora bien, entender la norma en términos absolutos, configuraría un verdadero derecho a veto que se otorgaría a la Corte Suprema, pues mediante el simple expediente de abstenerse de dar su opinión o de postergarla por tiempo indefinido, produciría el efecto de paralizar completamente la tramitación del proyecto e impedir que se convierta en ley.*

*Lo anterior no resulta coherente con el hecho de que en nuestro ordenamiento institucional los únicos órganos colegisladores son el Congreso Nacional y el Presidente de la República y, consecuentemente, ellos son los llamados a determinar la conveniencia o inconveniencia de dictar una ley, así como la oportunidad para hacerlo.”*

En la exposición de motivos del veto que sufrió la iniciativa y que definió el texto actualmente vigente, se señala expresamente que el informe de la Corte Suprema *“no suspende el curso de la tramitación del proyecto de ley. Es decir, solicitada la consulta a la Corte, el proyecto no se detiene en su tramitación”*.

Lo mismo reiteró el entonces senador Sergio Diez, quien, en el informe de la Comisión de Constitución sobre el veto del Ejecutivo, indicó:

*“Las soluciones propuestas son prudentes y razonables para enmendar los inconvenientes observados en la práctica, haciendo presente, al efecto, que en no pocos casos la Corte Suprema ha demorado excesivamente su respuesta; que en algunos casos no la ha evacuado y que, en otros, ha emitido informes cuya calidad no se condice con el alto nivel del organismo consultado”*.

7°. Que en el mismo sentido se expresa la doctrina, para quien *“la Constitución no ordena suspender la tramitación del proyecto mientras no se expida el informe, de modo que seguirá su proceso normal incluso durante el plazo que está corriendo para el pronunciamiento del dictamen”* (Silva Bascuñán, A.; ob. cit.; pág. 227).

8°. Que al no suspender el procedimiento legislativo la no emisión del informe, el Congreso puede seguir adelante con la tramitación del proyecto y despacharlo. Y al despacharlo, extinguir el plazo de la urgencia.

Otro efecto de insertar la solicitud de informe dentro del procedimiento legislativo, para su servicio, y no como lo hace la mayoría, es la desnaturalización que se produce en las urgencias. Para la mayoría, recordemos, el plazo de la urgencia vigente cuando se requiere el informe, rige para

que la Corte emita su opinión, aun cuando el Congreso haya despachado la iniciativa. Se produciría, por tanto, una supervivencia de dicho plazo, pues a pesar de que terminó la tramitación, éste sigue rigiendo.

9°. Que ello pugna, a juicio de estos disidentes, con la naturaleza de las urgencias. Estas son “*un apremio en el despacho de una determinada iniciativa*”; “*el efecto propio de la urgencia es colocar a la Cámara en que se haga valer, en la obligación constitucional de despachar el trámite en el plazo establecido por el constituyente*” (Silva Bascuñán, Alejandro; ob. cit.; págs. 172 y 175). Como dice el artículo 27 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional (LOCCN), la urgencia implica que la “*discusión y votación en la Cámara requerida deberán quedar terminadas en el plazo*” respectivo.

La urgencia es, de conformidad al artículo 74, inciso primero, de la Constitución, para “*el despacho de un proyecto, en uno o en todos sus trámites*”. Por eso, cuando el Presidente de la República califica un proyecto con una urgencia, “*la Cámara respectiva deberá pronunciarse dentro del plazo máximo*” que señala la LOCCN (artículo 74, de la Constitución).

Como se observa, la urgencia está concebida para y dentro del procedimiento legislativo. Por ello, una vez que el proyecto termina su tramitación ésta se extingue, pues decae, perdiendo su propósito.

10°. Que si bien el artículo 77 de la Constitución establece como plazo para que la Corte Suprema evacue su informe el de treinta días, como regla general, éste disminuye al “*plazo que implique la urgencia respectiva*” si el proyecto tiene dicha urgencia. La norma que aquí interesa, entonces, se establece en base a la referencia de las urgencias.

Esta construcción que hace el artículo 77 de la Constitución, asociándose, por así decirlo, a la urgencia, explica que se indica con claridad en el precepto constitucional el momento de inicio del plazo que tiene la Corte Suprema para informar (“*desde la recepción del oficio en que se solicita la opinión pertinente*”), pero nada dice con la misma precisión hasta cuándo tiene para informar. Ese es el plazo que “*implique la urgencia respectiva*”.

Pero éstas –las urgencias– siguen la lógica y el ritmo del procedimiento legislativo; no se explican ni definen fuera de él. Su inserción en este tipo de procedimiento explica que si un proyecto ingresó sin urgencia al Congreso o a una de sus Cámaras, el Presidente de la República puede hacerla presente. En este caso, como se encarga de señalar el propio artículo 77, inciso cuarto, de la Carta Fundamental: “*se comunicará esta circunstancia a la Corte*”. Del mismo modo, un proyecto que tenía una determinada urgencia, si se cambia por otra, alarga o acorta los plazos que tenía la Corte Suprema para informar. Asimismo, el Presidente de la República puede dejar de calificar un proyecto con una determinada urgencia.

Todas las situaciones señaladas, son producto de la dinamicidad que impone la naturaleza política y de acuerdos inherentes al Congreso, y de la planificación de los tiempos y de la agenda legislativa, que defina el

Presidente de la República. De esa dinamicidad y vicisitudes, está consciente la Corte Suprema. Ella es un órgano del Estado, a quien el Congreso le consulta los proyectos relativos a la ley orgánica constitucional del artículo 77 permanentemente de la Constitución.

**11°.** Que al referirse a la urgencia para definir los días que tiene la Corte Suprema para evacuar su informe, éstos no sólo se modifican de acuerdo a ellas, sino que también se extinguen de la manera en que éstas se terminan.

Hay, podemos decir, causas naturales y causas provocadas que ponen término a una urgencia. En las primeras no interviene ningún elemento externo a su normal extinción. Por ejemplo, transcurre el plazo que implica y el Congreso o una de sus Cámaras despacha el proyecto. Pero también hay causas provocadas de extinción. Aquí interviene un hecho o decisión que altera su normal desenvolvimiento. Por ejemplo, se retira la urgencia; se cambia; se terminan las sesiones.

Es causal de extinción de una urgencia, entonces, el despacho del proyecto de ley por el Congreso. No tiene sentido que subsista una urgencia después de este hecho, si estas son para “*el despacho de un proyecto*”, para que dentro de ese plazo la Cámara respectiva deba pronunciarse, como dice el artículo 74 de la Constitución.

**12°.** Que, entonces, si un proyecto es despachado por el Congreso, el plazo “*que implique la urgencia respectiva*” que define el término que tiene la Corte para informar, se extinguió también. Lo contrario, implicaría dejar subsistente, en una especie de realidad virtual, una urgencia sin procedimiento al cual acceder. Y poner las urgencias al servicio del informe de la Corte Suprema y no del procedimiento legislativo.

**13°.** Que la tesis de la mayoría genera también ciertas situaciones absurdas que distorsionarían el procedimiento legislativo regulado en la Constitución. Baste anotar dos.

Por una parte, si hay que esperar que la Corte Suprema informe un proyecto calificado con urgencia para que el Congreso Nacional pueda despachar el proyecto, ¿cómo cumple el Congreso el plazo de la urgencia? Porque habría que esperar el transcurso del plazo para que la aludida Corte informara y sólo recién ahí se procedería a votar. Eso afecta la orientación de la urgencia que va dirigida a un pronto despacho de un proyecto de ley.

Por la otra, si un proyecto es calificado con simple urgencia y el Congreso lo despacha en 10 días ¿habría que esperar el informe de la Corte Suprema esos 20 días? Eso daría a dicha Corte un poder de suspensión del procedimiento legislativo formidable y construido a partir de una simple omisión, consistente en dilatar dicho dictamen hasta el último instante, y, a pesar de las urgencias y de la voluntad de avanzar de los órganos dotados de potestad legislativa.

Ambos ejemplos revelan la distorsión constitucional que genera la tesis de la mayoría.

**14°.** Que la interpretación de la mayoría, enseguida, afectaría la primacía de las urgencias. En efecto, en el veto de la Ley Nº 19.597 se resaltó que la urgencia para el despacho del proyecto prima sobre cualquier otra consideración:

*“La principal objeción al proyecto se refirió a las urgencias y su vinculación con la consulta a la Corte. Durante la tramitación de este proyecto, varios parlamentarios dejaron expresa constancia que en el evento que el Presidente de la República hiciera presente la urgencia a un proyecto de ley, el plazo de treinta días que tiene la Corte, se debe ajustar al plazo que establezca la urgencia. En otras palabras, la disposición constitucional que obliga al Congreso a despachar un proyecto de ley dentro de un plazo determinado por la urgencia, prima sobre el plazo de treinta días que tiene la Corte para evacuar su informe.*

*Lo anterior, no obstante ser jurídicamente defendible, es una interpretación. Ello hace que sea necesario clarificarlo desde el punto de vista normativo.*

*No basta con dejar constancia para la historia fidedigna, que prima el plazo de la urgencia por sobre los treinta o sesenta días que tiene la Corte para evacuar su informe, pues el Tribunal Constitucional o el propio Parlamento, puede tener otro criterio. Lo anterior traería enormes dificultades”.*

De ahí que se prefiriera establecer en la Constitución. A pesar de este sentido, la mayoría busca alterarlo.

**15°.** Que, por otra parte, no compartimos la inconstitucionalidad del proyecto declarado por la mayoría, en base a la presunta vigencia del plazo de la urgencia para informar que tendría la Corte Suprema. Nos fundamos, para sostener aquello, en las razones que anotamos a continuación.

**16°.** Que, en primer lugar, se cumplió con la finalidad del procedimiento legislativo: discutir y aprobar leyes.

En efecto, el informe de la Corte Suprema es obligatorio pero no vinculante; es decir, se debe pedir, pero no seguir. *“Los órganos colegisladores quedan facultados para reaccionar con entera libertad frente a lo opinado por la Corte Suprema, ya que la intervención de ésta es la de un órgano consultivo, pero no coparticipante en calidad de colegislador”* (Silva Bascuñán, A.; ob. cit.; pág. 227-228).

Lo importante, por tanto, lo principal, no es el informe de la Corte Suprema; lo relevante es el proyecto de ley, al cual dicho informe puede ayudar. Y aquí el proyecto se despachó; el propósito del procedimiento se cumplió.

**17°.** Que, en segundo lugar, existe un bien jurídico que el Congreso Nacional atendió adecuadamente: el pronto despacho de un proyecto de ley calificado con discusión inmediata.

Lo importante en un procedimiento es el resultado final. Por eso deben sacrificarse ciertos elementos en aras de ese propósito. Por ejem-

plo, el proyecto en cuestión tenía la calificación de discusión inmediata. Ello implica dos cosas de acuerdo a nuestro ordenamiento (artículo 27, LOCCN). Por una parte, el Congreso tiene tres días para su discusión y votación. Por la otra, el proyecto se discute en general y en particular a la vez. Es decir, en aras un pronto despacho, se sacrifican los ritmos y etapas comunes del análisis de un proyecto. Dicho sentido de resultado no es conciliable con que el Congreso, haciendo caso de la urgencia, se haya esforzado por aprobar el proyecto dentro del brevísimo tiempo que la discusión inmediata implica, y se le sancione con la inconstitucionalidad de uno de los preceptos aprobados por no haber esperado el informe de la Corte Suprema. El Congreso cumplió el mandato del artículo 74 constitucional de “*pronunciarse dentro del plazo*” que la urgencia implica.

**18°.** Que, en tercer lugar, consideramos que resulta desproporcionada la sanción.

En efecto, hay que tener presente que la opinión de la Corte es para que sea considerada en el examen de un proyecto de ley por el Congreso. De ahí que si el proyecto se despachó, no tiene sentido el informe, pues no podrá ser evaluado o ponderado.

Pero en este caso particular, hay que considerar, además, que el informe de la Corte Suprema, contenido en el Oficio N<sup>º</sup> 20, de 19 de marzo de dos mil diez, se contiene una opinión favorable al proyecto, sin que contenga ninguna propuesta de cambio o de perfeccionamiento del mismo. Se limita, más bien, a hacer una descripción de las normas que aquel contiene.

**19°.** Que, por lo demás, el que la Corte Suprema deba evacuar su informe “*dentro del plazo que implique la urgencia*”, no significa que lo tenga que hacer el último día.

En esta situación, asimismo, era pública y notoria la rapidez con que los órganos colegisladores avanzaban en la tramitación del proyecto, por la razón social que el pago del bono implicaba y por lo urgente de llegar con este tipo de ayuda para los más necesitados dada el terremoto sufrido por el país. Ello imponía la máxima diligencia y generosidad de los órganos constitucionales.

**20°.** Que, asimismo, queremos señalar que con ocasión del anterior bono extraordinario establecido en la Ley N<sup>º</sup> 20.360, se produjo la misma situación reprochada en el presente proyecto por la mayoría, sin que se hubiere objetado la constitucionalidad del precepto en el respectivo control obligatorio. En efecto, el proyecto fue tramitado por el Congreso Nacional, a pesar de que estaba “*pendiente*” el plazo de la urgencia para que la Corte Suprema informara.

Para demostrar lo anterior, hay que señalar que en el Oficio N<sup>º</sup> 8173, de 18 de junio de 2009, con que la Cámara de Diputados remitió a esta Magistratura el proyecto de ley para su respectivo control obligatorio,

se señalaba lo siguiente: “*Que esta Corporación envió en consulta a la Excm. Corte Suprema el proyecto, mediante oficio N° 8150, de 10 de junio de 2009. La respuesta de esa Excm. Corte a esta Corporación no ha sido recibida a esta fecha.*”. Por su parte, el Ejecutivo hizo presente en dos oportunidades la urgencia de discusión inmediata al respectivo proyecto: la primera vez, el 09 de junio de 2009, que venció el 12 de junio del mismo año; y la segunda, el 16 de junio de 2009, que venció el 19 de junio de ese mismo año. Nótese que el oficio de la Cámara de Diputados con que se remite el proyecto al Tribunal Constitucional es de 18 de junio. Ahora bien, el Congreso Nacional despachó el proyecto el mismo día 18. De la respuesta de la Corte Suprema se dio cuenta en la Cámara de Diputados y, por lo mismo, ésta tomo conocimiento, recién el día 30 de junio de 2009.

**21°.** Que por todas estas razones, los disidentes consideramos que el artículo del proyecto objetado por la mayoría, no tiene el vicio de forma que se le reprocha.

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben y la disidencia, el Ministro señor Carlos Carmona Santander.

Devuélvase el proyecto a la Cámara de Diputados, rubricado en cada una de sus hojas por la Secretaria del Tribunal, oficiándose.

Regístrese, déjese fotocopia del proyecto y archívese.

### **Rol N° 1.651-2010**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señores José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

ROL N<sup>º</sup> 1.652-2010

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38,  
38 TER DE LA LEY N<sup>º</sup> 18.933, 2<sup>º</sup> DE LA LEY N<sup>º</sup> 20.015 Y 199  
DEL D.F.L. N<sup>º</sup> 1 DEL MINISTERIO DE SALUD, DE 2005,  
DEDUCIDO POR SILVIA CUEVAS JIMÉNEZ

Santiago, veinticuatro de junio de dos mil diez.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1<sup>º</sup>. Que, mediante escrito de 27 de mayo de 2010, el abogado Ricardo González Benavides, por la requirente señora Silvia Cuevas Jiménez, en razón de los hechos que se indican en lo principal y en el otrosí de la presentación, pide a esta Magistratura Constitucional tener a esa parte por desistida de la acción deducida en estos autos, disponer el alzamiento de la suspensión del procedimiento en que incide, oficiando al tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud y ordenar el archivo de los antecedentes;

2<sup>º</sup>. Que en la misma presentación citada precedentemente la Isapre Banmédica S.A., representada por el abogado señor Omar Matus de la Parra Sardá, solicita a esta Magistratura se sirva tener por aceptado el aludido desistimiento por su parte;

3<sup>º</sup>. Que a los efectos previstos en el artículo 33 A de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, mediante resolución de 3 de junio de 2010 –fojas–, se ordenó comunicar la referida presentación al Presidente de la República, al Senado y a la Cámara de Diputados;

4<sup>º</sup>. Que, conforme a la certificación de la Secretaria de esta Magistratura, de 21 de junio del año en curso, que rola a fojas 137, el plazo conferido por la norma legal antes referida se encuentra vencido. Se deja constancia, asimismo, de que los órganos individualizados precedentemente no hicieron valer observación alguna respecto del desistimiento y aceptación formulados en los términos reseñados.

**SE RESUELVE:**

Téngase a la requirente, señora Silvia Cuevas Jiménez, por desistida de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducida, por aceptado el desistimiento por la Isapre Banmédica S. A., y por terminado este proceso constitucional.

Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada en estos autos, oficiándose a los efectos al tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud.

Notifíquese por carta certificada a las partes de este proceso constitucional.

Archívese.

**Rol N° 1.652-2010**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por los Ministros señores José Luis Cea Egaña, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernandez Fredes, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

**ROL N° 1.653-2010**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY  
N° 18.933, DEDUCIDO POR JUAN PABLO PARADA RUIZ**

Santiago, nueve de julio de dos mil diez.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1°. Que, por resolución de 8 de abril de 2010 –a fojas 25–, esta sala acogió a tramitación el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que ha deducido Juan Pablo Parada Ruiz, respecto del artículo 38 de la Ley N° 18.933, en la parte que alude a la tabla de factor etario, del artículo 2° de la Ley N° 20.015, del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 y del artículo 199, del D.F.L N° 1, del Ministerio de Salud, en la causa sobre recurso de protección interpuesto en contra de Isapre Cruz Blanca ante la Corte de Apelaciones de Santiago, que se encuentra actualmente pendiente bajo el Rol de ingreso N° 651-2010.

En la misma oportunidad, se dispuso, entre otras medidas, la suspensión del aludido proceso judicial y, para pronunciarse sobre la admisibilidad del requerimiento, se confirió traslado por cinco días a la Isapre Cruz Blanca, en su condición de parte en la misma gestión y se le requirió el



envío de copia autorizada del contrato de salud suscrito con la requirente y de sus modificaciones, si las hubiere.

2°. Que, a fojas 34, la aludida Institución de Salud Previsional evacuó el traslado solicitado, pidiendo que el requerimiento de inaplicabilidad deducido fuera declarado inadmisibile, por cuanto, a su juicio, no se cumpliría con los requisitos establecidos en el inciso decimoprimerio del artículo 93 de la Constitución Política, toda vez que el precepto legal impugnado no resultaría decisivo en la resolución del asunto.

En efecto, la Isapre sostiene que correspondería declarar inadmisibile la acción constitucional deducida por el señor Juan Pablo Parada Vásquez, atendido –en síntesis– que, por una parte, el artículo 38 de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, en la parte que alude la tabla de factor etario, fue derogado expresamente por el artículo 1°, N<sup>º</sup> 14, de la Ley N<sup>º</sup> 20.050. La Isapre sostiene que este Tribunal, en diversas sentencias ha declarado que no procede pedir la inaplicabilidad de normas legales derogadas. Por la otra, que la invocación por aplicación del artículo 2° de la Ley N<sup>º</sup> 20.050. A su juicio, lo que se pretende es la declaración de ineficiencia de una cláusula contractual libremente pactada.

3°. Que, en el mismo sentido escrito recién señalado, la Isapre aludida acompañó copia simple del contrato de salud suscrito con la requirente, correspondiente al plan Código IPMU1N7090; y copia simple del formulario único de notificación, que da cuenta de la suscripción del contrato señalado, el cual se encuentra firmado por las partes con fecha 30 de marzo de 2004 y corresponde al mismo plan indicado en el certificado de afiliación que la actora acompañó a su requerimiento –a fojas 100–, certificado de fecha 5 de febrero de 2010, que señala que ella actualmente mantiene dicho plan;

Por escrito de fecha 14 de mayo, que rola a fojas 40, el abogado de la Isapre acompañó nuevamente fotocopia simple del contrato suscrito entre ING Salud S.A. y Juan Pablo Parada Ruiz, convenido con fecha 27 de abril de 2005.

Este documento se tuvo por acompañado bajo apercibimiento legal, sin que la actora lo objetara y, en general de los antecedentes que obran en autos, no aparece que se haya controvertido la fecha del contrato suscrito.

4°. Que, con fecha 31 de mayo, a fojas 48 y siguientes, el abogado del requirente, Ricardo González Benavides contestó el traslado conferido por esta Magistratura, sosteniendo que el artículo 38 de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 no es totalmente incompatible con el artículo 38 ter introducido por la Ley N<sup>º</sup> 20.050; por lo mismo, al no estar derogada –ni expresa ni tácitamente– la norma del aludido artículo 38, no existe impedimento para solicitar su inaplicabilidad;

5°. Que en el mismo escrito, la parte requirente solicitó escuchar alegatos sobre admisibilidad, lo que fue dispuesto con fecha 29 de junio de

2010. Dichos alegatos se efectuaron en audiencia de 5 de julio de 2010, a las 11:30 horas;

**6°.** Que el artículo 93, inciso primero, N° 6, de la Carta Fundamental establece que es atribución de este Tribunal “*resolver por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución*”.

El inciso decimoprimer del mismo precepto fundamental señala: “*En el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado puede resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.*”

**7°.** Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, que en su artículo 47 F establece que “*procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:*

1° *Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado;*

2° *Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;*

3° *Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada;*

4° *Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal;*

5° *Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y*

6° *Cuando carezca de fundamento plausible.*

*Declarada la inadmisibilidad por resolución que deberá ser fundada, ésta será notificada a quien haya recurrido, al juez que conozca de la gestión judicial pendiente y a las demás partes que intervengan en ella, y el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.*

*La resolución que declare la admisibilidad o inadmisibilidad del requerimiento no será susceptible de recurso alguno.”;*

**8°.** Que, examinado el requerimiento, a efectos de pronunciarse sobre su admisibilidad, y atendido el mérito del proceso, esta Sala concluye que la acción constitucional deducida no cumple con la exigencia

recién transcrita, según la cual el requerimiento debe tener fundamento plausible;

**9º.** Que dicho requerimiento de admisibilidad implica que esta Magistratura debe exigir un mínimo estándar de fundamentación racional o lógica en las acciones que ante él se entablan. No se trata que esta Magistratura realice un control de mérito sobre la argumentación. No se busca calificar la excelencia analítica en la exposición de los argumentos acerca de los vicios de constitucionalidad, sino que de verificar que los fundamentos de la acción sean suficientemente sólidos o convincentes para dar plausibilidad al asunto planteado y que sean de tal modo articulados que permitan a este Tribunal reconocer su competencia específica, aquello que es sometido a su conocimiento y resolución y, a la contraparte, conocer la pretensión en términos suficientes para trabar una *litis* sobre un objeto determinado (STC Rol N<sup>º</sup> 1.046, c. decimoquinto). En el mismo sentido, este Tribunal ha señalado que se requiere que se indique de forma circunstanciada de qué forma se vulneran los preceptos constitucionales, de modo que la explicación de la forma en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituya la base indispensable de la acción ejercida (STC Rol N<sup>º</sup> 777, c. cuarto);

**10º.** Que, como consecuencia, se estima que falta tal requisito si la argumentación contenida en la presentación es insuficiente. Así, por ejemplo, el Tribunal ha señalado que no basta indicar de forma genérica preceptos o principios que se estiman vulnerados (STC roles N<sup>OS</sup> 1.048 y 1.189, c. octavo y c. sexto respectivamente; roles N<sup>º</sup> 495, N<sup>º</sup> 523 y N<sup>º</sup> 1.360); o simplemente se haga referencia a una inconstitucionalidad en abstracto (STC Rol N<sup>º</sup> 1.055 c. décimo; Rol N<sup>º</sup> 1.263, c. sexto; Rol N<sup>º</sup> 1.241, c. decimoprimer; Rol N<sup>º</sup> 1.275, c. séptimo; Rol N<sup>º</sup> 1.285, c. cuarto), sino que se requiere que la presentación sea completa y se refiera al caso concreto en el que pueda tener aplicación la norma impugnada. En segundo lugar, se estima que la acción carece de fundamento plausible cuando la argumentación es contradictoria, ya sea porque se verifican incongruencias entre el cuerpo del escrito y la parte petitoria del mismo (STC Rol N<sup>º</sup> 486, c. octavo; 485, 484, 483, 489, 482, 492, 491, 490, 488, 487 y 768); o bien porque existen afirmaciones que se contraponen lógicamente entre sí en la fundamentación del mismo (STC Rol N<sup>º</sup> 1.256, c. sexto; Rol N<sup>º</sup> 1.249, c. séptimo; Rol N<sup>º</sup> 990, c. quinto). En tercer lugar, se ha señalado que la presentación no tiene fundamento plausible si contiene errores graves (STC Rol N<sup>º</sup> 1.003, c. cuarto; Rol N<sup>º</sup> 776, c. séptimo, Rol N<sup>º</sup> 1.021, c. quinto); o bien conduce a un absurdo;

**11º.** Que, ahora bien, el requerimiento tiene una doble contradicción en su formulación. Por un aparte, sostiene que al contrato de salud del requirente se le aplican simultáneamente las normas del artículo 38 de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 y las normas establecidas en el artículo 38 ter de la misma

ley, incorporado por la Ley Nº 20.015, contenido hoy en el artículo en el artículo 199, del D.F.L. Nº 1 de Salud, del año 2005. Ello, dado el tenor del artículo 2º de la Ley Nº 20.015, no es posible de afirmar, sin distingos de ninguna naturaleza, toda vez que esta disposición establece una separación, respecto de la tabla de factores, entre los contratos que fueron celebrados antes o después de julio del 2005. Por la otra, el actor impugna el artículo 2º de la Ley Nº 20.015. Sin embargo, no da razones para ello. Al contrario, invoca dicha normativa para sostener la vigencia del artículo 38 de la Ley Nº 18.933, no obstante las modificaciones que incorporó la Ley Nº 20.015 a las tablas de factores;

**12º.** Que, como se observa, se dan dos causales para no considerar con fundamento plausible el presente requerimiento: tiene argumentaciones contradictorias, y en una parte tiene una argumentación insuficiente.

**13º.** Que, habiéndose verificado que la acción interpuesta no satisface el requisito referido, este Tribunal deberá declararla inadmisibile.

Y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 93, inciso primero, Nº 6º, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política de la República, y en el artículo 47 F y demás pertinentes de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

Que se declara inadmisibile el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas uno.

Déjese sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 25.

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto y Enrique Navarro Beltrán**, quienes, atendidos los antecedentes del caso que obran en autos, consideran posible que uno o más de los preceptos legales impugnados reciban aplicación en la gestión judicial en que incide el requerimiento deducido, el cual, a su juicio, contiene la fundamentación suficiente para estimarlo razonablemente fundado.

Notifíquese por carta certificada a la requirente y a la Isapre Cruz Blanca.

Comuníquese por oficio a la Corte de Apelaciones de Santiago, que conoce de la gestión judicial pendiente

Archívese.

**Rol Nº 1.653-2010**

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y

por los Ministros señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

## ROL N<sup>º</sup> 1.654-2010

### REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 38, 38 TER DE LA LEY N<sup>º</sup> 18.933, 2<sup>º</sup> DE LA LEY N<sup>º</sup> 20.015 Y 199 DEL D.F.L. N<sup>º</sup> 1, DEL MINISTERIO DE SALUD, DE 2005, DEDUCIDO POR CARLOS MANUEL IBÁÑEZ NEGRETE

Santiago, veintiséis de julio de dos mil once.

#### VISTOS:

El señor Carlos Manuel Ibáñez Negrete ha deducido ante este Tribunal Constitucional acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 38 de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N<sup>º</sup> 20.015, en la parte que alude a la tabla de factor etéreo; 38 ter de Ley N<sup>º</sup> 18.933, incorporado por la Ley N<sup>º</sup> 20.015 y que corresponde actualmente al artículo 199 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1 del Ministerio de Salud, del año 2005; y 2<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, en la causa sobre reclamo por alza de precio del plan de salud interpuesto por el requirente en contra de la Isapre Banmédica S.A. y que se encuentra actualmente pendiente ante el Tribunal Arbitral de la Superintendencia de Salud bajo el Rol de ingreso N<sup>º</sup> 842-2010.

Como antecedentes de la referida gestión se indica que el requirente suscribió un contrato de salud con la mencionada Isapre el 31 de diciembre de 2003 (fojas 41) y que mediante carta fechada el 17 de septiembre de 2009 (fojas 23), ésta le informó el aumento que sufriría el precio de su plan de salud –de 8,49 a 10,407 Unidades de Fomento mensuales–, por efecto del cambio del factor de riesgo (de 1,00 a 2,40) que correspondía aplicar a raíz de la variación de la edad de su hija beneficiaria (25 años).

En cuanto al conflicto constitucional que se somete al conocimiento y resolución de esta Magistratura, el actor sostiene que la aplicación de

los preceptos legales impugnados para la resolución del asunto judicial pendiente invocado, resulta contraria a las garantías que aseguran los N<sup>os</sup> 2<sup>o</sup>, 9<sup>o</sup>, 24<sup>o</sup> y 26<sup>o</sup> del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Como fundamento de lo expresado, el actor argumenta que al autorizarse a las Isapres para ajustar los precios de los contratos de salud en relación con la edad y el sexo de los beneficiarios, las normas legales impugnadas establecen una diferencia entre los distintos grupos etáreos y entre los hombres y las mujeres, de modo que, para acceder al mismo beneficio, unos pagan más que otros. Esta diferencia, señala el requirente, sería arbitraria, porque la edad y el sexo constituyen hechos involuntarios, a diferencia de otros que involucran una exposición voluntaria al riesgo, como son los hábitos de fumar o beber en exceso. Además, hace hincapié en que sería erróneo pensar que el aumento en la edad de la persona está necesariamente vinculado a una mayor ocurrencia de enfermedades. En este punto, el actor también plantea que las normas legales impugnadas serían arbitrarias en un sentido ético, por atentar contra la justicia.

Agrega, en seguida, que los preceptos legales cuestionados suponen una cortapisa a la libertad de las personas para elegir y permanecer en el plan de salud por el que optaron al celebrar el contrato de salud con la respectiva institución, siendo el fuerte y creciente aumento del precio una forma indirecta de obligarlas a salir del sistema privado de salud, vulnerando así la garantía del libre e igualitario acceso a la protección de la salud y el derecho a elegir el sistema al que la persona desee acogerse, sea estatal o privado.

Denuncia que también en su caso concreto se infringe su derecho de propiedad, pues al serle exigido el pago de una mayor cotización para mantener los mismos beneficios que se convinieron en su oportunidad, junto con impedirle su derecho a hacer uso del sistema privado de salud, que constituye un bien que ya se encuentra incorporado a su patrimonio, se le estaría privando injustamente, además, de parte de dicho patrimonio al no contemplarse una contraprestación que resulte equivalente al aumento del precio del respectivo contrato de salud.

Observa, finalmente, que las tablas de factores que contemplan los preceptos legales impugnados imponen como condición, requisito o tributo el aumento de la cotización mensual para permanecer en el sistema privado de salud y en el plan elegido por el respectivo cotizante, afectando así la esencia de las garantías constitucionales a que se ha aludido.

La Segunda Sala de este Tribunal, por resolución de 31 de marzo de 2010 (fojas 28), admitió a tramitación el requerimiento y ordenó la suspensión del procedimiento en que incide; posteriormente, por resolución de 2 de noviembre de 2010 (fojas 122), la misma Sala declaró admisible la acción deducida sólo respecto del artículo 38, en la parte que alude a

la tabla de factor etéreo, de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N<sup>º</sup> 20.015.

Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, el Tribunal ordenó practicar las comunicaciones y notificaciones previstas en el artículo 86 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura.

Consta en autos que sólo la Isapre Banmédica S.A., representada por el abogado Omar Matus de la Parra Sardá, mediante presentación de fecha 7 de enero de 2011, formuló observaciones al requerimiento deducido, solicitando al Tribunal rechazarlo en todas sus partes (fojas 144).

La institución requerida argumenta que el legislador ha reconocido que el precio del plan de salud puede experimentar variaciones en el tiempo debido a elementos distintos del costo de la vida, entre los cuales se consagran expresamente la edad y el sexo. Lo anterior, señala, se justifica por el carácter indefinido del contrato de salud, ya que la variación del valor permite lograr un equilibrio dentro del mismo. Añade que la tabla de factores constituye una protección para los afiliados, ya que es una fórmula basada en datos objetivos (como son el sexo y la edad), determinada y conocida con antelación por los contratantes.

Sostiene que el precepto legal impugnado no es arbitrario ni vulnera la igualdad ante la ley, ya que a través del señalado mecanismo de variación de precio precisamente se busca brindar un tratamiento igualitario a quienes se encuentran en la misma situación.

Afirma que tampoco se infringiría el derecho a la protección de la salud, dado que éste no implica que al afiliado le sea permitido acceder a las acciones de protección, promoción y recuperación virtualmente sin costo o con el costo que él estime razonable, ya que ello haría inviable el funcionamiento de las Isapres, a lo que agrega que el propio sistema tiene prevista la posibilidad de que una persona no pueda pagar su permanencia en el sistema privado y para eso contempla la cobertura de FONASA.

Añade, en cuanto a la supuesta infracción del derecho de propiedad, que el cambio de factor de ponderación en que se apoya el aumento del precio del plan de salud, constaba desde un primer momento en el contrato de salud previsional suscrito por el requirente, de modo que éste sabía con claridad que su factor de ponderación iba a variar y cuándo iba a hacerlo.

Señala, por último, que suponer que los derechos invocados por el actor son ilimitados, es un error jurídico y lógico, ya que no puede entenderse que existan derechos ilimitados, independiente de la importancia que tengan. Agrega que la regulación que establece el artículo impugnado no representa una restricción impuesta artificialmente, sino que obedece al reconocimiento de una realidad que dice relación con el aumento del riesgo de la salud de las personas de acuerdo a su sexo y a su edad, por lo cual tampoco se infringiría el artículo 19, N<sup>º</sup> 26, de la Constitución.

Habiéndose traído los autos en relación, el día 12 de mayo de dos mil once se procedió a la vista de la causa, en forma conjunta con las causas roles N<sup>os</sup> 1.719, 1.857, 1.879, 1,736, 1.742, 1.743 y 1.882, oyéndose sólo la relación, ya que ninguna de las partes de este proceso se presentó a alegar en la respectiva audiencia.

**CONSIDERANDO:**

I  
LA IMPUGNACIÓN

**PRIMERO.** Que el requirente, don Carlos Manuel Ibáñez Negrete, sostiene que la Isapre Banmédica S.A., con quien tiene un contrato de salud previsional desde el año 2003, le ha comunicado que el factor de riesgo de su hija, correspondiente al plan de salud contratado, cambió de 1,00 a 2,40, al pasar de un tramo a otro de la tabla de factores etéreos, aumentando de manera considerable el precio que debe pagar mensualmente a dicha institución de salud. Contra esa decisión, en lo que constituye la gestión pendiente de estos autos, el requirente interpuso demanda arbitral ante el señor Superintendente de Salud;

**SEGUNDO.** Que, en el marco de dicha gestión, el requirente ha impugnado de constitucionalidad el artículo 38 de la Ley N<sup>o</sup> 18.933, el artículo 38 ter de la misma ley, incorporado por la Ley N<sup>o</sup> 20.015, el artículo 2<sup>o</sup> de la Ley N<sup>o</sup> 20.015 y el artículo 199 del D.F.L. N<sup>o</sup> 1, de 2005, del Ministerio de Salud. A su juicio, dichas normas legales infringen los números 2<sup>o</sup>, 9<sup>o</sup>, 24<sup>o</sup> y 26<sup>o</sup> del artículo 19 de la Constitución;

**TERCERO.** Que, mediante resolución de 2 de noviembre de 2010, se declaró admisible el presente requerimiento sólo respecto del artículo 38 de la Ley N<sup>o</sup> 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N<sup>o</sup> 20.015, en lo que se refiere a la tabla de factores. Por lo tanto, esta Magistratura no emitirá pronunciamiento sobre el resto de las normas legales cuestionadas;

II  
EL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO

**CUARTO.** Que la norma legal impugnada corresponde al inciso quinto del artículo 38 de la Ley N<sup>o</sup> 18.933, que indica:

*“No obstante la libertad de las Isapres para adecuar el precio y su obligación de no discriminar en los términos señalados en el inciso tercero, el nuevo valor que se cobre al momento de la renovación deberá mantener la relación de precios por sexo y edad que hubiere sido establecida en el contrato original, usando como base de cálculo la edad del beneficiario a esa época, con la lista de precios vigentes en la Institución para el plan en que actualmente se encuentre.”.*



Este inciso fue incorporado por la Ley N<sup>º</sup> 19.381, publicada en el Diario Oficial en mayo de 1995;

**QUINTO.** Que la norma legal recién señalada fue reemplazada el año 2005 por el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 –hoy artículo 199 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, del Ministerio de Salud, del año 2005–, introducido por la Ley N<sup>º</sup> 20.015. Por tanto, la norma legal en cuestión se encuentra actualmente derogada;

**SEXTO.** Que, según la jurisprudencia actual de este Tribunal (establecida en los cc. noveno, décimo, y decimoprimeros de la sentencia de las causas roles N<sup>OS</sup> 1.399 y 1.469, acumulados e invocados por las sentencias de las causas roles 1.572, 1.598, 1.629, 1.765, 1.766, 1.784, 1.806, 1.807, 1.769 y 1.745), es perfectamente posible pronunciarse sobre la constitucionalidad de un precepto legal derogado, “*siempre y cuando, como sucede en la especie, dicha norma hubiere estado en vigor en el momento en que se suscitó la situación jurídica regida por ella y deba ser aplicada por el juez de la gestión pendiente al momento de resolver el asunto*”;

### III

#### RESUMEN DE LA DOCTRINA CONTENIDA EN LOS PRECEDENTES SOBRE LA MATERIA DE AUTOS

**SÉPTIMO.** Que este Tribunal tiene establecido un estándar conforme al cual se ha enjuiciado la constitucionalidad del precepto legal ahora impugnado, construido en otros casos de inaplicabilidad (roles N<sup>OS</sup> 1.572, 1.598, 1.629, 1.765, 1.766, 1.784, 1.806, 1.807, 1.769 y 1.745).

Este análisis tuvo como punto de partida, aparte de las normas constitucionales, dos antecedentes. Por una parte, la crítica que al precepto legal cuestionado realizó el propio Ejecutivo, cuando envió la propuesta de modificación del mismo al Congreso Nacional. La misma crítica formuló recientemente el actual Presidente de la República, cuando evacuó su informe en el procedimiento de inconstitucionalidad de los autos Rol N<sup>º</sup> 1.710 y cuando envió al Congreso el proyecto de ley que modifica el régimen actual. Por la otra, las críticas que las propias Isapres, para defender la constitucionalidad de la tabla de factores del artículo 38 ter, formularon al precepto legal que ahora se cuestiona;

**OCTAVO.** Que esta doctrina, elaborada a propósito de la tabla de factores fijada conforme a la ley, también es aplicable en el caso que acá analizamos, en que la tabla tiene origen contractual.

Dicha doctrina tiene tres componentes fundamentales. Por una parte, ciertos criterios que debe cumplir la tabla de factores para ser legítima. En primer lugar, este Tribunal ha dicho que la tabla de factores debe tener proporcionalidad en relación a las rentas (STC Rol N<sup>º</sup> 1.710, cc. sexagesimoquinto, centesimocuadragésimoquinto y centesimocuadrage-

simosexto); por lo mismo, no puede generar un desequilibrio entre el cobro de la cotización y la protección del derecho a la salud (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimosexto); no puede generar un reajuste exponencial y confiscatorio de las rentas del afiliado (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimoquinto); no puede generar la imposibilidad de que el afiliado costee el aumento del precio que su aplicación conlleva (STC Rol N° 1710, c. centesimosexagésimo); y no puede obligar a los beneficiarios a emigrar del sistema (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimoséptimo).

En segundo lugar, la relación que dicha tabla establezca entre los distintos factores que la componen, debe tener una fundamentación razonable (STC Rol N° 1.710, cc. centesimocuadragésimoquinto y centesimocuadragésimosexto); no puede haber discrecionalidad de la Isapre para determinar los factores de cada tabla (STC Rol N° 1.710, cc. sexagesimoquinto y centesimocuadragésimoquinto); y tienen que existir límites idóneos, necesarios y proporcionales y, por ende, razonables (STC Rol N° 1.710, c. centesimocuadragésimoquinto).

En tercer lugar, el mecanismo debe permitir una intervención del afiliado, sin que pueda limitarse a aceptar o rechazar lo que la entidad previsional ofrezca (STC Rol N° 1710, c. centesimoquinquagesimoterce-ro); no puede haber dispersión en la determinación del precio entre los diferentes intervinientes (STC Rol N° 1710, c. centesimoquinquagesimotercero).

Finalmente, no puede generar tratos desiguales (STC Rol N° 1.710, c. centesimocuadragésimoctavo y centesimoquinquagesimoquinto) ni considerar factores inherentes a la condición humana (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimoquinto);

**NOVENO.** Que el segundo componente de esta doctrina es la manera en que este Tribunal ha caracterizado al contrato de salud. Así, ha señalado que el constituyente ha configurado algunas variables de este contrato. Estos tienen que ver con la posibilidad de las Isapres de financiar acciones de salud (artículo 19, N° 9°), con la opción del cotizante entre el sistema estatal o privado (artículo 19, N° 9°), con la cotización obligatoria (artículo 19, N° 9°) y con el control del Estado de las acciones realizadas en el ámbito de la salud (artículo 19, N° 9°). Asimismo, ha sostenido que el contrato de salud es un contrato de tracto sucesivo (STC Rol N° 1.710, c. centesimoseptuagésimo), de orden público (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimocuarta) y distinto a un contrato de seguro propio del derecho privado (STC Rol 1710, c. centesimoquinquagesimocuarta). En el mismo sentido se han pronunciado los roles N°s 1.572, 1.598, 1.629, 1.765, 1.766, 1.784, 1.806, 1.807, 1.769 y 1.745. Del mismo modo lo ha entendido la Corte Suprema (SCS roles 8837-2010, 566-2011 y 9044-2010);

**DÉCIMO.** Que el tercer componente de esta doctrina es que este Tribunal ha señalado que el contenido esencial de la seguridad social recoge los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad, sobre todo si se ven conjuntamente el derecho a la salud (artículo 19, N<sup>º</sup> 9<sup>º</sup>) y el derecho a la seguridad social (artículo 19, N<sup>º</sup> 18<sup>º</sup>) (STC Rol N<sup>º</sup> 1.710, cc. centesimotrigesimoprimeros a centesimotrigesimoquintos);

#### IV

#### APLICACIÓN DE ESTOS ESTÁNDARES AL CASO CONCRETO

**DECIMOPRIMERO.** Que la doctrina constitucional señalada tiene una consecuencia directa en el caso concreto, pues en este caso no se respeta el estándar precedentemente analizado;

**DECIMOSEGUNDO.** Que, en efecto, en primer lugar, no hay una proporcionalidad del reajuste ofrecido por la Isapre. Sobre todo si se considera que se ha estimado desproporcionada y carente de razonabilidad la norma que entregaba amplia libertad de actuación a un organismo de la Administración (STC Rol N<sup>º</sup> 1.710, cc. sexagesimoprimeros, sexagesimosegundo y centesimocuatrecientosquintos), peor aún resulta entregar la regulación de esta materia a la libertad contractual o, como lo dice la norma, a la libertad de la Isapre, por el desequilibrio de facultades que tiene en su favor (STC roles N<sup>OS</sup> 1.572, 1.598, 1.629, 1.765, 1.766, 1.784, 1.806, 1.807, 1.769 y 1.745);

**DECIMOTERCERO.** Que, asimismo, en el presente caso se infringe la Constitución, pues se entrega a la voluntad de las partes determinar un elemento esencial de un contrato de orden público, como lo es la reajustabilidad del precio del plan;

**DECIMOCUARTO.** Que, en segundo lugar, tampoco se cumple el estándar de relación razonable que debe existir entre los factores que componen la tabla respectiva.

En efecto, en la tabla que suscribió el requirente, el precio de su plan se encarece con la edad. De hecho, para el caso que nos ocupa, por el cambio de la edad de su hija beneficiaria, el factor aumenta en 1.40 al cumplir 25 años;

**DECIMOQUINTO.** Que, en tercer lugar, tampoco se respeta el estándar de protagonismo que debe tener el afiliado en su determinación. Por una parte, porque estamos frente a un verdadero contrato de adhesión. En los hechos, se impone la voluntad de la Isapre. Por la otra, la renovación se convierte en dramática, porque o paga más por su plan o rebaja sus prestaciones. Así las cosas, la permanencia del beneficiario en su plan o, incluso, en el régimen privado de salud, puede significar un elevado costo que sea inviable para el común de las personas;

**DECIMOSEXTO.** Que, además, el precepto legal objetado tampoco pasa el estándar de la no discriminación. Por de pronto, porque se construye el mecanismo en base a elementos inherentes a la naturaleza humana, como la edad y el sexo. En el caso del requirente, el mecanismo implica que entre más edad tenga él o sus beneficiarios, más caro será su plan;

**DECIMOSÉPTIMO.** Que, en consecuencia, el requerimiento interpuesto debe acogerse, toda vez que la aplicación del inciso quinto del artículo 38 de la Ley N° 18.933, impugnado, vulnera el derecho a la protección de la salud (artículo 19, N° 9°) y, por tanto, resulta contrario a la Constitución.

Habiéndose acogido el requerimiento respecto de la norma legal impugnada antes mencionada por los argumentos señalados, no se emitirá pronunciamiento respecto de la supuesta infracción de las demás disposiciones constitucionales invocadas.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en los artículos 19, número 9°, y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE FOJAS 1, SÓLO EN CUANTO SE DECLARA INAPLICABLE EL INCISO QUINTO DEL ARTÍCULO 38 DE LA LEY N° 18.933 EN LA CAUSA *SUB LITE*. SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN ESTOS AUTOS, DEBIENDO OFICIARSE AL EFECTO A LA SUPERINTENDENCIA DE SALUD.**

**Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán** concurre a lo resuelto únicamente en atención a lo señalado en los considerandos primero a quinto, y teniendo adicionalmente presente que el legislador no precisó suficientemente en el aludido artículo 38, inciso quinto, que se impugna, la forma de fijación de la tabla de factores, según criterios de edad y sexo, la que por sí misma no es contraria a la Carta Fundamental, como lo ha señalado esta misma Magistratura. De este modo, se incumple así el mandato delegado al legislador de establecer la forma y condiciones en que el Estado debe garantizar adecuadamente la ejecución de las acciones de salud, sea que éstas se presten a través de instituciones públicas o privadas, en el marco del principio de subsidiariedad. No corresponde, sin embargo, a través de esta vía procesal constitucional pronunciarse acerca de los aumentos en los valores de los planes de salud que ha sufrido el requirente, todo lo cual es materia propia de la acción de protección, tal como lo ha señalado reiteradamente este previniente

(STC Rol N<sup>º</sup> 1.710), puesto que la ponderación de los hechos litigiosos de las gestiones respectivas corresponde a los jueces de fondo de la instancia (STC roles N<sup>OS</sup> 1.130, 1.210, 1.266 y 1.324). Finalmente, es del caso tener presente que las tablas de factores se incorporaron a los respectivos contratos, de suerte tal que las acciones de inaplicabilidad no resultan idóneas para declarar la inconstitucionalidad de los contratos suscritos, lo que deberá impugnarse –en su caso– a través de las vías ordinarias que prevé el ordenamiento jurídico.

**El Ministro señor Iván Aróstica Maldonado previene** que concurre a la sentencia, en virtud única y exclusivamente de lo expresado en los considerandos primero al séptimo, y en especial por lo expresado en este último en relación con el artículo 19, N<sup>º</sup> 9<sup>º</sup>, inciso cuarto, de la Constitución. Tiene presente para ello que, en su oportunidad, la norma legal impugnada no hizo exigible la obligación del Estado de facilitar el acceso de los afiliados más riesgosos afectados por su aplicación, a las correspondientes acciones de salud que por su intermedio brindan las Isapres, de conformidad con el principio de subsidiariedad.

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben y las prevenciones, sus respectivos autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

### **Rol N<sup>º</sup> 1.654-2010**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

ROL N° 1.655-2010

REQUERIMIENTO DE 34 HONORABLES DIPUTADOS  
EN CONTRA DEL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY  
GENERAL DE PESCA Y ACUICULTURA, N° 18.892

Santiago, primero de abril de dos mil diez.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1°. Que cabe tener presente que el Congreso Nacional aprobó, con fecha 10 de marzo del presente año, el informe de Comisión Mixta del proyecto de ley en que incide el requerimiento formulado, comunicando al Presidente de la República dicha circunstancia por medio de oficio fechado el 16 de marzo, en el cual se señala que *“el Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente proyecto de Ley”*. Por su parte, el requerimiento formulado en su contra se presentó el pasado 22 de marzo;

2°. Que, de conformidad al artículo 41 bis de la Ley N° 17.997, la admisibilidad de un requerimiento, ya acogido a trámite, depende de la oportunidad en que el mismo haya sido promovido;

3°. Que, en general, las cuestiones de constitucionalidad pueden ser formuladas durante la tramitación de un proyecto de ley, lo que implica que dicho plazo se inicia al dar cuenta del respectivo proyecto en la Cámara de Origen y se extiende hasta la promulgación del mismo;

4°. Que, de la lectura de la normativa constitucional, se constata que la reforma introducida por la Ley N° 20.050 cambió la redacción del actual inciso cuarto del artículo 93 de la Carta Fundamental y con ello la interpretación que se tenía sobre la oportunidad para requerir. En efecto, la normativa del antiguo artículo 82 exigía que el requerimiento fuera *“formulado antes de la promulgación de la ley”* y por ello el artículo 40 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura, establece que el Tribunal informará al Presidente de la República la existencia del requerimiento, para que se abstenga de promulgar el proyecto aprobado, norma que desarrolla y complementa lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 93 del texto actual de la Constitución.

Además de lo expuesto, la reforma constitucional aludida agregó a dicha hipótesis otra situación regulada en el inciso cuarto del citado artículo 93. En efecto, dicha disposición establece que *“en el caso del número 3°, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional y, en caso alguno, después de quinto día del despacho del proyecto o de la señalada comunicación”*;

5°. Que, de esta forma, para efectos de determinar la oportunidad para requerir, la reforma constitucional de la Ley N<sup>º</sup> 20.050 estableció una distinción entre tratados internacionales y proyectos de ley. En el caso de los primeros, la cuestión de constitucionalidad se puede formular durante la tramitación del mismo; pero, si el tratado ha sido aprobado por el Congreso, existe un plazo adicional de 5 días contados desde la remisión de la comunicación que informa dicha aprobación. Es la hipótesis a que se refiere el artículo 38 bis, inciso segundo, de la Ley N<sup>º</sup> 17.997.

Respecto de los proyectos de ley, el plazo se extiende a toda la tramitación del mismo en el Congreso Nacional. Sin embargo, si el proyecto ha sido despachado por éste, hay que formular una distinción. Por una parte, se puede requerir hasta “*cuando ingrese a la oficina de partes de la Contraloría General de la República el respectivo decreto promulgatorio*” (artículo 38 bis, LOCTC). Por la otra, en ningún caso se puede requerir “*después de quinto día del despacho del proyecto*”, siempre que aun no haya sido promulgado. Cabe recordar que de conformidad al artículo 75, inciso segundo, de la Constitución, el Presidente de la República tiene diez días para promulgar el proyecto aprobado;

6°. Que en el caso en cuestión, a la luz del texto constitucional introducido por la reforma de 2005, cabe preguntarse si el proyecto de ley se encuentra o no despachado por el Congreso Nacional, aun cuando esté pendiente el plazo para vetarlo, al cual se alude en los artículos 72 y 73 de la Constitución;

7°. Que, en este caso, debe concluirse que el Congreso Nacional despachó el proyecto de ley por varias razones; en primer lugar, porque la aludida reforma constitucional buscó establecer que los requerimientos se presenten ante este Tribunal mientras el proyecto de ley se encuentre en discusión, es decir, mientras no haya emitido un pronunciamiento aprobatorio la última Cámara que conozca de él. Esto es consistente con el enunciado de la facultad para requerir que establece el artículo 93, N<sup>º</sup> 3, de la Constitución, que faculta a esta Magistratura para “*resolver las cuestiones que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley...*”; y con la oportunidad para ejercer el control obligatorio de constitucionalidad, que se ejerce una vez que “*quede totalmente tramitado por el Congreso*” el respectivo proyecto (artículo 93, inciso 2°), mientras que el control facultativo se debe ejercer “*en caso alguno, después de quinto día del despacho del proyecto*”.

En este caso particular, el proyecto fue objeto del trámite de Comisión mixta, aprobándose el informe respectivo en el Senado el 10 de marzo, mismo día en que lo hizo la Cámara de Diputados y se comunicó su aprobación al Presidente de la República con fecha 16 de marzo, quedando así, en consecuencia, despachado el proyecto por el Congreso Nacional con esta última fecha. El requerimiento, por su parte, como ya se indicó, se presentó recién el 22 de marzo.

En consecuencia, no cabe sino concluir que el requerimiento fue presentado fuera de la oportunidad prevista por la Constitución Política al efecto.

En segundo lugar, en nada obsta a lo anterior el hecho de que el Presidente de la República aún tenga pendiente el plazo para vetar. Desde luego, porque el veto se presenta por el Presidente de la República una vez aprobado el proyecto por ambas cámaras, es decir, debe haber sido despachado. Recordemos que el oficio por medio del cual la Cámara de Origen señala, precisamente, que “... *el Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente Proyecto de Ley...*”. La reforma constitucional es categórica en su exigencia, pues utiliza la expresión “*en caso alguno*”. Y el plazo de cinco días a que alude lo cuenta no desde que quede totalmente tramitado el proyecto sino que “*del despacho*”. Enseguida, debe tenerse presente que el veto es un trámite adicional y eventual que depende del Presidente de la República, no de la voluntad del Congreso, lo que se reafirma por lo dispuesto en los artículos 32, número 1°, 72 y 73 de la Carta Fundamental. Además, debe considerarse que el veto sólo permite abrir discusión acerca de las normas observadas, mas no del resto del proyecto. También, que cada observación debe “*ser aprobada o rechazada en su totalidad y, en consecuencia, no procederá dividir la votación para aprobar o rechazar sólo una parte*” (artículo 35, Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional).

Admitir que el plazo para requerir se mantendría en suspenso hasta el vencimiento del plazo para observar por parte del Presidente de la República, significaría introducir un factor de incertidumbre que la reforma constitucional de 2005 precisamente quiso evitar. También iría contra la naturaleza del veto, acotado a ciertos aspectos del contenido de un proyecto de ley y sin que sean admisibles indicaciones a su texto. Y, por último, asimilaría el control obligatorio al facultativo de constitucionalidad, pues mientras el primero exige que esté “*totalmente tramitado*”, el segundo no puede ejercerse “*en caso alguno, después de quinto día del despacho del proyecto*”, y

8°. Que corolario de todo lo razonado en los considerandos anteriores es que el requerimiento materia de estos autos fue presentado fuera de la oportunidad señalada por la Constitución para poder formularlo, debiendo declararse, en consecuencia, su inadmisibilidad y así se declarará.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo establecido en el inciso cuarto del artículo 93 de la Constitución Política de la República y en las normas pertinentes de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE,**

Que es inadmisibile el requerimiento de fojas 1.  
Notifíquese, comuníquese, regístrese y archívese.



**Acordada con el voto en contra de los Ministros señores José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto y señora Marisol Peña Torres**, quienes estuvieron por declarar admisible el requerimiento deducido a fojas 1 por las razones que se expresarán:

1°. Que en el caso de los requerimientos de constitucionalidad deducidos en ejercicio de lo previsto en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 3°, de la Constitución Política, el inciso cuarto de esa disposición señala que *“el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional y, en caso alguno, después de quinto día del despacho del proyecto o de la señalada comunicación”*;

2°. Que la norma recordada precedentemente se complementa con lo dispuesto en el artículo 41 bis de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, que precisa que en el caso de los aludidos requerimientos: *“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos: 1° Cuando el requerimiento no es formulado por un órgano legitimado. 2° Cuando la cuestión se promueva con posterioridad a las oportunidades indicadas en el artículo 38 bis”* (inciso segundo).

El artículo 38 bis del mismo cuerpo legal indica, por su parte, que: *“Para los efectos de la oportunidad en que debe formularse el requerimiento, la promulgación se entenderá efectuada por el Presidente de la República cuando ingrese a la oficina de partes de la Contraloría General de la República el respectivo decreto promulgatorio.*

*En ningún caso se podrán admitir a tramitación requerimientos formulados con posterioridad a ese instante (...);”*

3°. Que, en el caso de autos, el requerimiento ha sido deducido por un grupo de diputados que constituyen más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de la Cámara, según certificado extendido por el Secretario General Accidental de la misma, que rola a fojas 32. En consecuencia, se encuentra cumplida la primera exigencia a que aluden el inciso cuarto del artículo 93 de la Carta Fundamental y el inciso segundo del artículo 41 bis de la ley orgánica de este Tribunal, ya transcritos, que incide en la legitimación activa para deducir el requerimiento;

4°. Que, en cuanto al segundo requisito de admisibilidad de un requerimiento como el deducido a fojas 1, es necesario tener presente que, tanto del artículo 93, inciso cuarto, como del artículo 38 bis de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, se desprende que la oportunidad límite para deducirlo es la promulgación de la ley en los términos referidos en el inciso primero del artículo 38 bis ya mencionado, pues mientras ella no se produzca posibilitando la publicación de la ley, habría que entender que no ha concluido la tramitación de la misma.

Sin embargo, la parte final del inciso cuarto del artículo 93 de la Carta Fundamental, introducido por la reforma constitucional de 2005, parece circunscribir esa oportunidad límite disponiendo que “en caso alguno” el requerimiento puede ser deducido “después de quinto día del despacho del proyecto”. Ello obliga, naturalmente, a precisar qué se entiende por “despacho del proyecto”;

5°. Que de las diversas acepciones que registra el vocablo “despacho”, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, debe rescatarse aquél que lo refiere a la “acción y efecto de despachar”. A su vez, “despachar” es “resolver o tratar un asunto o negocio”.

La Constitución Política, entretanto, no define el concepto que nos ocupa, aun cuando lo utiliza en el inciso primero del artículo 67, cuando señala que: “*El proyecto de ley de Presupuestos deberá ser presentado por el Presidente de la República al Congreso Nacional, a lo menos con tres meses de anterioridad a la fecha en que debe empezar a regir; y si el Congreso no lo despachare dentro de los sesenta días contados desde su presentación, regirá el proyecto presentado por el Presidente de la República.*”

De lo antes señalado puede inferirse que, en base a un sentido natural y lógico, el “despacho” de un proyecto de ley debe entenderse referido al momento en que se resuelve o se decide su contenido normativo en términos de que sólo resta su promulgación y publicación para que se transforme en ley de la República;

6°. Que así lo entiende, asimismo, el profesor Alejandro Silva Bascuñán cuando sostiene que “*el término de la tramitación de un proyecto de ley en el Congreso se produce cuando sea comunicado su texto por la Cámara de origen al Presidente de la República, de manera que éste, una vez recibido, se encuentre en condiciones de dictar el respectivo decreto de promulgación.*” (“Tratado de Derecho Constitucional”. Tomo VII, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 201);

7°. Que, en lo que se refiere al momento preciso en que un proyecto de ley está en condiciones de promulgarse, resulta imperioso acudir al principio hermenéutico de “unidad de la Constitución”, según el cual la Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, criterio al cual este Tribunal ha acudido en numerosas oportunidades, entre otras, en sentencia Rol N° 21.

Así, cabe tener presente, en primer término, lo dispuesto en el artículo 72 de la Carta Fundamental, según el cual “*aprobado un proyecto por ambas Cámaras será remitido al Presidente de la República, quien, si también lo aprueba, dispondrá su promulgación como ley.*”

El artículo 73, en su inciso primero, dispone, por su parte, que: “*Si el Presidente de la República desaprueba el proyecto, lo devolverá a la Cámara de su origen con las observaciones convenientes, dentro del término de treinta días.*” El artículo 75, inciso primero, expresa, a su vez, que: “*Si el Presidente de la*

*República no devolviera el proyecto dentro de treinta días, contados desde la fecha de su remisión, se entenderá que lo aprueba y se promulgará como ley.”;*

8°. Que de lo que se viene refiriendo puede, desde ya, afirmarse que un proyecto de ley está en condiciones de promulgarse y, por ende, debe entenderse “despachado”, desde que la Cámara de origen comunica el Presidente de la República que el Congreso Nacional ha dado su aprobación al mismo cuando existe constancia en la tramitación legislativa que el Presidente de la República ha manifestado su voluntad de no ejercer el veto respecto del proyecto.

Asimismo, debe entenderse que el proyecto de ley se encuentra en condiciones de promulgarse y debe entenderse despachado cuando ha transcurrido el plazo que el Presidente tenía para vetarlo (30 días) sin que haya ejercido esa potestad –caso en que opera la sanción tácita del proyecto–, y cuando, habiéndolo vetado, la Cámara de origen comunica al Presidente de la República que se han aprobado o desechado las observaciones por él formuladas, tanto total como parcialmente.

Esta última hipótesis se desprende de lo preceptuado en los incisos tercero y cuarto del artículo 73 de la Constitución Política, que señalan:

*“Si las dos Cámaras aprobaran las observaciones, el proyecto tendrá fuerza de ley y se devolverá al Presidente para su promulgación.*

*Si las dos Cámaras desecharen todas o algunas de las observaciones e insistieren por los dos tercios de sus miembros presentes en la totalidad o parte del proyecto aprobado por ellos, se devolverá al Presidente para su promulgación.”;*

9°. Que precisando el significado que, en la Constitución de 1925, tenía que un requerimiento de constitucionalidad pudiese deducirse “*durante la tramitación*” de los proyectos de ley (tal y como hoy reza el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 3°, de la Constitución vigente), el Tribunal Constitucional, creado en el año 1970, declaró que: “*Que la cuestión de constitucionalidad se suscite durante la tramitación de un proyecto de ley. En consecuencia, el período en que puede formularse el requerimiento, por durar en su curso el proceso de formación de la ley, se extiende desde el momento en que el proyecto respectivo ha iniciado su tramitación legislativa y hasta aquel en que se ha producido la sanción expresa, tácita o forzada de la ley, es decir, ya aprobada por el Presidente o transcurrido el plazo para observarla o comunicado por la Cámara de origen el resultado de las observaciones que se hubieren formulado.*” (Silva Bascuñán, Alejandro. El Tribunal Constitucional en “La reforma Constitucional de 1970”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 249);

10°. Que, aplicadas las nociones explicadas a la decisión que ha debido enfrentar este Tribunal respecto de la admisibilidad de un requerimiento de constitucionalidad destinado a impugnar diversas normas del proyecto de ley modificatorio de la Ley General de Pesca y Acuicultura y, específicamente, en lo que dice relación con la oportunidad en que se ha deducido, estos Ministros disidentes han sido de la opinión de que la

referida acción se dedujo dentro de plazo y, por ende, debió haber sido declarada admisible, porque:

1. El Oficio N° 8.580, de la Cámara de Diputados, por el que se comunica al Presidente de la República que se ha dado aprobación al proyecto de ley mencionado es de fecha 16 de marzo de 2010.

2. El requerimiento respectivo fue presentado ante esta Magistratura con fecha 22 de marzo de 2010, esto es, seis días después del oficio aludido.

3. Revisada la historia de la tramitación legislativa del referido proyecto de ley, en la página web del Congreso Nacional, así como en los documentos que se adjuntan al requerimiento, no consta que el Presidente de la República haya manifestado su voluntad de no ejercer su potestad de veto respecto del proyecto, lo que impedía afirmar, con certeza, que el mismo se encontrare “despachado”, según lo ya explicado.

4. Consecuencia de lo anterior es que, en aplicación de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 75 de la Constitución Política, el plazo que el Presidente de la República tiene para sancionar o, en su defecto, vetar el proyecto de ley –que, como se ha dicho, es de treinta días– se encuentra corriendo, pese a que este Tribunal ya ha comunicado al Jefe del Estado que debe abstenerse de promulgar la parte impugnada del proyecto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 de su ley orgánica.

5. Por lo tanto, los requirentes estaban plenamente habilitados para deducir el requerimiento –como lo hicieron– dentro del plazo pendiente que el Presidente de la República tenía para sancionar o vetar el proyecto de ley, lo que, claramente, no había acontecido. Por ello, es posible sostener que, en este caso concreto, el proyecto de ley no había sido “despachado” en la medida que se mantenía vigente la posibilidad de vetarlo.

6. Aún más, de conformidad con lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 93 de la Constitución Política, debe entenderse que los requirentes gozaban de un plazo que, incluso, se extendía hasta los cinco días siguientes a que el proyecto quedara totalmente despachado, lo cual, como se ha sostenido, suponía tener claro qué actitud iba a adoptar el Presidente de la República respecto de la sanción (o eventual veto) del proyecto para que, realmente, quedara en condiciones de procederse a su promulgación.

### **Rol N° 1.655-2010**

Redactaron la resolución los ministros que la suscriben y, la disidencia, la Ministra señora Marisol Peña Torres.

Se certifica que los Ministros señores José Luis Cea Egaña y el Ministro José Antonio Viera-Gallo concurrieron al acuerdo de la resolución pero no firman por estar ausentes.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por los Ministros señores José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

## ROL N<sup>º</sup> 1.656-2010

### REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 206 DEL CÓDIGO CIVIL, DEDUCIDO POR NEL GREEVEN BOBADILLA, JUEZ DE FAMILIA DE PUDAHUEL

Santiago, primero de septiembre de dos mil once.

#### VISTOS:

El día 22 de marzo de 2010 ingresó al Tribunal el Oficio N<sup>º</sup> 0301-2010-CMB, fechado el día 16 del mismo mes y año, por el cual la Juez de Familia de Pudahuel, señora Nel Greeven Bobadilla, expresa que en la causa RIT C-3479-2009, RUC 09-2-0335964-8, seguida por investigación/reclamación de paternidad, caratulada “NN.NN.”, se ha ordenado oficiar a esta Magistratura Constitucional, “*remitiendo los antecedentes pertinentes*”, para que se pronuncie sobre la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil, por ser contrario a la Constitución, resolviendo, si así lo estima, la suspensión del procedimiento. Se deja constancia de que este requerimiento se interpone luego de que la Primera Sala de esta Magistratura, en resolución de 9 de marzo de 2010, no acogiera a tramitación un anterior requerimiento deducido por la misma juez, en el Rol N<sup>º</sup> 1.611, por no cumplir las exigencias previstas en la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

Los antecedentes de la causa judicial en la que incide el requerimiento deducido en este caso se desprenden de las piezas del proceso *sub lite* que se han acompañado al oficio que contiene el requerimiento, entre éstas:

– Copia simple de la demanda sobre reclamación de paternidad deducida en los autos por la abogada Andrea Paz Leyton Martínez, en representación de Carlos Rodrigo Prosiñgue Prosiñgue, en contra de Fresia Curihuil Cañulaf, como representante legal de la supuesta hermana menor de edad del demandante, Camila Cisternas Curihuil.

– Copia autorizada de la resolución dictada por el tribunal, con fecha 21 de diciembre de 2009, en la que se expresan las consideraciones tenidas en cuenta para solicitar el pronunciamiento de esta Magistratura en el requerimiento Rol N° 1.611.

– Copia de la resolución de la Primera Sala de esta Magistratura que no acogió a tramitación el requerimiento de inaplicabilidad antes referido.

– Resolución de 16 de marzo de 2010, dictada en la causa *sub lite*, y que motiva el requerimiento de inaplicabilidad materia del presente proceso constitucional.

Como cuestión de hecho pertinente para este proceso constitucional, cabe señalar que de los antecedentes del caso concreto se puede constatar que el presunto hijo que demanda el reconocimiento de paternidad tiene actualmente más de 20 años y ha manifestado en su reclamo que se habría enterado de la existencia de su padre por relato de su madre poco tiempo antes de la muerte de éste.

En cuanto al conflicto constitucional que se pide a esta Magistratura resolver, el Tribunal de Familia requirente, apoyándose en lo expresado por este Tribunal Constitucional en STC Rol N° 1.340 y en citas doctrinarias (nacionales: Paulina Veloso –El Nuevo Estatuto Filiativo y las Modificaciones al Derecho Sucesorio a la Luz de las Normas y Principios de la Ley 19.585–; Paulina Veloso y Claudia Schmidt –La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia–; y extranjera: Mauricio Luis Mizrahi –Identidad Filiatoria y Pruebas Biológicas–), manifiesta, en síntesis, que la restricción que establece el artículo 206 del Código Civil para que un hijo reclame la filiación, de la que derivaría el hecho de que de acuerdo a la ley un hijo sólo podría reclamar su filiación mientras el padre esté vivo, salvo en los dos casos de excepción que la misma ley señala, sería contraria al derecho de igualdad ante la ley que asegura a toda persona la Constitución Política de la República en el artículo 19, numeral 2°, y también vulneraría lo dispuesto en el artículo 5° de la misma Ley Fundamental.

En cuanto a la forma en que se produce la inconstitucionalidad alegada, en el requerimiento se aduce que el artículo 206 del Código Civil es contrario a la garantía constitucional de igualdad ante la ley, ya que genera una diferencia arbitraria entre los hijos de padres vivos y aquellos cuyos padres murieron antes de haber demandado la filiación; a éstos se les restringiría el derecho a la acción.

Agrega que la regulación legal en la materia no resistiría el test de razonabilidad que exige el análisis de constitucionalidad de la ley, por-

que el precepto cuestionado operaría en protección de bienes jurídicos de menor entidad a los de la justicia y el derecho del hijo a conocer su identidad, su filiación y a que se le reconozcan todos los demás derechos que emanan de tal condición. Así, señala que lo que se tiende a proteger por la norma del Código Civil cuya constitucionalidad cuestiona en autos sería la certeza jurídica y el honor de una persona que ya no es tal –el fallecido– y, por otra parte, la paz social, que si bien constituye un elemento apreciable, no está contemplado por la Constitución como principio rector.

Se añade a lo anterior que el fin perseguido por la norma impugnada de amparar el honor del difunto y el de su familia no sería proporcional, concluyendo que el legislador, en lugar de restringir a determinados hijos su derecho de acción de filiación, bien pudo establecer sanciones civiles (indemnización de perjuicios) o penales, respecto de los demandantes temerarios y con ello, a su juicio, se resguardaría con mayor proporcionalidad y justicia el valor reseñado.

Describiendo la forma en que se produciría la eventual inconstitucionalidad por la aplicación del artículo 206 del Código Civil en esta causa de filiación, en relación con lo dispuesto en el artículo 5° de la Carta Fundamental, el Tribunal de Familia requirente afirma que la aludida norma legal “*vulnera el derecho a la identidad que tiene toda persona*”, que constituye un derecho esencial vinculado íntimamente con su dignidad, como lo ha manifestado el profesor José Luis Cea Egaña en su obra *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, y el cual se encuentra garantizado en tratados internacionales que la norma constitucional citada obliga a respetar, como son: la Convención de Derechos del Niño (artículos 1° y 8°), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 5.1.; 11.1.; 17 y 18) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 16, 17.1. y 24).

A mayor abundamiento, el precepto legal impugnado, a juicio de la juez requirente, sería contrario a la garantía constitucional aludida, de momento que privaría a un grupo de personas de su derecho a la acción, que también corresponde, a su criterio, a un derecho esencial de la persona humana y que, como tal, y siguiendo la doctrina sostenida en la materia por el profesor Gonzalo Figueroa –*Derecho Civil de la Persona*–, sólo podría ser limitado por el legislador de un modo específico y por razones graves de interés público, circunstancias éstas que no se verificarían en el caso de la disposición cuestionada.

A fojas 31 de autos rola resolución de 31 de marzo de 2010, por la cual la Primera Sala de este Tribunal admitió a tramitación el requerimiento deducido y, entre otras medidas, dispuso la suspensión del procedimiento en el que aquél incide. Consta asimismo que, con igual fecha, la misma Sala declaró admisible la acción deducida (fojas 45).

Pasados los autos al Pleno, el Tribunal, el 12 de abril de 2010, a fojas 49, ordenó practicar las comunicaciones a los órganos constitucionales interesados y la notificación a las partes de la causa *sub lite*, previstas en el artículo 47 H (actual artículo 86) de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura. Se deja constancia de que no se formularon observaciones al requerimiento materia de este proceso constitucional por ninguno de los órganos y personas señaladas.

Se ordenó traer los autos en relación el 7 de mayo de 2010 y en audiencia de 30 de septiembre de 2010 se procedió a la vista de la causa, en conjunto con la vista de las causas roles N<sup>os</sup> 1.537 y 1.563, oyéndose la relación y quedando en acuerdo el pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión sometida al conocimiento de esta Magistratura, como se certificó a fojas 66. El acuerdo fue adoptado por el Tribunal en su sesión ordinaria verificada el 7 de enero de 2011.

**CONSIDERANDO:**

I

EL CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD SOMETIDO A LA DECISIÓN DE ESTA MAGISTRATURA

**PRIMERO.** Que el artículo 93, inciso primero, N<sup>o</sup> 6<sup>o</sup>, de la Constitución Política de la República dispone que es atribución del Tribunal Constitucional “*resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución*”;

**SEGUNDO.** Que la misma norma constitucional expresa, en su inciso undécimo, que, en este caso, “*la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto*” y agrega que “*corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley*”;

**TERCERO.** Que, como se ha indicado en la parte expositiva, la Juez del Juzgado de Familia de Pudahuel, doña Nel Greeven Bobadilla, ha deducido un requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 206 del Código Civil, en la causa sobre reclamación de filiación no matrimonial, RIT C-3479-2009, RUC 09-2-0335964-8, de que conoce actualmente ese tribunal. Ésta es precisamente la gestión pendiente que autoriza plantear la cuestión de inaplicabilidad;

**CUARTO.** Que la gestión judicial individualizada precedentemente tiene su fundamento en la resolución adoptada, con fecha dieciséis de marzo de 2010, por la Jueza de Familia requirente, la que, en síntesis,



sostiene que en la causa ya individualizada se ha deducido una demanda de reclamación de filiación no matrimonial por una persona contra la hija del supuesto padre, en su calidad de heredera de este último, fallecido el 29 de octubre del año 2007. Agrega que el artículo 206 del Código Civil restringe a dos los casos en que se puede reclamar la filiación cuando ha muerto alguno de los padres: si la muerte del padre es previa al nacimiento –hijo póstumo–, o que el deceso acontezca dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, de lo que se seguiría que de acuerdo a la ley un hijo sólo podría reclamar su filiación mientras el padre esté vivo, salvo en los dos casos de excepción que la misma ley señala, los cuales no concurren en el caso concreto que motiva la gestión pendiente.

Para la jueza de familia mencionada, resulta claro que los herederos del padre fallecido, en el presente caso, son legítimos contradictores para efectos del ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 317 del Código Civil, interpretado armónicamente con el artículo 206, reprochado en estos autos;

**QUINTO.** Que la norma legal cuya inaplicabilidad se solicita en esta oportunidad –el artículo 206 del Código Civil–, prescribe:

*“Si el hijo es póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad.”;*

**SEXTO.** Que el conflicto constitucional que se somete a la resolución de esta Magistratura consiste, entonces, en determinar si la aplicación del artículo 206 del Código Civil, en la causa RIT C-3479-2009, RUC 09-2-0335964-8, de que conoce actualmente el Juzgado de Familia de Pudahuel, resulta contraria:

1. Al artículo 5<sup>º</sup>, especialmente a su inciso segundo, de la Constitución Política, en relación con lo consignado en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, como la Convención de Derechos del Niño (artículo 8); la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 3, 5.1, 11.1, 17 y 18) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 16, 17.1 y 24). Lo anterior, en cuanto de dichos instrumentos normativos se desprende la consagración del derecho a la identidad en cuanto derecho esencial que emana de la naturaleza humana; y

2. Al artículo 19, N<sup>º</sup> 2<sup>º</sup>, de la Constitución Política, que consagra la igualdad ante la ley y la consiguiente prohibición de las discriminaciones arbitrarias, el que se vería vulnerado en la medida que el artículo 206 del Código Civil establece una diferencia que carecería de justificación razonable entre aquellos hijos cuyo presunto padre o madre falleció antes del parto o dentro de los ciento ochenta días siguientes al nacimiento –a quienes les concede acción para reclamar su filiación en contra de los he-

rederos dentro de determinados plazos– y aquellas personas cuyo padre o madre fallece en épocas diversas a las indicadas;

**SÉPTIMO.** Que, sintetizados los argumentos del requerimiento, conviene precisar por qué el Tribunal Constitucional estima que estamos frente a un conflicto de constitucionalidad de carácter concreto, que se enmarca dentro de la atribución que le confiere el artículo 93, inciso primero, Nº 6º, e inciso undécimo, de la Carta Fundamental;

**OCTAVO.** Que, en este sentido, debe recordarse que esta Magistratura ha definido, desde la misma entrada en vigencia de la reforma constitucional de 2005 (Ley Nº 20.050), la naturaleza y alcances de la nueva competencia que le asignó el Constituyente para resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.

Así ha señalado que “...de la simple comparación entre el texto de la norma actual con el antiguo artículo 80 de la Carta Fundamental, que entregaba esta facultad a la Corte Suprema, se desprende que mientras antes se trataba de una confrontación directa entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora se está en presencia de una situación diferente, por cuanto lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, es la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto, lo que relativiza el examen abstracto de constitucionalidad, marcando así una clara diferencia con la regulación prevista por el texto constitucional anterior.

Lo dicho deja de manifiesto que las características y circunstancias del caso concreto de que se trate, han adquirido en la actualidad una relevancia mayor de la que debía atribuírseles antes del 2005, pues, ahora, la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto *sub lite*, lo que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional”. (STC Nºs 473, 478, 523 y 546, entre otras);

**NOVENO.** Que, en conformidad con lo recordado, en la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal, el Tribunal Constitucional debe atender a las circunstancias del caso concreto que rodean el asunto *sub lite*, de forma de establecer si la aplicación de la norma impugnada a dicho caso producirá un resultado contrario a la Constitución;

**DÉCIMO.** Que la Jueza de Familia de Pudahuel ha sostenido, en su requerimiento, una eventual aplicación inconstitucional del artículo 206 del Código Civil a la luz de los preceptos constitucionales que cita, relacionados, además, con las normas internacionales detalladas en el considerando sexto. Y lo ha hecho en relación con el caso concreto que está juzgando, la causa de reclamación de filiación no matrimonial RIT C-3479-2009, RUC 09-2-0335964-8.

El requerimiento de autos no plantea un conflicto entre normas legales que podrían resultar aplicables al caso. Por el contrario, la magistrada entiende que, por un lado, la cuestión de reclamación de paternidad puede fallarse conforme al artículo 317 del Código Civil, en cuanto estima que la heredera del supuesto padre del actor, don Carlos Prosingue Prosingue, es legítima contradictora en la cuestión de reclamación de paternidad de que se trata. Por otro, que partiendo de esa base, si se aplicara a la solución del asunto la norma contenida en el artículo 206 del Código Civil, se produciría una infracción a la Carta Fundamental, sin que ello importe cuestionar el otro artículo ya mencionado.

Tampoco le está pidiendo a esta Magistratura Constitucional que decida el caso *sub lite* por la vía de que se le indiquen otras normas con arreglo a las cuales resolver dicho conflicto jurídico. No podría haberlo hecho, pues tiene esa posibilidad siempre abierta dentro de las competencias propias del juez de fondo.

Finalmente, no podría haber solicitado a este Tribunal la determinación de si, en la especie, concurren los supuestos de hecho contemplados en el artículo 206 del Código Civil, pues tal tarea también le pertenece en exclusividad al juez de familia;

**DECIMOPRIMERO.** Que, así, para abocarse al juzgamiento que seguirá a continuación, este Tribunal aprecia que no se ha sometido a su decisión un conflicto de normas legales, respecto del cual sólo el juez de fondo tiene competencia para resolver; como se ha indicado reiteradamente en su jurisprudencia (Roles N<sup>OS</sup> 1.700, 1.772, 1.781, 1.794, 1.830, 1.832, 1.839 y 1.860, entre otros).

Por el contrario, de lo que se trata es de resolver una duda de constitucionalidad que al juez que ha de resolver un asunto de familia se le ha suscitado en el caso concreto que ha de juzgar y, para esos efectos, el Constituyente de 2005 instituyó, precisamente, la posibilidad de que los jueces puedan requerir de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional.

Denegar el juzgamiento entendiendo que, pese a los claros términos del requerimiento, estamos frente a un asunto de naturaleza simplemente legal, vulneraría gravemente el deber de inexcusabilidad que pesa sobre los miembros de esta Magistratura, conforme al texto expreso del inciso final del artículo 3<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

Recordando palabras del Tribunal Constitucional de España, “(una) cuestión de constitucionalidad resulta viable porque el órgano judicial duda efectivamente de la constitucionalidad de un precepto legal a cuyo tenor literal se considera sujeto (...)”. Agrega que “el hecho de que sea posible una interpretación de la norma cuestionada que sea conforme con la Constitución, no permite considerar a la cuestión en sí misma como mal fundada (...)” (STC 273/2005);

**DECIMOSEGUNDO.** Que, por las razones expresadas, este Tribunal entrará derechamente a pronunciarse sobre la posible infracción al artículo 19, N° 2°, de la Carta Fundamental; todo ello a la luz de las circunstancias que rodean el asunto concreto que juzga el Juzgado de Familia de Pudahuel.

## II INFRACCIÓN A LA IGUALDAD ANTE LA LEY

**DECIMOTERCERO.** Que, según se lee en el auto motivado que rola a fs. 8, la juez Nel Greeven Bobadilla ha planteado que la aplicación del artículo 206 del Código Civil, en la gestión pendiente de reclamación de paternidad sometida a su conocimiento, resultaría contraria al derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19, N° 2°, de la Carta Fundamental.

En este sentido, la aludida magistrada manifiesta que *“la normativa antes citada infringe el derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, por cuanto el propósito fundamental de la reforma en materia de filiación fue el de igualar a todos los hijos con prescindencia de cualquier consideración que esboce rasgos discriminatorios arbitrarios, especialmente aquel que atendía a si sus padres estaban o no casados. En el caso del artículo 206 del Código Civil la ley establece una diferencia entre dos clases de hijos: aquellos cuyos padres están vivos y aquellos cuyos padres murieron antes de entablarse la demanda, vedando en este segundo caso la posibilidad de accionar salvo en los dos casos de excepción que ella misma contempla.”* (Fojas 9);

**DECIMOCUARTO.** Que para efectos de dilucidar si, en el conflicto que se ha planteado, se produce una infracción del derecho a la igualdad ante la ley, es necesario determinar, en primer lugar, si realmente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar para, luego, examinar si tal diferencia tiene el carácter de arbitraria importando una transgresión a la Carta Fundamental. Así, debe analizarse si tal diferencia carece de un fundamento razonable que pueda justificarla y si, además, adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador. Este criterio ha sido reiterado por esta Magistratura, entre otras, en las sentencias roles N°s 790, 825, 829, 834 y 1.340;

**DECIMOQUINTO.** Que, al tenor de lo planteado, es posible constatar que el artículo 206 del Código Civil introduce una diferencia entre la misma categoría de personas, que corresponden a aquellas que reclaman el reconocimiento de la filiación. En efecto, la norma legal reprochada permite accionar contra los herederos del supuesto padre o madre para obtener ese reconocimiento sólo en dos casos: a) si el hijo es póstumo, o b) si el padre o madre fallece dentro de los 180 días siguientes al parto.

En cambio, quienes también reclaman el reconocimiento de su filiación, pero no se encuentran dentro de los supuestos previstos en la norma cuestionada, carecen de acción para obtenerlo;

**DECIMOSEXTO.** Que, comprobada la existencia de una desigualdad de trato o de una diferencia entre personas que se encuentran en la misma situación (persiguen el reconocimiento de su filiación), es necesario verificar si el fundamento de tal diferencia es razonable.

En este sentido y en palabras del Tribunal Constitucional español, “*no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados.*” (STC 128/2007);

**DECIMOSÉPTIMO.** Que durante la discusión parlamentaria que dio origen a la Ley N<sup>º</sup> 19.585 se suscitaron dudas en cuanto a limitar la procedencia de la acción de reclamación de la paternidad exigiendo la concurrencia de determinados supuestos, como los que hoy exige el artículo 206 del Código Civil. Así, durante la discusión de ese proyecto en la Cámara de Diputados, el señor Encina dejó constancia de que “*no hay razón alguna para establecer un límite arbitrario en el sentido de que proceda la acción siempre que el padre o la madre hayan fallecido dentro de los 180 días siguientes al parto –ahí coincido con la Diputada señora Pía Guzmán–, lo que generaría un vacío legal, desde ese punto de vista, respecto de aquellos que fallezcan en un plazo posterior.*” (Legislatura N<sup>º</sup> 338, sesión N<sup>º</sup> 32);

**DECIMOCTAVO.** Que, en lo atinente al criterio que nos ocupa, el examen de la historia del establecimiento del artículo 206 del Código Civil revela que, lejos de apreciarse un fundamento objetivo y razonable en la limitación que dicha norma establece para reclamar de los herederos del padre o madre fallecidos el reconocimiento de la paternidad, se tuvo en cuenta la regulación contenida en una norma precedente que aludía a una distinción entre tipos o categoría de hijos que el proyecto del Ejecutivo quiso precisamente superar. Por lo tanto, se consideró un criterio que ya no tenía cabida en la nueva legislación y que motivó –como se ha recordado– críticas de parte de algunos parlamentarios, precisamente por estimarse que introducía una diferencia entre aquellos cuyo o madre fallece antes o después de los 180 días siguientes al parto, generando, por ende, un vacío legal;

**DECIMONOVENO.** Que si de lo señalado se desprende la falta de razonabilidad en la diferencia de trato entre quienes demandan el reconocimiento de su filiación habiendo fallecido el padre o la madre antes de los 180 días siguientes al parto, por un lado, o después de ese lapso, por otro, es posible afirmar que no parece cumplirse la idoneidad de la norma cuestionada para perseguir el fin previsto por el legislador.

Si, en efecto, se trataba de equilibrar la búsqueda de la verdad en materia de libre investigación de la paternidad con la necesidad de preservar

la paz y la armonía familiar de los herederos, que podía verse violentada por falsas imputaciones de paternidad, bastaba con introducir resguardos frente a ese tipo de demandas (como la verosimilitud de las pruebas acompañadas) o con asegurar que se respondiera de la mala fe empleada, pero sin sacrificar el pleno respeto de los derechos a la identidad personal y a obtener la verdad biológica, según se ha razonado en el capítulo anterior.

La conclusión precedente cobra especial vigor si se atiende al tenor del inciso segundo del artículo 195 del Código Civil, según el cual “*el derecho de reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable. Sin embargo, sus efectos patrimoniales quedan sometidos a las reglas generales de prescripción y renuncia*”. Así, el derecho de los herederos del supuesto padre o madre queda resguardado desde el punto de vista patrimonial conforme a las reglas generales sobre prescripción extintiva;

**VIGÉSIMO.** Que, de este modo, si la diferencia de trato introducida por el artículo 206 del Código Civil importa que, como en la especie, el actor se entera de su verdadera filiación después de la muerte de su padre, acaecida después de los 180 días siguientes a su nacimiento –a diferencia de quien lo hace cuando el progenitor falleció dentro de ese término–, se ve privado de poder accionar en pos del reconocimiento de la paternidad respectiva, se afecta su derecho a la igualdad ante la ley;

**VIGESIMOPRIMERO.** Que, en consecuencia, la aplicación del artículo 206 del Código Civil, en la causa que sustancia el Juzgado de Familia de Pudahuel, RIT C-3479-2009, RUC 09-2-0335964-8, es contraria al numeral segundo del artículo 19 de la Constitución Política, y así se declarará;

**VIGESIMOSEGUNDO.** Que habiéndose acogido el requerimiento por los argumentos señalados, y como es doctrina de esta Magistratura, no se emitirá pronunciamiento respecto de la supuesta infracción de las demás disposiciones constitucionales alegadas (artículo 5°).

Y TENIENDO, ADEMÁS, PRESENTE lo preceptuado en los artículos 19, N° 2°, y 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, de la Carta Fundamental, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia,

**SE RESUELVE:**

**QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO POR LA JUEZ DE FAMILIA DE PUDAHUEL Y SE DECLARA QUE EL ARTÍCULO 206 DEL CÓDIGO CIVIL ES INAPLICABLE EN LA CAUSA RIT C-3479-2009, RUC 09-2-0335964-8, SOBRE RECLAMACIÓN DE PATERNIDAD, QUE SUSTANCIA ESE TRIBUNAL.**

## **DÉJASE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA A FOJAS 41.**

**Los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Francisco Fernández Fre-des y José Antonio Viera-Gallo Quesney** previenen que concurren a la decisión contenida en la presente sentencia, teniendo además presentes las siguientes consideraciones:

1°. Que en el auto motivado que rola a fojas 8 de estos autos, la juez Nel Greeven Bobadilla, del Juzgado de Familia de Pudahuel, ha sostenido que las normas que estima que se ven conculcadas con la aplicación del artículo 206 del Código Civil son las siguientes: en primer término, el artículo 5° de la *Constitución Política de la República, especialmente en su inciso segundo, que al aludir a los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”* comprendería el derecho a la identidad, ya que se refiere a la configuración interna de la persona, su personalidad, manera de ser, forma de pensar, aquello que la hace distinta de otra, del mismo modo que su dimensión física y cuya integridad debe ser protegida de la misma manera. Por lo demás, según la juez requirente, el derecho a la identidad que tiene toda persona está garantizado en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, como son la Convención de Derechos del Niño (artículo 8); la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 3, 5.1, 11.1 y 18) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 16 y 17.1). En segundo lugar, la juez mencionada estima vulnerada la regla contenida en el artículo 19, N° 2°, de la Constitución Política, que consagra la igualdad ante la ley;

2°. Que, como se ha sostenido, el primer vicio de inconstitucionalidad alegado por la juez requirente dice relación con la infracción que la aplicación del artículo 206 del Código Civil produciría al artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental en relación con diversas normas contenidas en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes;

3°. Que la norma fundamental aludida afirma que *“el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”*. Con la modificación introducida por la Ley de Reforma Constitucional N° 18.825, de agosto de 1989, se complementó dicho precepto consagrando, a continuación, *“el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la propia Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*;

4°. Que, conforme a lo expresado, la decisión del Tribunal debería establecer: 1) si el derecho de un hijo al reconocimiento de su paternidad frente a los herederos del padre o madre fallecidos constituye un derecho esencial que emana de la naturaleza humana; 2) en caso afirmativo, si

ese derecho está garantizado en la Constitución Política, o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, o en ambos y 3) si la aplicación del artículo 206 del Código Civil en la gestión *sub lite* produce un resultado contrario a la Constitución por infringir, precisamente, el deber que tienen los órganos del Estado en Chile de respetar y promover los derechos esenciales emanados de la naturaleza humana, asegurados por la Constitución Política o por los tratados internacionales ya aludidos;

5°. Que el artículo 206 del Código Civil, reprochado en estos autos, se ubica dentro del párrafo 2 –“De las acciones de reclamación”– del Título VIII del Libro I de dicho cuerpo normativo. En el presente caso, la gestión pendiente envuelve un caso de filiación no matrimonial que, de conformidad con el artículo 205 del mismo Código, “*corresponde sólo al hijo contra su padre o madre, o a cualquiera de éstos cuando el hijo tenga determinada una filiación diferente, para lo cual se sujetarán a lo dispuesto en el artículo 208. Podrá, asimismo, reclamar la filiación el representante legal del hijo incapaz en interés de éste.*”;

6°. Que, en esta materia, debe tenerse presente que la ley ha considerado como un derecho la reclamación de la filiación. Así se desprende del texto del inciso segundo del artículo 195 del Código Civil cuando prescribe: “**El derecho de reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable (...).**” (Énfasis agregado).

Resulta natural que el legislador se refiera a la reclamación de la filiación como un derecho, pues de este reconocimiento se derivan, para el hijo, un conjunto de derechos (aunque también de obligaciones) que deben enmarcarse en el criterio de promover su “interés superior” que se vincula a posibilitar su mayor realización espiritual y material posible.

Lo anterior encuentra asidero en lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 222 del Código Civil cuando señala: “*La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización material y espiritual posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.*”

La norma reseñada guarda, a su vez, estrecha relación con lo prescrito en el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, de 1989, según el cual “*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*”;

7°. Que la reclamación de la filiación no sólo constituye un derecho desde la perspectiva de posibilitar el legítimo ejercicio de los derechos que conlleva tal calidad. También constituye un derecho desde el momento en que permite concretar asimismo el derecho a la verdad biológi-



ca que, ciertamente, no presenta mayores dificultades cuando se trata de la determinación de la maternidad, pero sí cuando se trata de constatar la paternidad, sobre todo en aquellas ocasiones en que se procuraba evitar el desarrollo de juicios que causaran escándalo social. Hoy, *“la ley asume que la verdad, incluso aunque inesperada y a veces dura, es mejor que la falsedad y la mentira en la regulación de la familia: verita libera nos (la verdad nos hará libres)”*. (Corral Talciani, Hernán. *“Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: Los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”*. En: Revista Ius et Praxis, Año 16, N<sup>º</sup> 2, 2010, p. 61);

8°. Que, en consecuencia, el derecho al reconocimiento de la paternidad no está asociado exclusivamente a la posibilidad de ejercer los derechos derivados de la filiación. Al hijo *“le interesa conocer quiénes son sus verdaderos progenitores y ello no sólo por la necesidad de reclamar de éstos los deberes de afecto y ayuda material conectados a la paternidad o maternidad, sino también porque él puede reconocerse y determinarse como individuo humano singular y único. Las preguntas ¿de dónde vengo?, ¿cuál es mi historia?, se presentan como fundamentales para la construcción de una personalidad psicológicamente sana. De allí que rápidamente se haya conectado el principio de la verdad biológica, como un derecho del hijo, y más específicamente del hijo a construir su propia identidad”* (Corral Talciani. Ob. cit., p. 61);

9°. Que, así, el derecho al reconocimiento de la paternidad, discutido en el caso *sub lite*, constituye una expresión del derecho a la verdad biológica y del derecho a la identidad personal. Este último ha sido explicado por esta Magistratura como aquel que *“implica la posibilidad de que toda persona pueda ser ella misma y no otra”* (STC Rol N<sup>º</sup> 1.340, c. décimo).

En idéntico sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que el derecho a la identidad personal supone *“un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico como los referidos a la personalidad, que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad.”* (SCC C-481/98, considerando 21°).

En efecto, muchas veces sucede que la madre, en una filiación no matrimonial, ha inscrito al hijo con el apellido del padre biológico, sin el consentimiento de éste, pero ese hecho no es suficiente para que ese hijo tenga, en la sociedad, el reconocimiento de su individualidad como parte de la familia del padre biológico, más allá de los meros efectos patrimoniales que ello conlleva. Ese hijo puede tener como padre a un héroe de la Patria o a otra personalidad pública o privada, razón suficiente para aspirar a compartir el orgullo que ello produce y a proclamarse como heredero de virtudes cívicas y condiciones personales que son particularmente valoradas por la sociedad.

Así, la afirmación de la individualidad, del yo de cada persona, en el contexto social en que se desenvuelve, requiere no sólo que se le asegure la posibilidad de ejercer los derechos derivados de la filiación, sino que,

además, pueda conocer la posición, el lugar que ocupa en la comunidad, reafirmando plenamente su identidad personal;

**10°.** Que, afirmado que el derecho a la reclamación de la paternidad constituye una expresión de los derechos a la verdad biológica y a la identidad personal, corresponde preguntarse si puede ser considerado como un “*derecho esencial que emana de la naturaleza humana*”, en los términos aludidos en el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental;

**11°.** Que, en este contexto, conviene recordar que uno de los acuerdos adoptados por los redactores de la reforma constitucional de 1989 fue la proposición de “*incorporar a la Constitución los derechos humanos contenidos en las normas internacionales que comprometieran a Chile (...). (Ello, porque) el artículo 5° originario de la Constitución de 1980 colocaba los derechos esenciales de la persona como una limitación a la soberanía.*” Congruente con ello, se propuso agregar una frase al artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, que expresara: “*Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución y por las normas internacionales que comprometen a Chile.*” Por sugerencias del representante del gobierno de la época, se precisó la parte final de la frase indicando que los derechos incorporados serían los contenidos “*en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”, redacción que, en definitiva, fue aprobada. (Cumplido Cereceda, Francisco. “*Alcances de la modificación al artículo 5° de la Constitución Política chilena en relación a los tratados internacionales*”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, N°s 2 y 3. Tomo I, p. 256).

Sobre el particular, este Tribunal ha afirmado que “*esta última expresión (que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana) significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional.*” (STC Rol N° 226, c. vigesimoquinto).

En el mismo sentido, desde la doctrina, se ha sostenido que los derechos esenciales –y que constituyen un límite al ejercicio de la soberanía– “*son los que emanan de la naturaleza humana, incluso en forma previa a su reconocimiento constitucional o legal*”. (Orrego Sánchez, Cristóbal. *Vigencia de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y su reconocimiento en el ordenamiento jurídico chileno*. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, 1993, pp. 61-62).

Lo anterior se traduce en que lo que limita el ejercicio de la soberanía son aquellas facultades propias o inherentes a toda persona en cuanto tal, que no pueden ser desconocidas o atropelladas por el ejercicio concreto de la potestad soberana del Estado que, de conformidad con la misma Carta Fundamental, “*está al servicio de la persona humana*” (artículo 1°, inciso tercero);

**12°.** Que lo que los autores de la reforma constitucional de 1989 intentaron no fue una innovación al límite que ya la Constitución consagraba al

ejercicio de la soberanía sino que la consagración de un deber concreto, para los órganos del Estado, de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, pero positivizados: ya sea en la Constitución o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes;

**13°.** Que, sobre la base de estas consideraciones, puede sostenerse que el derecho a la reclamación de la paternidad, como expresión del derecho a la verdad biológica y del derecho a la identidad personal, constituye ciertamente un derecho esencial que emana de la naturaleza humana.

Dicha afirmación se sustenta en el hecho de que no puede existir una facultad más ligada a la naturaleza humana que la necesidad de reafirmar el propio yo, la identidad y, en definitiva, la posición que cada quien ocupa dentro de la sociedad.

Como expresa el profesor Hernán Corral, “*el principio de verdad biológica, como un derecho del hijo, y más específicamente, del hijo a construir su propia identidad (...) asume entonces la característica de un derecho humano, derecho fundamental o derecho de la personalidad tutelado por instrumentos jurídicos de alto rango: tratados internacionales y constituciones.*” (Ob. cit., p. 61).

Por su parte, en la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-477/95 se cita al tratadista argentino Germán Bidart Campos, quien, refiriéndose al derecho a la identidad personal como al derecho al libre desarrollo de la personalidad, afirma “*son todos estos derechos naturales o propios de la persona humana, que revisten el carácter de fundamentales, en el sentido de primarios o indispensables. La fundamentalidad coincide con la inherencia a la naturaleza humana.*” (Bidart Campos, Germán J., “*Teoría general de los derechos humanos*”. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 4).

Coinciden, pues, estos previnientes con lo afirmado por la juez Nel Greeven Bobadilla, quien, al fundamentar el requerimiento de autos, sostiene que “*el derecho a la identidad es uno de los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” como reza el artículo 5° de la Constitución Política de la República, ya que se refiere a la configuración interna de la persona, su personalidad, manera de ser, forma de pensar, aquello que la hace distinta a otra, del mismo modo que su dimensión física y cuya integridad debe ser protegida de la misma manera.*” (Fojas 14);

**14°.** Que, a mayor abundamiento, en su fallo Rol N<sup>º</sup> 1.340, este Tribunal ha llamado la atención sobre la estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana, agregando que ésta se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar al reconocimiento social que merece (c. décimo).

La afirmación precedente se funda, precisamente, en que la dignidad humana –reconocida, entre nosotros, en el artículo primero, inciso primero, de la Carta Fundamental– es la premisa antropológica y sustanti-

va del Estado constitucional de Derecho. De allí que el profesor español Enrique Pérez Luño haya concebido a los derechos humanos como “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales han de ser reconocidas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.” (*“Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”*. Editorial Tecnos, Madrid, 1999, p. 48). Los derechos humanos o derechos esenciales que provienen de la naturaleza humana son todos emanación de la dignidad humana, reafirmando la idea de que la persona es siempre un fin en sí misma y nunca un medio de cualquier propósito determinado.

En relación con el derecho a la identidad personal, la Corte Constitucional de Colombia ha sido aún más explícita: “*El derecho a la identidad, en cuanto determina al ser como una individualidad, comporta un significado de Dignidad Humana y en esa medida es un derecho a la Libertad; tal reconocimiento permite la posibilidad de desarrollar su vida, de obtener su realización, es decir, el libre desarrollo de su personalidad.*” (SCC T-477/95, c. decimoquinto). “*El derecho del menor a un nombre y al conocimiento de su filiación resulta fundamental no solamente por el ya aludido mandato constitucional sino por cuanto en ello está de por medio su dignidad humana, ya que supone la posibilidad de ser identificado y diferenciado respecto de los demás individuos y el ejercicio de otros derechos, como los relativos a su alimentación, crianza, educación y establecimiento.*” (SCC T-191/95) (Énfasis agregado);

**15°.** Que en el mismo requerimiento de autos se sostiene que la aplicación del artículo 206 del Código Civil al proceso de reclamación de paternidad interpuesto por don Carlos Prosingue Prosingue, supone una limitación que contraviene el artículo 5° de la Carta Fundamental y, consecuentemente, los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes. En este sentido, se citan la Convención de Derechos del Niño (artículo 8.1), la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 3, 5.1, 11.1, 17 y 18) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 16, 17.1 y 24);

**16°.** Que las normas citadas de la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por Chile en el año 1990 y publicada en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991, disponen:

“*Art. 3. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.*”

“*Art. 5. Derecho a la Integridad Personal. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.*”

“*Art. 11. Protección de la Honra y de la Dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.*”

“*Art. 17. Protección a la Familia.*

1. *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.*

2. *Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.*

3. *El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.*

4. *Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.*

5. *La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”*

*“Art. 18. Derecho al Nombre. Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.”;*

**17°.** Que las normas invocadas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Chile en el año 1972 y publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989, prescriben, por su parte:

*“Art. 16. Todo ser humano tiene derecho en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.”*

*“Art. 17. 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.”;*

**18°.** Que, además, la Convención de los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por Chile en el año 1990 y publicada en el Diario Oficial de 27 de septiembre de ese mismo año, consagra la obligación de los Estados Partes de respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluyendo, entre otros aspectos, el nombre y las relaciones familiares. Agrega que si un niño es privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad, los Estados deben prestar la asistencia y protección apropiadas para restablecer rápidamente su identidad (artículo 8).

**19°.** Que, como también ha sostenido este Tribunal, *“aun cuando la Constitución chilena no reconozca en su texto el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país.”* (STC roles N<sup>OS</sup> 834, c. vigesimosegundo, y 1.340, c. noveno);

**20°.** Que, en este orden de consideraciones, estos jueces previnientes estiman que debe reconocerse que la aplicación del artículo 206 del Código Civil, en la causa RIT C-3479-2009, RUC 09-2-0335964-8, suscitada por el Juzgado de Familia de Pudahuel, producirá un resultado

contrario a la obligación contenida en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política, referida al deber que pesa sobre los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana que, como el caso del derecho a la identidad personal, se encuentran asegurados (aunque implícitamente) en la misma Ley Suprema y también en la Convención de los Derechos del Niño, tratado internacional ratificado y vigente en Chile;

**21°.** Que la afirmación precedente se fundamenta en que, tal como se afirmó en la sentencia recaída en el Rol N° 1.340:

*“En el caso del hijo que, como ocurre en la especie, está reclamando el reconocimiento de su filiación, aunque que no se encuentre dentro de los supuestos previstos en el artículo 206 del Código Civil a juicio del juez de la causa, se encontraría en la imposibilidad de accionar contra los herederos del supuesto padre viéndose privado absolutamente de la facultad de ejercer su derecho a la identidad personal, afectándose, además y de forma permanente, su integridad física y su honra.*

*En efecto, si –como en el caso de autos– el supuesto padre ha fallecido después de transcurridos los ciento ochenta días siguientes al parto, el demandante quedará siempre con la interrogante abierta acerca de su origen y, por ende, de su verdadero nombre, que es un atributo de la personalidad. Esa hipótesis podría darse efectivamente en el caso sub lite en caso de que el juez estimase, precisamente, que el actor no se encuentra dentro de los supuestos contemplados en el precepto legal impugnado.”* (c. vigesimoquinto);

**22°.** Que, a mayor abundamiento, en la referida sentencia se citó, también, la discusión parlamentaria que dio origen a la Ley N° 19.585, en la cual algunos legisladores visualizaron la total afectación para el derecho a la identidad personal que podría producirse en caso de establecer limitaciones para accionar contra los herederos cuando el padre, como en el caso en examen, ha fallecido fuera de los supuestos que se contemplaban en el artículo que se venía discutiendo y que pasó ser el artículo 206 definitivo del Código Civil. Así, en dicha oportunidad, se recordó que los senadores Carmen Frei, Juan Hamilton, Ricardo Núñez, Carlos Ominami y Anselmo Sule plantearon una indicación (la N° 86) para reemplazar el artículo que se venía discutiendo en orden a *“suprimir el requisito de que, en este caso, la muerte del padre o madre haya ocurrido dentro de los ciento ochenta días siguientes al nacimiento, de forma que la acción pueda entablarse contra los herederos sin esa limitación.”* (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación). (c. vigesimosexto);

**23°.** Que, por las razones consignadas precedentemente, estos Ministros previnientes estiman que la aplicación del artículo 206 del Código Civil, en la causa sobre reclamación de filiación no matrimonial RIT C-3479-2009, RUC 09-2-0335964-8, resulta contraria no sólo al derecho

a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 N<sup>º</sup> 2<sup>º</sup> de la Constitución Política, sino que, también, al artículo 5<sup>º</sup>, inciso segundo, de la misma Ley Suprema.

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios e Iván Aróstica Maldonado**, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento interpuesto, por los siguientes motivos:

1<sup>º</sup>. La Jueza de Familia de Pudahuel solicita se declare inaplicable por inconstitucional el artículo 206 del Código Civil, por supuesta infracción del inciso segundo del artículo 5<sup>º</sup>, en relación a los artículos 1<sup>º</sup> y 8<sup>º</sup> de la Convención de Derechos del Niño, a los artículos 5.1., 11.1., 17 y 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y a los artículos 16 y 17.1. y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del artículo 19, N<sup>º</sup> 2<sup>º</sup>, de la Constitución, que consagra la igualdad ante la ley.

2<sup>º</sup>. Fundamenta la presunta vulneración a dichas normas constitucionales, respectivamente, en la calidad de derecho esencial de las personas del derecho a establecer su identidad y en la eventual discriminación arbitraria en que incurriría el legislador al permitir únicamente a los hijos póstumos y de padre o madre fallecidos antes de 180 días después del parto, accionar de reclamación de filiación en contra de los herederos del padre o madre fallecidos.

3<sup>º</sup>. La sentencia acoge el planteamiento del juez requirente únicamente respecto del N<sup>º</sup> 2 del artículo 19 de la Constitución.

4<sup>º</sup>. Estos disidentes no comparten ninguno de los cuestionamientos planteados por la Jueza requirente. Tampoco comparten la sentencia, que acoge el requerimiento por estimar que el precepto impugnado establece una discriminación arbitraria. Por el contrario, estiman que la norma impugnada no es contraria a la Constitución.

5<sup>º</sup>. En efecto, sin perjuicio de que el artículo 195 del Código Civil consagra la imprescriptibilidad e irrenunciabilidad del derecho a reclamar la filiación, la acción de reclamación de filiación no matrimonial, regulada en los artículos 205 y 206 del Código Civil, establece que le corresponde dicha acción sólo al hijo contra su padre o madre, pudiendo tener solamente el carácter de legítimo contradictor sus herederos, al tenor de lo prescrito por el inciso segundo del artículo 317 del Código Civil, en la situación definida en el artículo 206 impugnado, esto es, cuando el actor sea un hijo póstumo o el demandado haya fallecido dentro de los 180 días siguientes al parto.

6<sup>º</sup>. Esta aparente contradicción entre imprescriptibilidad del derecho a reclamar la filiación y posibilidad de entablar la acción de reclamación de filiación no matrimonial sólo durante la vida del padre o madre no es tal. Como bien precisa Hernán Corral Talciani, la imprescriptibilidad del derecho a reclamar la filiación *“debe entenderse referido a su extinción por el*

*mero paso del tiempo*”, pero esta acción caduca por la muerte del posible demandado (Determinación de la filiación y acciones de estado en la reforma de la Ley N° 19.585, 1998, XX Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, 1999, pág. 64). Igualmente lo reconoce René Ramos Pazos (Derecho de Familia, VII Edición, pág. 429), aseverando que la doctrina nacional ha confirmado la caducidad de la acción por la muerte del padre o la madre y que, salvo en los casos excepcionales contemplados por la norma legal impugnada en estos autos, no puede intentarse contra los herederos.

7°. El carácter excepcional del artículo 206 del Código Civil, al otorgar un plazo adicional de caducidad de tres años, también ha sido reconocido por la doctrina. Si se entendiera que la excepcionalidad del artículo 206 del Código Civil se limita únicamente al plazo de tres años y no a la acción misma para ser entablada en contra de los herederos del fallecido, se llegaría al absurdo de desproteger, a través de un plazo menor de caducidad en la acción, a aquellos hijos que son los que más lo necesitan: el póstumo o cuyo padre o madre fallece dentro de los 180 días después del parto. Esta situación es reconocida también por René Ramos Pazos, quien apoya la tesis de que es posible demandar a los herederos, pero reconoce: “No puedo sí, dejar de señalar que el artículo 206 es buen argumento para sostener la tesis contraria, pues se puede decir que si el hijo póstumo, que es quien requiere una mayor protección, tiene un plazo para demandar a los herederos, parece ilógico que en los demás casos no lo haya.” (Derecho de Familia, VII Edición, pág. 431).

8°. La justificación de la aludida caducidad de la acción de reclamación de filiación no matrimonial por la muerte del eventual demandado está patente en la historia fidedigna de la Ley N° 19.585, que introdujo numerosas modificaciones a los artículos 195 y siguientes del Código Civil y, entre ellos, a los artículos que tratan la reclamación de la filiación no matrimonial.

9°. En efecto, ya el Mensaje Presidencial fue claro respecto de este asunto. En el artículo 199 del proyecto original expresaba que: “La acción de reclamación de la filiación extramatrimonial corresponde al hijo contra quien considere su padre o su madre.”, continuando el artículo 200 del Mensaje con la siguiente redacción: “En caso de haber fallecido alguno de los padres, la acción se dirigirá en contra de sus herederos, dentro del plazo de dos años contados desde el fallecimiento o desde el conocimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda.” (Historia de la Ley N° 19.585, pág. 17), es decir, ya el Mensaje Presidencial establecía la caducidad de esta acción por la muerte de los eventuales demandados, otorgando un plazo adicional y excepcional de dos años para entablar la demanda en contra de los herederos.

10°. Lo mismo se concluye, también, del Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, en el primer trámite constitucional, que aprueba por unanimidad modi-



ficaciones menores al artículo y lo califica de “(...)innovación con respecto al artículo 272 vigente, que exige que la demanda presentada por el hijo natural sea notificada en vida del supuesto padre o madre y los herederos de éstos –por remisión al artículo 318– sólo actúan representándolos cuando fallecen antes de la sentencia. El proyecto, en cambio, permite que la acción reclamando la filiación matrimonial se dirija contra los herederos del padre o madre fallecido. (...) La Comisión no compartió las ideas contenidas en este precepto, en orden a admitir en general las demandas contra los herederos del padre o de la madre fallecida, a la duración del plazo ni a la modalidad de cómputo del mismo que se contempla. Tuvo presente que el mismo artículo 272, en su inciso final –agregado en 1991 por la ley N<sup>º</sup> 19.089– permite que la demanda se notifique a cualquiera de los parientes de la madre, en caso de que el hijo sea póstumo o la madre haya fallecido dentro de los 30 días siguientes al parto sin haberlo reconocido. Sobre esa base, decidió conceder la acción de reclamación contra los herederos del padre o madre que haya fallecido antes del nacimiento del hijo o dentro de un determinado término siguiente al parto, que se amplió a los 180 días posteriores. Como plazo para la interposición de la acción se acogió el criterio general que contempla esta iniciativa de establecer un año, contado desde la muerte del padre o madre o desde que el hijo, una vez alcanzada plena capacidad, tome conocimiento de la paternidad o maternidad.” (Historia de la Ley N<sup>º</sup> 19.585, págs. 390 y 391).

11°. El mismo criterio se observa en palabras de la Ministra del SERNAM de la época, doña Josefina Bilbao, quien en la discusión en la Sala de la Cámara de Diputados, en primer trámite constitucional, dijo, a propósito de una norma transitoria que impedía demandar a los herederos de los padres o madres fallecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, lo siguiente: “(...) ésta es una norma de excepción, que se refiere únicamente a quienes hayan fallecido con anterioridad a la vigencia de las nuevas normas, y en ese contexto se justifica plenamente, no obstante que uno de los avances de la nueva normativa consiste, justamente, en extender la posibilidad de ejercer acciones de reclamación de estado civil, en contra de los herederos del supuesto padre o madre, dentro del plazo y circunstancias que la ley indica.” (el subrayado es nuestro). (Historia de la Ley N<sup>º</sup> 19.585, pág. 593).

12°. Asimismo, la entonces Diputada Pía Guzmán manifestó durante la discusión en Sala, en tercer trámite constitucional, lo siguiente: “(...) el artículo 206 establece que las acciones de reclamación no podrán dirigirse en contra de los herederos del supuesto padre o madre; es decir, no se puede reclamar el estado civil de hijo de una persona fallecida, respecto de sus herederos, salvo que sea un hijo póstumo o que su padre o madre hubiere fallecido dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto. Algunas personas estiman que estos plazos no deberían existir y que se podría reclamar el estado filiativo cualquiera fuera el plazo posterior de muerte del padre, dejándolo sin ninguna certeza jurídica.”

Con esta prevención, votaré favorablemente el artículo N<sup>º</sup> 206, por la siguiente razón: el actual artículo N<sup>º</sup> 272 del Código Civil señala: “...la calidad de hijo

*natural sólo podrá establecerse en juicio ordinario seguido contra legítimo contradictor; y siempre que la demanda se haya notificado en vida del supuesto padre o madre.” Es decir, el Código Civil es restringido, mientras que la norma del proyecto del Senado establece un plazo para reclamar el estado filiativo de hijo con, obviamente, limitaciones de tiempo, que considero prudentes y que corresponden a la certeza jurídica que se debe establecer en estas materias. Por lo anterior, votaré favorablemente el artículo referido.” (el subrayado es nuestro, Historia de la Ley N° 19.585, pág. 1260).*

**13°.** Incluso el mismo Diputado Encina –aludido por la sentencia como parlamentario que apoyó la posición minoritaria solamente por graficar como “límite arbitrario” el fallecimiento dentro de los 180 días después del parto, sin que haya formulado indicación alguna para suprimirlo o reserva de constitucionalidad para impugnarlo– reconoce que *“es importante destacar asimismo, como positivo, el hecho de que si el hijo es póstumo o si fallece alguno de los padres, dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, se pueda entablar la acción de filiación en contra de los herederos del padre o de la madre fallecido, dentro del plazo de tres años, contado desde su muerte o, siendo incapaz, desde que éste hubiese alcanzado la capacidad.”* (Historia de la Ley N° 19.585, pág. 1262).

**14°.** A todo lo expuesto debe sumarse, como lo recuerda la sentencia, que durante la tramitación del proyecto de ley, los Senadores Frei (doña Carmen), Hamilton, Núñez, Ominami y Sule formularon una indicación ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, para facultar al hijo reclamante a dirigir su acción en contra de los herederos del padre o madre fallecidos sin limitación alguna, eliminando de esa forma la caducidad de la acción de reclamación de filiación no matrimonial por fallecimiento de los eventuales demandados.

**15°.** Aunque la sentencia no lo menciona, debe precisarse que dicha indicación fue rechazada dos veces por esa Comisión del Senado, según consta en su segundo informe y en su segundo informe complementario, y que, en cambio, aprobó la indicación presentada por la senadora Feliú y el senador Otero, que, salvo respecto del plazo, corresponde al actual texto del artículo 206 del Código Civil, es decir, a la norma cuestionada en estos autos. En otras palabras, el legislador eligió, de entre ambas propuestas, esta última.

**16°.** Al contrario de la sentencia, estimamos que el legislador sí tuvo presente fundamentos objetivos y razonables al introducir excepciones a la caducidad. En efecto, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en el segundo informe complementario, explicó claramente las razones que tuvo para aprobar el artículo 206, al decir que *“(...) la Comisión convino en la necesidad de resguardar la seguridad jurídica, a que apuntó el cambio realizado en el segundo informe respecto del primero de estos artículos. (...)”* (Historia de la Ley N° 19.585, pág. 1020). Apoyan

esta conclusión las expresiones del Mensaje Presidencial, de la Ministra del Sernam, de la Diputada Guzmán y el Diputado Encina, ya citadas, con lo que se confirma que, salvo la opinión de una minoría de parlamentarios, reflejada en una indicación desechada, esta legislación siempre tuvo como propósito establecer una acción de filiación no matrimonial sujeta a caducidad por la muerte del presunto padre o madre.

**17°.** Con todo lo expuesto, no divisamos en qué forma el artículo 206 del Código Civil puede infringir la igualdad ante la ley asegurada en la Constitución, pues la diferencia de trato entre hijos se justifica en un hecho objetivo –muerte del eventual padre o madre demandado–, suficientemente fundamentado por el legislador en la seguridad y certeza jurídica. Aún más, claramente la norma cuestionada en autos busca prolongar la vida de la acción en aras de proteger a los hijos más vulnerables, luego de la muerte de sus presuntos progenitores, esto es, los hijos póstumos y en los casos en que el padre o la madre fallecen dentro de los 180 días siguientes a su nacimiento.

**18°.** La sola circunstancia, propia de nuestro sistema de formación de la ley, que se rechazara dos veces la proposición minoritaria propuesta a través de indicaciones en una de las Cámaras y en su lugar se consagrara expresa y fundadamente la caducidad de la reclamación de la filiación no matrimonial por la muerte del eventual demandado como regla general, con las únicas excepciones establecidas en el artículo impugnado en estos autos, no tiene la virtud de transformar, por ese solo hecho, en inconstitucional el texto aprobado por el legislador, por incurrir en una pretendida discriminación arbitraria que no logra demostrarse.

**19°.** A mayor abundamiento y como ratificación de lo que hemos venido sosteniendo, el artículo 5° transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 19.585 limitó en un año, contado desde la entrada en vigencia de la mencionada ley, la acción de reclamación de filiación no matrimonial concedida a los hijos póstumos o cuando su presunto padre o madre hubieren fallecido dentro de los 180 días siguientes al parto, si es que éstos hubieran fallecido antes de la vigencia de la ley y no existiese sentencia ejecutoriada al respecto. El fundamento del aludido artículo transitorio, introducido en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en segundo trámite constitucional, fue dar “(...) reglas para la aplicación temporal de la ley (...) (advirtiendo) que, en todo caso, no podrá reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.” (Historia de la Ley N<sup>º</sup> 19.585, págs. 483 y 484). Su posterior modificación en el Segundo Informe de la Comisión antes señalada se debió a la aprobación unánime de las indicaciones formuladas por los senadores Urenda, Bitar, Muñoz Barra y Ominami, que tuvieron el propósito “(...) de otorgar el plazo de un año para que pueda reclamarse la filiación no matrimonial cuando el hijo es póstumo o

*su padre o madre ha fallecido dentro de los 180 días siguientes al parto, (...). No obstante, le pareció (a la Comisión) más apropiado incorporar un precepto en ese orden de materias como excepción a la regla establecida en el inciso final de que no puede reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas.”* (Historia de la Ley Nº 19.585, pág. 851). Por medio de esta disposición, se negó absolutamente el derecho a demandar, después del plazo de un año desde la entrada en vigencia de esta ley, a hijos de un presunto padre o madre fallecidos con anterioridad a la publicación de la ley, sin que se haya cuestionado la constitucionalidad de dicha norma o se propusiera otra más amplia en su reemplazo durante el trámite legislativo.

2º. Por todos estos motivos, no encontramos argumentación alguna en la sentencia que nos convenza de que la aplicación del precepto legal cuestionado en la gestión que se sigue ante la Jueza de Familia de Pudahuel resulte contraria a la Constitución.

**Los Ministros señores Enrique Navarro Beltrán y Carlos Carmona Santander** estuvieron, asimismo, por rechazar el requerimiento, fundados en lo siguiente:

1º. Que, para la mayoría, el precepto impugnado es inconstitucional por vulnerar la igualdad ante la ley (artículo 19, Nº 2º), toda vez que los hijos que se encuentran en la situación del artículo 206 del Código Civil, quedan en peor pie que el resto de los menores, que sí pueden interponer las acciones de reclamación;

## I

### CRITERIOS INTERPRETATIVOS

2º. Que para efectuar nuestro razonamiento, queremos dejar sentados los criterios interpretativos que lo guiarán.

En tal sentido, en primer lugar, queremos señalar que el Tribunal Constitucional no conoce de todo conflicto que se suscite. Sólo está facultado para conocer de ciertos conflictos constitucionales que lista el artículo 93 de la Constitución de modo taxativo. El resto de los conflictos, los conocen otros órganos jurisdiccionales.

El principio de inexcusabilidad no atribuye competencias. Por una parte, porque éste exige que se reclamen asuntos de competencia del Tribunal Constitucional (artículo 3º, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Por la otra, porque las competencias del Tribunal Constitucional las da el ordenamiento jurídico. Más, si sus atribuciones son de derecho estricto (STC roles Nºs 464, 591, 1.216, 1.284);

3º. Que los conflictos que conoce en sede de inaplicabilidad tienen en común el hecho que se produzca en ellos una vulneración de la Constitución, por violación de uno o más de sus preceptos, por una determinada

aplicación de un precepto legal a una gestión pendiente. Lo que evalúa esta Magistratura en esos casos “...no es la eventual aplicación incorrecta o abusiva de dicho precepto [impugnado] que pudiese efectuar un tribunal, la que corresponderá corregir a través de los diversos recursos que contemplan las leyes de procedimiento, sino la aplicación de dicho precepto, que rectamente interpretado y entendido infringe la Carta Fundamental...” (STC Rol N<sup>º</sup> 794). En otras palabras, si se infringe la ley o el conflicto es producto de cierta interpretación errada de la misma –lo que puede ocurrir, entre otras razones, porque se le está dando un sentido que ésta no tiene o porque la interpretación que se hace de ella es demasiado restringida y no se aplica correctamente el elemento lógico de interpretación o porque la interpretación contradice lo dispuesto en un tratado internacional ratificado por Chile–. En todos aquellos casos no estamos frente a un conflicto del que esta Magistratura deba hacerse cargo. No corresponde transformar en conflictos de constitucionalidad los vacíos o las contradicciones de las normas legales si éstas pueden ser solucionadas con una debida interpretación o integración. Los vacíos legales se resuelven mediante técnicas de integración normativa (analogía, principios generales), pero no mediante la declaración de inaplicabilidad. En ese sentido, esta Magistratura ha señalado que son inadmisibles los requerimientos que van dirigidos en contra de las actuaciones del juez en lugar de dirigirse en contra de los preceptos aplicados (STC Rol N<sup>º</sup> 1.624);

4°. Que, en segundo lugar, sólo si se agotan las posibilidades de conciliar la norma cuestionada con la Carta Fundamental, cabe declarar la inaplicabilidad por inconstitucional. Pero si dicha posibilidad existe, tal declaración debe evitarse por estar en juego la presunción de constitucionalidad de las normas legales y la deferencia que esta Magistratura debe tener con el legislador;

5°. Que, en efecto, como lo señala García de Enterría, la presunción de constitucionalidad no es sólo la afirmación formal de que cualquier ley se tendrá por válida hasta que sea declarada inconstitucional, sino que implica materialmente algo más: “*primero, una confianza otorgada al legislativo en la observancia y en la interpretación correcta de los principios de la Constitución; en segundo término, que una ley no puede ser declarada inconstitucional más que cuando exista ‘duda razonable’ sobre su contradicción con la Constitución; tercero, que cuando una ley esté redactada en términos tan amplios que puede permitir una interpretación constitucional habrá que presumir que, siempre que sea ‘razonablemente posible’, el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrá de aplicarse dicha ley es precisamente la que permitirá mantenerse dentro de los límites constitucionales*” (García de Enterría, Eduardo; “*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*”; Civitas; 3<sup>a</sup> ed.; Madrid, 1985; p. 96.).

Tal como lo explica Patricio Zapata, “*la doctrina de la ‘presunción de constitucionalidad’ postula que, existiendo dudas respecto a la constitucionalidad de un*

acto de otro poder del Estado, el TCCh debe, en principio, presumir su constitucionalidad y abstenerse de anular las disposiciones sospechosas. Tal presunción se destruiría únicamente cuando la oposición entre el acto sospechoso y la Carta Fundamental fuera concluyente”. (Zapata Larraín, Patricio, “Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado”; Editorial Jurídica; Santiago, 2008; p. 243).

Esta misma Magistratura ha señalado, en relación al principio de constitucionalidad de la ley, que “...lo fundamental de este principio consiste en que se presumen válidas y legítimas las normas aprobadas por los Poderes del Estado y que sólo resulta prudente y aconsejable declarar su inconstitucionalidad cuando los sentenciadores lleguen a la íntima convicción que la pugna entre la norma en análisis y la Constitución es clara, resultando imposible armonizarla con ella. Este principio tiene muchos fundamentos, pero, por ahora, cabe solo señalar dos: la separación de Poderes y el recíproco respeto que los distintos órganos del Estado se deben entre si y, tratándose de leyes, lo difícil que resulta reemplazar la norma expulsada del ordenamiento jurídico por la declaración de inconstitucionalidad, por las complejidades propias del proceso de formación de la ley...” (STC Rol N° 309).

Este principio es más intenso aún en la inaplicabilidad, pues el precepto debe “resultar decisivo en la resolución de un asunto”. Ello implica un juicio de utilidad o de eficacia del precepto legal objetado, pues si existen otros preceptos legales que permiten arribar a la misma conclusión que se produciría acogiendo la inaplicabilidad, la norma objetada no es decisiva;

6°. Que, en tercer lugar, en íntima conexión con el principio de presunción de constitucionalidad de la ley, se encuentra el principio de la “interpretación conforme”, en virtud del cual el Tribunal intenta “buscar la interpretación de las normas que permitan resolver, dentro de lo posible, su conformidad con la Constitución” (STC Rol N° 217). Y sólo si ello no es posible, es decir, si se han agotado los esfuerzos de conciliación entre la norma objetada y la Constitución, cabe la declaración de inconstitucionalidad, pero no antes; “no cabe pronunciarse por la inconstitucionalidad de una norma si la misma admite, correctamente interpretada, una lectura conforme a la Carta Fundamental” (STC Rol 1.337);

7°. Que, en cuarto lugar, esta Magistratura debe actuar con corrección funcional, es decir, debe respetar el reparto de competencias entre los distintos órganos del Estado (STC Rol N° 1.867).

En este sentido, no puede invadir el campo propio de los jueces del fondo, llamados a definir el sentido y alcance de los preceptos legales y de los conflictos entre leyes;

8°. Que, finalmente, si bien en un requerimiento es necesaria la exposición de los hechos y fundamentos en que se apoya e indicar cómo ellos producen como resultado una infracción constitucional, con la indicación

de los vicios de inconstitucionalidad y de las normas constitucionales que se estiman infringidas, ello es un requisito de admisión a trámite (artículo 80 y 82). Luego de la admisión a trámite, el Tribunal Constitucional debe decidir su admisibilidad en base a otros parámetros. Una vez declarada la admisibilidad, recién el Tribunal puede entrar al fondo del asunto, o sea, definir si hay efectivamente una cuestión de constitucionalidad, y cómo se resuelve ésta de ser ella efectiva.

Por lo mismo, no basta el alegato inicial de una presunta inconstitucionalidad para que este Tribunal de por constituido el conflicto de constitucionalidad. La duda o cuestionamiento debe ser examinada y ratificada como tal por esta Magistratura. Sólo si adquiere convicción que estamos frente a un genuino y real conflicto de constitucionalidad, este Tribunal puede pasar a resolverlo. De ahí que el alegato de un requerimiento sobre la existencia de una infracción constitucional, no es vinculante para esta Magistratura. Para eso existe este Tribunal: para determinar cuándo real y efectivamente existe un conflicto que deba resolver conforme a sus atribuciones;

## II

### EXISTE UNA INTERPRETACIÓN QUE CONCILIA EL PRECEPTO CON LA CONSTITUCIÓN

9°. Que, en el presente caso, consideramos que hay un problema interpretativo de nivel legal, pues hay al menos dos posiciones que se enfrentan sobre el sentido y alcance del artículo impugnado. Una tesis, que llamaremos restrictiva, sostiene que el artículo 206 sólo permite que los hijos del presunto padre o madre muerto para demandar a los herederos de éste en búsqueda del reconocimiento filiativo, lo puedan hacer únicamente en los dos casos que contempla: hijo póstumo y padre o madre fallecidos dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto. La otra tesis, que llamaremos amplia, sostiene que este precepto debe mirarse como una excepción, pues hay otros preceptos del Código Civil que abren la posibilidad de demanda a otras situaciones que las contempladas en el precepto impugnado.

Los argumentos para una y otra tesis, han sido desarrollados en las presentaciones efectuadas ante este Tribunal.

Para una posición, el derecho a la identidad personal del hijo cuyo padre o madre fallece sin encontrarse dentro de los supuestos del artículo 206 del Código Civil cede, en su posibilidad de concreción, frente al derecho a la integridad psíquica de los herederos que no desean ver perturbada su vida familiar; al derecho a su privacidad, al verse compelidos a perturbar el descanso de su deudo fallecido mediante la correspondiente exhumación del cadáver, y al derecho a la propiedad sobre la herencia una vez que opera la sucesión por causa de muerte en su favor.

Para la segunda posición, si bien el artículo 205 del Código Civil dice que la acción “*le corresponde sólo al hijo contra su padre o madre*”, ello no obsta a que si ha fallecido el progenitor se pueda demandar a sus herederos, pues la disposición parte del supuesto que aquél está vivo. Si padre o madre han muerto, entra a operar el artículo 1097, según el cual los herederos representan al causante. Cuando la ley quiere impedir que se demande a los herederos, lo dice expresamente, como ocurría en el antiguo artículo 271 del Código Civil, referido a la forma de acceder a la calidad de hijo natural. Enseguida, el artículo 317, inciso segundo, del Código Civil, introducido por la Ley de Filiación, establece en términos muy amplios la legitimación de o en contra de los herederos. También, privar a los hijos de la posibilidad de demandar a los herederos no se compadece con el contexto de la ley –especialmente con los artículos 195, 198, 199 y 200 del Código Civil–, que posibilita una amplia investigación de la paternidad o maternidad y establece la imprescriptibilidad de la acción de reclamación.

**10°.** Que lo anterior es relevante, porque para construir la inconstitucionalidad, el requerimiento no se hace cargo de la tesis amplia. En efecto, la imposibilidad de demandar de reconocimiento filiativo a posibles hijos que se encuentran en situaciones distintas a las reguladas en el artículo impugnado, es lo que funda la eventual vulneración de la igualdad ante la ley (aquéllos que se encuentren en las situaciones del artículo son privilegiados en relación al resto);

**11°.** Que, como se observa, para construir la posible inconstitucionalidad, se ha debido obviar la tesis que hace viable las posibles demandas y que elimina los reproches de infracción a la Constitución. Una vez tomada esa opción, se afirma que hay una vulneración a la Constitución.

Lo anterior, a juicio de estos disidentes, implica tomar partido en un conflicto de nivel legal, invadiendo las atribuciones de los tribunales ordinarios y convirtiéndose en árbitro de disputas legales. El hecho de que exista jurisprudencia de diversos tribunales, incluida la Corte Suprema, resolviendo el presente conflicto, sin necesidad de recurrir a normas constitucionales, demuestra la existencia de dicho conflicto legal.

No le corresponde a esta Magistratura sustituir al juez ordinario definiendo una interpretación legal correcta. Una intervención en ese sentido lo convierte en un juez de casación, o sea, de guardián de la correcta aplicación de la ley; y desnaturaliza el reparto de competencias que nuestro ordenamiento jurídico establece entre los distintos órganos jurisdiccionales;

**12°.** Que, la presunción de constitucionalidad de la ley y el principio de interpretación conforme, tienen plena aplicación en el presente caso, pues existe una interpretación que armoniza el texto impugnado con la Carta Fundamental. Ello impide a esta Magistratura declarar la inapli-



cabilidad por inconstitucionalidad del precepto legal impugnado, pues existe una duda más que razonable para proceder en este sentido. No es definitivo que exista una incompatibilidad indudable entre el artículo impugnado y la Carta Suprema;

### III UTILIDAD DE LA INAPLICABILIDAD

13°. Que, por otra parte, tomar opción por la tesis restrictiva, como la única posible, para construir la declaración de inconstitucionalidad, implica restringir la utilidad de la inaplicabilidad. En efecto, si se ordena por esta Magistratura dejar de considerar el precepto objetado para la resolución del asunto, quedan subsistentes todas las normas que permiten construir la tesis amplia de la acción de legitimación. Por lo mismo, lo que se estaría haciendo al acoger la inaplicabilidad, es eliminar sólo un obstáculo interpretativo para que los jueces lleguen a la misma conclusión si hicieran un esfuerzo de armonización razonable;

### IV EL MANDATO DEL ARTÍCULO 5° DE LA CONSTITUCIÓN PARA EL JUEZ

14°. Que, por otra parte, cabe considerar que el deber de respeto y promoción a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que estén establecidos en tratados internacionales ratificados por nuestro país y vigentes, es un mandato para los “*órganos del Estado*”.

Pero dicho mandato lo deben cumplir desde sus propias atribuciones. El artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política, no es una habilitación de potestades para que cualquier órgano del Estado, bajo el pretexto de invocar su obligación de respeto y promoción, exceda o invada la competencia de otros órganos del Estado.

Por lo demás, este mandato no es sólo para el Tribunal Constitucional. Éste no tiene el monopolio de la promoción y respeto de los derechos esenciales consagrados en los tratados internacionales. En tal sentido, los jueces encargados de resolver la gestión pendiente tienen más que una orientación para buscar una salida al conflicto interpretativo que nos ocupa y que concilie los textos legales con los preceptos internacionales.

En el presente caso, a juicio de estos disidentes, puede perfectamente armonizarse ley y tratados, sin poner entre medio la Constitución;

V

LA PRESCRIPCIÓN ES UN ASUNTO QUE CORRESPONDE  
DEFINIR AL LEGISLADOR

**15°.** Que, finalmente, no estamos en contra de la imprescriptibilidad de la acción de reclamación. Pero esa es una decisión que le corresponde tomar al legislador. El constituyente considera que es materia de ley definir cuándo y por qué plazo debe establecerse una regla de prescripción o de caducidad. Así lo ha hecho nuestro sistema en materia civil, penal, etc. No hay normas constitucionales que prohíban establecer reglas de prescripción. A esta Magistratura no le corresponde sustituir al legislador en esa materia, quien tiene más flexibilidad para moverse en los distintos ámbitos del sistema jurídico, ponderando cuando la seguridad jurídica, la consolidación de determinadas situaciones, justifica establecer una regla de prescripción o de caducidad. Como sostiene el actual Ministro de Justicia, Teodoro Ribera, *“al interior del marco constitucional, el legislador es libre de elegir la regulación que considere más óptima, siendo ésta una decisión propia de los órganos políticos, no sujeta a control jurisdiccional”* (Ribera Neumann, Teodoro; *“El Tribunal Constitucional y su Aporte al Desarrollo del Derecho”*; Estudios Públicos 34; Otoño, 1989; p. 210).

Redactó la sentencia y la prevención la Ministra señora Marisol Peña Torres. La primera disidencia fue redactada por los Ministros que la suscriben y, la segunda, por el Ministro señor Carlos Carmona Santander.

Notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 1.656-2009**

Se certifica que el Ministro señor Mario Fernández Baeza concurrió a la vista de la causa y al acuerdo de la sentencia, pero no firma por haber cesado en su cargo.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

## ROL N° 1.657-2010

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER  
DE LA LEY N° 18.933, DEDUCIDO POR MANUEL JUAN  
DE LA CRUZ PÉREZ ÁLVAREZ

Santiago, veintinueve de noviembre de dos mil diez.

**VISTOS:**

Doña Flor Sofía Gómez Lobos, en representación de don Juan de la Cruz Pérez Álvarez, ha deducido acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que corresponde también al artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, en la causa sobre recurso de protección interpuesto en contra de la Isapre Cruz Blanca S.A., que se encuentra pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol de ingreso N° 409-2010.

El caso es que el requirente suscribió con la Isapre mencionada un plan de salud en marzo del año 2006 y, mediante carta de diciembre de 2009, ésta le comunicó –junto con la variación del precio base– el cambio en su tramo de edad y el de su hija, y la variación del factor de riesgo, por lo que el precio del plan aumentó de 7,23 a 8,47 Unidades de Fomento. Lo que, producto del fallecimiento de su cónyuge en marzo de 2010, que también era carga, se tradujo finalmente en un incremento de 4,45 a 5,57 Unidades de Fomento mensuales.

Señala que el artículo 38 ter, al autorizar el aumento del precio por el envejecimiento del afiliado, es contrario en su aplicación a las garantías establecidas en los N°s 9°, 18° y 24° del artículo 19 la Constitución. En este sentido, estima infringido el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Chile, en que los Estados partes reconocen “*el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*” y se obligan a adoptar las medidas para asegurar la plena efectividad de este derecho que, conforme a la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se relaciona con la dignidad humana y el derecho a la vida, la no discriminación y la igualdad y, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, formaría parte de la Constitución material, afectando a todo el ordenamiento e incluyendo las relaciones de derecho privado.

Estima, asimismo, vulnerado su derecho a la protección de la salud y su libertad de afiliación, ya que al subir la Isapre unilateralmente el costo del plan podría terminar obligándolo a abandonar el sistema privado de

salud. Considera también afectado su derecho a la seguridad social y al goce de prestaciones básicas uniformes, dada la naturaleza de institución de seguridad social y no de contrato de seguro privado que reviste el contrato de salud previsual. Además, sostiene que se conculca su derecho de propiedad, pues al aumentar el costo del contrato en forma tal que el cotizante sólo puede allanarse a aceptar otro plan con menor cobertura o poner fin al contrato, se amenaza con privarlo de su derecho a hacer uso del sistema de salud privado y de los beneficios que ya se incorporaron a su patrimonio.

Por resolución de 13 de abril de 2010, la Segunda Sala de este Tribunal admitió a trámite el requerimiento y ordenó la suspensión del procedimiento en que incide y, por resolución de 11 de mayo del mismo año, lo declaró admisible. Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, el requerimiento fue puesto en conocimiento de los órganos constitucionales interesados y de la Isapre Cruz Blanca S.A., sin que se formularan observaciones dentro de plazo.

Mediante presentación de 4 de agosto de 2010, el abogado don José Miguel Poblete East, representando a la individualizada Isapre, solicita tener presente que del examen de las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se desprende que la configuración legal del contrato de salud previsual y de la tabla de factores que la Isapre debe aplicar para calcular la cotización conforme al precepto cuestionado, no coloca a Chile en condiciones de incumplimiento de la aludida convención internacional, y agrega que el requirente no ha acompañado antecedentes ni ha alegado que la modificación de la cotización le sea inasequible o que los costos del plan le impidan continuar en él, de modo que no se aprecia cómo la aplicación del artículo 38 ter podría producir un efecto contrario al Pacto.

En relación a esta última aseveración, y luego de citar doctrina y jurisprudencia sobre el derecho a la protección de la salud y su exigibilidad como derecho social, indica que para que existiera vulneración del derecho a elegir libremente el sistema de salud, se requeriría que el actor probara que la aplicación del precepto impugnado a la gestión pendiente lo deja en imposibilidad de seguir optando por el sistema privado, lo que no ha ocurrido en la especie, consideración que hace extensible a las alegaciones hechas por el requirente en relación al derecho a la seguridad social.

Sostiene, por último, que no se vulnera el derecho de propiedad, ya que la aplicación del artículo 38 ter no le impide al requirente seguir gozando de los beneficios del sistema de salud, y la alteración del precio por cambio de factor étéreo se ha producido en virtud de un acuerdo de las partes, que le permite a la Isapre exigir una contraprestación mayor por asumir un riesgo también mayor.

Se ordenó traer los autos en relación y en audiencia de fecha 12 de octubre de 2010 se procedió a la vista de la causa, en forma conjunta con las causas roles N<sup>º</sup> 1.677 y N<sup>º</sup> 1.626, oyéndose la relación y los alegatos de la abogada doña Flor Sofía Gómez Lobos, por el requirente, y don José Miguel Poblete East, por la Isapre Cruz Blanca S.A., y

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.** Que, conforme con el artículo 93, incisos primero, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, y decimoprimer, de la Constitución Política de la República, según se señala en la parte expositiva de esta sentencia, en la acción deducida en autos se solicita inaplicar –en lo pertinente– el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, sobre Instituciones de Salud Previsional, porque su aplicación al caso específico de que se trata, resultaría contraria a los reseñados derechos reconocidos por la Constitución;

**SEGUNDO.** Que, por sentencia de 6 de agosto de 2010 (Rol N<sup>º</sup> 1.710), expedida con arreglo al artículo 93, incisos primero, N<sup>º</sup> 7<sup>º</sup>, y decimosegundo, de la Constitución, este Tribunal ya se pronunció sobre la materia, declarando inconstitucionales los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del referido precepto legal, precisamente por contravenir la Carta Fundamental;

**TERCERO.** Que, por ende, a partir de la publicación del aludido fallo en el Diario Oficial, ocurrida el 9 de agosto de 2010, las reglas sobre alzas que preveían los N<sup>OS</sup> 1 al 4 del inciso tercero del cuestionado artículo 38 ter, correspondiente al artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N<sup>º</sup> 1, de 2005, del Ministerio de Salud, perdieron validez general, de modo que no pueden seguir aplicándose, tal como razonó esta Magistratura en ese mismo veredicto (cc centesimosexagesimonoveno al centesimoseptuagesimoprimer) y en su posterior sentencia recaída en los autos Rol N<sup>º</sup> 1.552;

**CUARTO.** Que, así las cosas, en procura de hacer eficaz lo resuelto en la mencionada sentencia de inconstitucionalidad y a fin de evitar cualquier posibilidad de que la norma legal objetada pueda, eventualmente, aplicarse por los tribunales que conocen de la gestión pendiente y que, al hacerlo, se vulnere la Constitución, el presente recurso de inaplicabilidad será acogido.

**Y TENIENDO, ADEMÁS, PRESENTE** lo prescrito en los artículos 6<sup>º</sup> y 7<sup>º</sup> de la Carta Fundamental, así como las disposiciones pertinentes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS UNO.** Se deja sin efecto la suspensión del proce-

dimiento decretada a fojas 68. Oficiese al efecto a la Corte de Apelaciones de Santiago.

**Se previene que la Ministra señora Marisol Peña Torres** concurre a la decisión de acoger el requerimiento, pero en base a las siguientes consideraciones:

1°. Que, tal como se indica en la parte expositiva, el requirente, señor Juan de la Cruz Pérez Álvarez, suscribió un contrato de salud con la Isapre Cruz Blanca S.A. –ex ING Salud S.A.–, en marzo del año 2006. Mediante carta de 31 de diciembre de 2009, ésta le informó al cotizante que correspondía actualizar el factor étéreo de su contrato de salud vigente, reajustándose por este concepto el precio del mismo. Fue la variación del rango de edad del cotizante y de su hija lo que motivó el cambio del valor del índice o factor de riesgo del grupo familiar beneficiario del plan. La tabla de factores incorporada al contrato de salud del señor Pérez Álvarez contemplaba un factor mínimo de 0,6 y uno máximo de 5,2. En este contexto, al cumplir los 70 años de edad, el factor respectivo se eleva desde 3,60 a 4,20. En el caso de su hija, y en su calidad de carga del afiliado, al cumplir 25 años de edad, el índice correspondiente se eleva de 1,15 a 1,55. Así, el costo del plan del afiliado cambia de 7,23 a 8,47 unidades de fomento mensuales.

Éstas son las razones fundamentales que motivaron la interposición del respectivo recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, el 29 de enero del presente año, constituyendo la gestión pendiente en la que se solicita inaplicar el artículo 38 ter de la Ley Nº 18.933, que corresponde al artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 1, de 2005, del Ministerio de Salud;

2°. Que la sentencia de este Tribunal que pronunció la inconstitucionalidad de cuatro numerales del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley Nº 18.933 fue dictada el 6 de agosto de 2010, entendiéndose derogada aquella parte del precepto legal indicado desde la publicación de dicha sentencia en el Diario Oficial, lo que ocurrió el 9 de agosto de ese mismo año por aplicación de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 94 de la Carta Fundamental;

3°. Que la disposición constitucional recién mencionada señala expresamente: “(...) *el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo.*” (El subrayado es nuestro). Cabe entender, entonces que, por expresa disposición constitucional, la sentencia que pronuncia la inconstitucionalidad de un precepto legal no puede hacerse extensiva a situaciones que tienen su origen en situaciones anteriores a su publicación en el Diario Oficial, pues ello implicaría violentar la voluntad

del Constituyente que optó por otorgarle efectos *ex nunc* a dicha sentencia y no efectos *ex tunc* como ocurre con otros ordenamientos normativos en el Derecho Comparado;

4°. Que el problema a determinar, en relación con el caso concreto que en esta oportunidad se decide, es si el efecto no retroactivo de las sentencias de inconstitucionalidad –a que alude el inciso tercero del artículo 94 de la Carta Fundamental– es de carácter absoluto o puede matizarse en algunos casos sin violentar la voluntad del Constituyente;

5°. Que, sobre este punto, conviene recordar que el propio creador de la jurisdicción constitucional concentrada, el jurista Hans Kelsen sostenía que “*sería conveniente en interés de la propia seguridad jurídica, no atribuir, en principio, ningún efecto retroactivo a la anulación de normas generales. Al menos dejar subsistir todos los actos jurídicos anteriormente realizados con base a la norma en cuestión. Pero ese interés no existe cuando los hechos anteriores a la anulación no han sido todavía objeto –al momento en que la anulación se produce– de ninguna decisión de autoridad pública, los cuales si se evitara todo efecto retroactivo a la resolución de anulación, deberían ser juzgados en virtud de que la norma general es anulada pro futuro, esto es, para los hechos posteriores a su anulación– de acuerdo con la norma anulada (...).*” (“La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”. Traducción de Rolando Tamayo Salmorán revisada por Domingo García Belaúnde. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N<sup>º</sup> 10, julio-diciembre 2008, p. 25);

6°. Que si bien el Constituyente del año 2005 optó por conferir un efecto “derogatorio” y no “anulatorio” a la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal –lo que naturalmente no tiene el mismo alcance–, la doctrina especializada ha estimado que la regla constitucional que contempla el efecto no retroactivo de la aludida declaración parece excesivamente rígida, ya que en algunos casos excepcionales se puede requerir que la sentencia pueda generar efectos *ex tunc* (Nogueira Alcalá, Humberto. “El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias.” En: Francisco Zúñiga (Coord.). Reforma constitucional. Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 615);

7°. Que, en ese sentido, durante la discusión de la reforma constitucional del año 2005, el senador Alberto Espina promovió una indicación tendiente a agregar al entonces inciso tercero del artículo 83 (hoy 94) de la Constitución, la siguiente oración: “*La declaración de inconstitucionalidad no operará con efecto retroactivo respecto de todas aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada.*” (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 8 de marzo de 2003);

8°. Que, por su parte, el Subsecretario del Interior, Jorge Correa Sutil, acotaba, respecto de este punto que: *“la indicación 269 (del Ejecutivo), si bien intenta reafirmar la validez de aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada antes de una declaración de inconstitucionalidad, no impide que se susciten dudas en relación a actos, negocios, contratos y otros instrumentos suscritos con anterioridad a dicha declaración.”* (El subrayado es nuestro).

Por su parte, en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se estimó conveniente dejar expresa constancia de que los fallos del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional un precepto legal producen efectos desde su publicación en el Diario Oficial y *“en ningún caso en forma retroactiva”*. (El subrayado es nuestro). (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 8 de marzo de 2003).

De esta forma, al rechazarse las indicaciones que tendían a matizar el efecto no retroactivo de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de un precepto legal, sólo cabe concluir que el Tribunal Constitucional no está autorizado por la Ley Suprema para atribuirles dicho efecto;

9°. Que, así, y en lo que a la resolución de este conflicto de constitucionalidad atañe, no cabe, a juicio de esta previniente, retrotraer los efectos de la sentencia recaída en el Rol N° 1.710 a un contrato celebrado con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial, con mayor razón cuando el conflicto sometido a esta Magistratura se ha originado en un alza en el precio del plan de salud basado en la aplicación de la tabla de factores incorporada a ese contrato, que se ha reclamado, también, con anterioridad a la fecha de publicación de dicha sentencia en el Diario Oficial;

10°. Que, con todo, distinta es la necesidad que asiste a este Tribunal de examinar si el precepto legal impugnado en estos autos –el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933– puede recibir aplicación en el recurso de protección que sustancia la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el rol de ingreso N° 409-2010 teniendo presente que, al momento de su interposición, dicho precepto legal no se encontraba derogado y que, además, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2° de la Ley N° 20.015, *“los contratos de salud previsional que se celebren con posterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley deberán ajustarse a ella.”*;

11°. Que, en esa línea de razonamiento debe recordarse la jurisprudencia de esta Magistratura, en el sentido que basta que el precepto legal impugnado tenga la posibilidad de aplicarse en la gestión pendiente de que se trata –y, eventualmente, de forma inconstitucional– para que este Tribunal deba entrar a pronunciarse sobre su inaplicabilidad.

Se ha sostenido, en efecto, que *“(…) para fundar una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es suficiente que la aplicación del precepto legal*



*impugnado pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto, correspondiendo al Tribunal únicamente verificar la posibilidad de que el precepto legal sea aplicado a un caso, para quedar obligado a pronunciarse sobre la acción deducida, y que la acción de inaplicabilidad es un medio de accionar en contra de la aplicación de normas legales determinadas contenidas en una gestión judicial y que puedan resultar derecho aplicable (STC N<sup>º</sup> roles 501, 505, 790, y 943, entre otros).” (STC Rol N<sup>º</sup> 1.295, c. cuadragésimosegundo);*

**12<sup>º</sup>.** Que, desde este punto de vista, el requirente sostiene, en su libelo, que: *“El plan de salud del señor Juan Pérez, “PREF MASTER UC PLUS 7090” cuyo código es “IPMUC79011” fue celebrado con Isapre Cruz Blanca S.A. en el año 2006, de esta forma el plan de salud “PREF MASTER UC PLUS 7090” es posterior a la entrada en vigencia de la Ley 20.015, de modo que le es plenamente aplicable el artículo 38 ter de la Ley 18.933.”* (Página 5 del requerimiento).

Agrega, más adelante, que *“siendo la razón que motivó la interposición del recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago la arbitrariedad que supone el excesivo aumento del costo del plan de salud del afiliado, esto como resultado del cambio de factor etéreo asociado a su persona como a su hija beneficiaria de su plan de salud, es indiscutible que la aplicación de la norma impugnada determina la resolución de la cuestión debatida en dicha gestión pendiente.”* (Página 7 del requerimiento).

Por su parte, la carta de adecuación dirigida por la Isapre Cruz Blanca S.A., al requirente, de fecha 31 de diciembre de 2009, y que rola a fojas 37 de estos autos, precisa que: *“En conformidad con lo convenido en su contrato de salud, para el período anual del mismo que se cumple en el mes de marzo, se registra(n) variación(es) en la(s) edad(es) del(de los) beneficiario(s) que implican un cambio en los tramos previstos. Por lo anterior, corresponde actualizar el factor por sexo y edad de su contrato a 8,75 lo que significará una variación en el precio de su Plan de Salud Complementario.”* (El subrayado es nuestro);

**13<sup>º</sup>.** Que, así, la acción de inaplicabilidad deducida en esta oportunidad se funda en el hecho de que, de aplicarse por la Corte de Apelaciones de Santiago, el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 o Ley de Isapres, para fallar el recurso de protección deducido por don Waldo Albornoz Argandoña a favor del señor Juan de la Cruz Pérez Álvarez, se producirá una vulneración de los derechos asegurados en los numerales 9<sup>º</sup> (derecho a la protección de la salud); 18<sup>º</sup> (derecho a la seguridad social) y 24<sup>º</sup> (derecho de propiedad) del artículo 19 de la Constitución Política. Entonces, la sola posibilidad de que dicha aplicación produzca un resultado contrario a la Constitución es suficiente para que, conforme a su jurisprudencia reiterada, este Tribunal deba decidir su inaplicabilidad a la luz de las circunstancias propias del control concreto que ella supone;

**14<sup>º</sup>.** Que de conformidad a lo previsto en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, de la Carta Fundamental, el Tribunal Constitucional debe

decidir la inaplicabilidad de un precepto legal “*cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.*” (El subrayado es nuestro). De ello se deduce que lo que puede resultar contrario a la Carta Fundamental es la aplicación que un determinado precepto legal recibirá en una gestión judicial concreta, a la luz de las particulares circunstancias que la rodean. Sólo así puede comprenderse por qué, en la jurisprudencia de esta Magistratura un mismo precepto legal, en algunos casos, ha sido declarado inaplicable y en otros, no (artículo 299, N° 3°, del Código de Justicia Militar);

**15°.** Que, sobre la base explicada, y para decidir el conflicto de constitucionalidad que ha de resolverse en esta oportunidad debe considerarse que esta Magistratura ha acogido, en reiteradas oportunidades, acciones de inaplicabilidad referidas al artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que es la misma norma impugnada en esta ocasión. De hecho, y antes de pronunciarse la inconstitucionalidad de dicha norma, con efectos *erga omnes*, decidió la inaplicabilidad de dicho precepto legal en los roles N°s 976, 1.218, 1.287 y 1.273;

**16°.** Que, como esta Ministra previniente señaló en su voto particular recaído en la sentencia Rol N° 1.710, tales acciones de inaplicabilidad se dedujeron teniendo como gestión pendiente, sendos recursos de protección deducidos ante Cortes de Apelaciones, reclamando de la ilegalidad y arbitrariedad en que había incurrido la Isapre respectiva, al subir, unilateralmente, el precio del plan de salud por aplicación de la tabla de factores contenida en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 introducido por la Ley N° 20.015. Ello coincide con el fundamento del recurso de protección que constituye la gestión pendiente en el presente requerimiento de inaplicabilidad.

Pero, además, en aquel voto particular, se precisó que “*las referidas acciones de inaplicabilidad fueron deducidas por personas afiliadas a diversas Instituciones de Salud Previsional (Isapres), quienes fueron notificadas, mediante la respectiva carta de adecuación de un alza en el precio de su plan de salud como consecuencia de la modificación experimentada en el valor de éste, no en su precio base, sino que en la aplicación de la tabla de factores a que alude el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, en base a los factores de edad y sexo, respectivamente.*” Se indicó, también, que “*los diversos requirentes de inaplicabilidad, en cada uno de esos procesos, fueron personas de 60 años de edad o más.*” (c. decimosexto).

Finalmente, se sostuvo, siguiendo la jurisprudencia previa del Tribunal, que “*la introducción de factores como el sexo y la edad, así como la diferencia de tramos en aplicación de esos criterios, en cuanto modalidades de estructuración de una tabla de factores (...) no son, en sí mismas, arbitrarias o carentes de razonabilidad, en la medida que se basan en la consideración de factores objetivos y fácilmente comprobables, como la mayor demanda de prestaciones de salud por parte de la mujer en edad fértil o de las personas mayores de 60 años de edad.*”

*“Distinto es lo relativo a la forma cómo se aplica la tabla de factores, sin considerar la vulnerabilidad que, en determinadas etapas de la vida, afecta a ciertas personas. Un aumento indiscriminado de los precios de los planes de salud respecto de ellas, ciertamente, podría lesionar los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social cuando no se consideran mecanismos de solidaridad que permitan soportar dichas alzas sin discontinuar el acceso a las prestaciones de salud.”* (c. trigesimoquinto);

**17°.** Que las declaraciones previas de inaplicabilidad recaídas en los roles N<sup>os</sup> 976, 1.218, 1.287 y 1.273 contaron con el voto de esta Ministra previniente sobre la base de constatarse que la vulneración, en cada una de las gestiones judiciales pendientes, de los derechos constitucionales mencionados se producía porque el alza en el precio del respectivo plan de salud, como consecuencia de la aplicación de la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, se producía considerando los factores edad y sexo a que ella alude, de forma que personas que objetivamente se encontraban en condiciones de particular vulnerabilidad, no sólo por su edad, sino por su condición de “cotizantes cautivos”, eran discriminadas y desprotegidas desde el punto de vista de la seguridad social, haciendo además ilusorio su derecho a elegir el sistema de salud al que habían decidido estar adscritas;

**18°.** Que un razonamiento congruente con tal juicio y que además resulte acorde a la naturaleza propia de un control concreto como el que importa la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad exige examinar si, en la especie, se dan condiciones similares a las que motivaron la decisión de esta magistrada en las sentencias previas de inaplicabilidad a que se ha hecho referencia;

**19°.** Que, en tal sentido, de los antecedentes acompañados a este proceso constitucional y, especialmente, de la carta de adecuación remitida por Isapre Cruz Blanca S.A. al requirente, el pasado mes de diciembre, se desprende que el alza en el precio del plan de salud del señor Juan de la Cruz Pérez se produjo por el cambio del factor etéreo de él mismo, desde el factor 3,60 a 4,20. Asimismo, dicha alza estuvo motivada por el cambio del factor etéreo de su hija y carga, doña Paz Andrea Pérez Leiva, desde el factor 1,15 a 1,55. En el caso del señor de la Cruz, por ingresar al tramo que va desde los 70 a los 75 años de edad y, en el caso de su hija, por acceder al tramo que va desde los 25 a los 30 años de edad;

**20°.** Que, tal y como se razonó en la sentencia recaída en Rol N<sup>º</sup> 1.273, la aplicación del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 producirá un resultado contrario a la Constitución, en la especie, por las siguientes razones:

1. Porque la evolución del factor edad consultado en la respectiva tabla de factores, incorporada al contrato de salud suscrito entre don Juan de la Cruz Pérez Álvarez e Isapre Cruz Blanca S.A., como consecuencia de haber cambiado de tramo, implica que no se ha respetado la proporcio-

nalidad de las prestaciones derivadas de un contrato que, por exigencias de orden público, debe tender a maximizar el goce de las prestaciones de salud, impidiendo a los respectivos cotizantes mantener el régimen privado de atención al que habían deseado acogerse. Esta situación reviste particular preocupación cuando se trata de un afiliado a quien se eleva significativamente el precio de su plan de salud, al alcanzar la edad de 70 años, esto es, precisamente cuando accede a una situación de mayor vulnerabilidad, desde el punto de vista de la salud. Si el respectivo afiliado no puede seguir pagando el nuevo costo del plan, quedaría obligado a abandonar –junto a su grupo familiar– el sistema privado de salud para incorporarse, obligadamente, al equivalente público vulnerándose su derecho a elegir el sistema de salud al que desea acogerse, de acuerdo con lo que le asegura el numeral 9° del artículo 19 de la Constitución (cc. sexagesimosexto y sexagesimoséptimo);

2. Porque la existencia de reajustes periódicos del precio del plan de salud previsional sólo por el aumento de edad, independientemente de la iniquidad de su cuantía, por estar expresada en múltiplos del precio base, resulta inconciliable con el derecho a la seguridad social, garantizado en el numeral 18° del artículo 19 de la Ley Suprema, puesto que resulta incompatible con los propósitos que persiguen las instituciones de seguridad social –entre las que se encontraría el contrato de salud previsional– en el sentido de impedir que la desprotección frente a los estados de necesidad aumente en la misma medida en que aumentan los años de vida (cc. septuagesimooctavo y octagésimo).

En este sentido, no debe olvidarse que la sentencia recaída en el Rol N° 976 afirmó:

*“Que el deber de los particulares y de las instituciones privadas de respetar y promover el ejercicio de los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana en cuanto a su existencia y exigibilidad, se torna patente respecto de aquellos sujetos a los cuales la Constitución, como manifestación del principio de subsidiariedad, les ha reconocido y asegurado la facultad de participar en el proceso que infunde eficacia a los derechos que ella garantiza. Tal es exactamente lo que sucede con las Instituciones de Salud Previsional, en relación con el derecho de sus afiliados a gozar de las acciones destinadas a la protección de la salud, consagrado en el artículo 19, N° 9, de la Constitución.”* (c. trigesimosexto).

*“Que, sin duda, las instituciones aludidas tienen también asegurados sus derechos en la Carta Política, pero, con idéntica certeza, ha de afirmarse que ellos se encuentran sometidos a los deberes correlativos, de los cuales resulta menester realzar aquí su contribución al bien común, haciendo cuanto esté a su alcance, dentro del ordenamiento jurídico, por materializar el goce del derecho a la protección de la salud (...).”* (c. trigesimoséptimo);

21°. Que las circunstancias particulares que rodean la situación de don Juan Pérez Álvarez y de su grupo familiar demuestran que el cotizante

no goza de la libertad indispensable para trasladarse a otra institución de salud previsional. Con mayor razón, cuando, en razón de su edad, es posible sostener que se trata de un cotizante “cautivo”, en los términos definidos por el artículo 170, letra i), del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, de 2005, del Ministerio de Salud, esto es, de *“aquel cotizante cuya voluntad se ve seriamente afectada, por razones de edad, sexo o por la ocurrencia de antecedentes de salud, sea de él o de algunos de sus beneficiarios, y que le impida o restrinja, significativa o definitivamente, su posibilidad de contratar con otra Institución de Salud Previsional.”*;

22°. Que los razonamientos consignados precedentemente son suficientes, a juicio de esta juez previniente, para acoger el requerimiento de inaplicabilidad deducido por don Juan de la Cruz Pérez Álvarez, en forma congruente con la jurisprudencia previa del Tribunal Constitucional y sin brindarle efecto retroactivo a la sentencia recaída en el Rol N<sup>º</sup> 1.710, por prohibirlo expresamente la Carta Fundamental.

**Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán** no comparte los considerandos tercero y cuarto y tiene adicionalmente presente las siguientes motivaciones:

1°. Que con fecha 6 de agosto de 2010 esta Magistratura señaló, en los autos de inconstitucionalidad Rol N<sup>º</sup> 1.710, que *“los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.993, son inconstitucionales”*. Como se sabe, dicho precepto decía relación con la circunstancia de que cada rango de edad que fijare la Superintendencia en sus instrucciones se debía sujetar a las siguientes reglas *“1. El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad; 2. Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años; 3. La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan; 4. La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo.”*;

2°. Que en dicha sentencia se sostuvo que *“como corolario del análisis efectuado, este Tribunal ha logrado convicción en cuanto a que los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 no cumplen los supuestos descritos en el considerando precedente y, por consiguiente, son incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, y lesionan, asimismo, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, en el sentido que todos ellos se encuentran reconocidos y asegurados en nuestra Carta Fundamental”* (c. centesimocuatrecientoscuarenta y cuatro). Por lo mismo se dejó constancia de que *“esta Magistratura estima necesario, además, hacer presente que la determinación de la estructura de las tablas de factores y la fijación de los factores de cada una de ellas **deberán ajustarse** a lo que establezcan, en uso de sus facultades, los órganos colegisladores para dar cabal*

*cumplimiento a lo resuelto en este fallo*” (c. centesimosexagesimotercero). Se trata de un llamado al legislador futuro;

3°. Que en más de un centenar de pronunciamientos (STC roles N<sup>os</sup> 742, 757, 761, 837, 845, 847 a 874, 876, 878, 879, 880, 882 a 942, 949 a 962, 971, 973, 974, 975 y 978, entre otros) esta Magistratura sostuvo la improcedencia de las acciones de inaplicabilidad presentadas respecto de un precepto declarado íntegramente inconstitucional. Fundó lo anterior en atención a que *“no le corresponde pronunciarse sobre un requerimiento recaído sobre preceptos legales que no tienen carácter de tales por encontrarse derogados a la fecha en que éste fue presentado”*. Se hizo presente los efectos derogatorios de la declaración, entendiéndose que por lo mismo la sentencia sólo produce consecuencias a futuro, entendiéndose por tales *“a las situaciones que ocurran con posterioridad a su publicación en el Diario Oficial”*. De forma tal que carecería de *“facultades para declarar la inaplicabilidad de un precepto legal que no tiene existencia constitucional y que, además y a mayor abundamiento, como su principal consecuencia, ya no puede tener efecto alguno en la decisión del fondo de la materia en litis”*. Sin embargo, este previniente concurrió a dicha decisión en el entendido que el conflicto constitucional no resultaba factible al haber dejado de existir el precepto legal en cuestión, presupuesto básico de la inaplicabilidad, razón por la cual el precepto legal no podía aplicarse a partir de dicha decisión;

4°. Que en estos autos se ha acogido la acción de inaplicabilidad, remitiéndose en el considerando tercero a lo resuelto en los autos Rol N<sup>o</sup> 1.552. En esta última decisión esta Magistratura hizo presente que la sentencia de inconstitucionalidad *“ha venido a afectar la totalidad de los contratos de salud en curso al 9 de agosto, donde fueron incorporadas las reglas sobre alzas que prevenían los N<sup>os</sup> 1 a 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>o</sup> 18.933, puesto que –a contar de esa data– tales reglas perdieron validez general y, por tanto, no pueden seguir aplicándose”*. De modo tal que no resulta posible *“que un precepto invalidado por esta Magistratura (...) pueda seguir rigiendo hacia el futuro bajo la premisa de haberse encontrado vigente al momento de perfeccionarse la antedicha relación contractual”*; concluyéndose que los contratos de salud a partir de la fecha de la sentencia no pueden estar afectos a lo dispuesto en el precepto legal declarado inconstitucional y por lo mismo *“no tiene dicho precepto efecto ultractivo por el hecho de que hallara vigente al momento de perfeccionarse las mencionadas convenciones”*;

5°. Que, como lo señaló este previniente en todas las causas a que alude el considerando tercero de este voto, de conformidad a lo establecido en el artículo 94 de la Constitución Política de la República, inciso tercero, el precepto legal declarado inconstitucional, en este caso los números 1 a 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, *“se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”*;

6°. Que en cuanto a los antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento de la disposición, es del caso reiterar la discusión suscitada en torno a la controversia, a objeto de precisar el propósito del constituyente;

7°. Que, en primer trámite constitucional, en el Senado, se consagraba que la norma legal que fuera declarada inconstitucional “*se entenderá derogada desde dicha publicación*”. En la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, el Senador señor Espina propuso una disposición según la cual “*la declaración de inconstitucionalidad no operará con efecto retroactivo respecto de todas aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada*”. Sobre el punto el Subsecretario del Interior de la época, señor Jorge Correa Sutil, opinó que, “*si bien intenta reafirmar la validez de aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada antes de una declaración de inconstitucionalidad, no impide que se susciten dudas en relación a actos, negocios, contratos y otros instrumentos suscritos con anterioridad a dicha declaración*”. Por su parte, el senador Larraín consideró innecesaria esta indicación pues “*las proposiciones que ella contiene son igualmente aplicables en virtud de los principios generales de derecho en esta materia, que son de común e indubitada aplicación en nuestro medio*”. Del mismo modo, los senadores Moreno y Silva Cimma “*coincidieron en cuanto a que tales disposiciones serían innecesarias*”. Así las cosas, se dejó expresa constancia en relación a que “*los fallos del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional un precepto legal producen efectos desde su publicación en el Diario Oficial y, en caso alguno, en forma retroactiva*”;

8°. Que, en segundo trámite, en la Cámara de Diputados también se discutió acerca del alcance de la inconstitucionalidad. Así, en sesión de 23 de marzo de 2005, la diputada señora Guzmán destacó la relevancia de la inconstitucionalidad, como una “*forma más consistente para asegurar la igualdad ante la ley*”. Por su parte, el diputado señor Bustos señaló la conveniencia de “*establecer un recurso de inconstitucionalidad en que la disposición quede erga omnes como tal y, por lo tanto, inválida jurídicamente*”. El texto aprobado en segundo trámite establecía que el precepto legal declarado inconstitucional quedaría sin efecto “*de pleno derecho*”;

9°. Que, con posterioridad, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se hizo presente ciertas dudas que se suscitaban en lo concerniente al momento a partir del cual el precepto declarado inconstitucional quedaba sin efecto, estimando que “*la redacción de esta norma no debería admitir la posibilidad que las resoluciones que el Tribunal Constitucional adopte en estos casos produzcan efectos retroactivos*”, solicitando al Ejecutivo recoger estas observaciones en el veto que el Presidente de la República podía formular;

10°. Que, por lo mismo, el efecto de las sentencias del Tribunal Constitucional fue materia de un veto presidencial, precisándose –en sus motivaciones– que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal

“sólo tiene carácter **derogatorio** y, por ende, su declaración de inconstitucionalidad **no tiene efecto retroactivo**”. De modo tal que la disposición señala que el precepto declarado inconstitucional “se entenderá derogado desde la publicación en el *Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo*”. En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se consignó que este veto correspondía a “ajustes que se han efectuado a diversos numerales del artículo 82”. Esta materia fue aprobada en la Sala sin discusión y por unanimidad. La Cámara de Diputados a su turno también lo aprobó, destacándose por los diputados Guzmán y Bustos la relevancia de la acción de inconstitucionalidad;

**11°.** Que sobre el punto la doctrina especializada ha señalado que la decisión del constituyente en cuanto al efecto derogatorio y no retroactivo, *ex nunc*, “es compleja y no exenta de críticas”, habida consideración de que ello “tiene enormes implicancias y se relaciona con juicios sentenciados conforme a preceptos legales declarados inconstitucionales; con procesos en marcha, y derechos, situaciones o posiciones adquiridas en dicho período conforme a un precepto legal inconstitucional”, incluso en materias tan relevantes como la penal; sin embargo, concluye, “la Constitución es categórica: **prohíbe aplicar efectos retroactivos a una sentencia de inconstitucionalidad**” (Gastón Gómez Bernal, La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional, en Reforma Constitucional, 2005, página 683). Otro autor ha puntualizado, con motivo de la prohibición de efecto retroactivo de la sentencia de inconstitucionalidad, que la regla constitucional “parece excesivamente rígida, ya que en algunos casos excepcionales se puede requerir que la sentencia pueda generar efectos *ex tunc*. Un caso concreto donde parece razonable la aplicación de criterios *ex tunc* es cuando se impugna la inconstitucionalidad de un precepto legal por vicios de procedimiento o forma; declarada la inaplicabilidad en concreto y solicitada la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, parece difícil sostener que una norma que no pudo nacer constitucionalmente pueda considerarse válida e integrante del ordenamiento jurídico hasta el momento de la expulsión por fallo del Tribunal Constitucional; parece que en tal caso se justifica los efectos *ex tunc*, **dejando a salvo los derechos adquiridos y la cosa juzgada**” (Humberto Nogueira Alcalá, El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad de las leyes en la reforma constitucional de 2005. De las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias, en La Constitución Reformada de 2005, páginas 444 y 445);

**12°.** Que de lo dicho se desprende que el propósito del constituyente fue evitar que la decisión de inconstitucionalidad pudiera tener efectos retroactivos, de forma tal de no alterar situaciones jurídicas consolidadas o amparadas por sentencia o resolución que produzca efectos de cosa juzgada. Como señaló esta misma Magistratura, en los autos de inconstitucionalidad: “de lo expresado anteriormente, debe concluirse que el artículo 94 de



la Constitución, al referirse a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, y señalar que la norma declarada inconstitucional se entenderá derogada, alude a una **especie de derogación sui generis**, que debe distinguirse de la derogación efectuada por el legislador, toda vez que no responde a razones de mérito sino a la verificación de un vicio constitucional de orden público; por lo mismo, un efecto ultratractivo de las normas derogadas es limitado y sólo opera para el futuro” (c. vigesimoséptimo). De este modo, “la sentencia que dicte el Tribunal Constitucional no puede afectar situaciones consolidadas, esto es, nacidas y concluidas bajo el imperio de la o las normas declaradas inconstitucionales” (c. centesimosexagesimooctavo). En otras palabras, el hecho de que su sentencia carezca de efectos retroactivos significa que “**no afecta situaciones acaecidas ni actos realizados con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial**” (STC Rol N<sup>º</sup> 597, c. quinto);

13°. Que así las cosas, teniendo presente la circunstancia de que los numerales 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 han sido derogados como consecuencia de la sentencia dictada por este Tribunal, en conformidad a lo prescrito en el artículo 94 de la Constitución Política de la República, debe concluirse que la disposición no puede recibir aplicación en la causa *sub lite*, tal como se señaló en los autos Rol N<sup>º</sup> 685;

14°. Que, por último, a este Tribunal, como también lo ha señalado esta Magistratura, no le corresponde pronunciarse sobre la validez de los pactos contractuales suscritos con anterioridad a la publicación en el Diario Oficial de la sentencia de inconstitucionalidad, lo que es de resorte y competencia exclusiva del juez de la instancia (STC Rol N<sup>º</sup> 685, c. decimotercero). Por lo mismo, tal como lo comunicó este Tribunal frente a una consulta formulada por la Corte Suprema, en resolución de 17 de julio de 2007, “la sentencia de inconstitucionalidad dictada por este organismo y a la que alude el oficio, no puede, ni pueden producir, ningún efecto respecto de la **facultad privativa que tiene vuestra Excelencia para resolver, en ejercicio de su competencia, la causa sub lite**”. De igual forma como también le corresponderá a la judicatura ordinaria determinar si el precepto legal no resulta aplicable a la *litis* en atención a la fecha de suscripción de los contratos respectivos de salud, tal como lo ha señalado este Tribunal (STC roles N<sup>OS</sup> 1.544, 1.644 y 1.646) y la propia Sala Constitucional de la Corte Suprema (Rol N<sup>º</sup> 7779-2008).

Redactó la sentencia el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado y las prevenciones, la Ministra señora Marisol Peña Torres y el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán.

Notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N<sup>º</sup> 1.657-2010**

Se certifica que los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake y Mario Fernández Baeza concurrieron al acuerdo y al fallo pero no firman por encontrarse en comisión de servicio en el exterior, el primero, y haciendo uso de su feriado legal, el segundo.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander e Iván Aróstica Maldonado. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

## ROL N° 1.658-2010

### REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY N° 18.933, PRESENTADO POR PATRICIO BERNARDO MACKENNA GÓMEZ

Santiago, nueve de junio de dos mil once.

#### VISTOS:

La abogada señora Flor Sofía Gómez Lobos, en representación del señor Patricio Bernardo Mackenna Gómez, ha deducido ante este Tribunal Constitucional acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que actualmente corresponde al artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, en la causa sobre recurso de protección interpuesto por su parte en contra de la Isapre Vida Tres S.A. y que se encuentra actualmente pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol de ingreso N° 896-2010.

Como antecedentes de la referida gestión, consta en autos por documentos no objetados que rolan acompañados a fojas 25 y 52, que el requirente suscribió un contrato de salud con la mencionada Isapre el 30 de mayo de 2008 y que mediante carta fechada el 19 de febrero de 2010 ésta le informó el aumento que sufriría el precio de su plan de salud –de

13,04 a 14,630 Unidades de Fomento mensuales–, por efecto del cambio del factor de riesgo que correspondía aplicar por variación de la edad de su cónyuge beneficiaria del mismo plan (60 años de edad).

En cuanto al conflicto constitucional que se somete al conocimiento y resolución de esta Magistratura, el actor sostiene que la aplicación del precepto legal impugnado para la resolución del asunto judicial pendiente invocado, resulta contraria al inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, en relación con el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como asimismo a las garantías que aseguran los N<sup>os</sup> 9°, 18° y 24° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Como fundamento de lo expresado, el requirente argumenta que al autorizarse a las Isapres para ajustar los precios de los contratos de salud en relación con la edad y el sexo de los beneficiarios, la norma legal impugnada vulneraría “*el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*”, que se encuentra reconocido en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Chile, y que en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental formaría parte de la Constitución material. Señala el actor que, conforme a la Observación General N<sup>º</sup> 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, el derecho a la salud se relaciona con la dignidad humana y con los derechos a la vida y a la igualdad, por cuanto todos ellos conformarían un orden público objetivo y serían exigibles incluso en las relaciones convencionales entre particulares.

Agrega en seguida, que el precepto legal cuestionado supone una cortapisa a la garantía del libre e igualitario acceso a la protección de la salud y al derecho a elegir el sistema al que la persona desee acogerse, sea estatal o privado, ya que el fuerte y creciente aumento del precio del plan de salud es una forma indirecta de obligarla a salir del sistema privado de salud.

Considera también afectado su derecho a la seguridad social y al goce de prestaciones básicas uniformes, ya que de aplicarse la norma legal impugnada para resolver el asunto pendiente de que se trata, el contrato de salud previsual perdería su naturaleza de institución de seguridad social y se transformaría en un contrato de seguro privado. Señala que forma parte del sentido intrínseco de la seguridad social proteger a la persona de los estados de necesidad derivados de contingencias vitales de universal ocurrencia y que uno de ellos sería el envejecimiento natural del individuo, por lo que los efectos de la aplicación de la ley cuestionada en este caso irían en contra de dicho valor fundamental.

Finaliza señalando que la norma legal cuestionada en autos también infringiría su derecho de propiedad, ya que el alza del precio de su plan

de salud motivada en el cambio etario que afecta y afectará a sus beneficiarios le impedirá continuar soportando el costo de mantener vigente el contrato de salud previsional de que se trata y terminará privándolo de su derecho a hacer uso del sistema privado de salud por el cual optó en su oportunidad.

La Segunda Sala de este Tribunal, por resolución de 30 de abril de 2010 (fojas 37), admitió a tramitación el requerimiento y ordenó la suspensión del procedimiento en que incide; posteriormente, por resolución de 29 de junio de 2010 (fojas 60), lo declaró admisible.

Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, el Tribunal ordenó practicar las comunicaciones y notificaciones previstas en el artículo 86 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura.

Consta en autos que sólo la Isapre Vida Tres S.A., representada por la abogada Wanira Arís Grande, mediante presentación de fecha 20 de diciembre de 2010, formuló observaciones al requerimiento deducido, solicitando al Tribunal rechazarlo en todas sus partes (fojas 79).

La referida institución argumenta que el legislador ha reconocido que el precio del plan de salud puede experimentar variaciones en el tiempo debido a elementos distintos del costo de la vida, entre los cuales se consagran expresamente la edad y el sexo. Lo anterior, señala, se justifica por el carácter indefinido del contrato de salud, ya que la variación del valor permite lograr un equilibrio dentro del mismo. Por otra parte, indica que de acuerdo al artículo 170, letra n), del D.F.L. N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud, la tabla en cuestión no puede sufrir alteraciones a lo largo de la vigencia del plan. Añade que la tabla de factores constituye una protección para los afiliados, ya que es una fórmula basada en datos objetivos (como son el sexo y la edad), determinada y conocida con antelación por los contratantes.

Afirma que tampoco se infringiría el derecho a la protección de la salud, dado que éste no implica que al afiliado le sea permitido acceder a las acciones de protección, promoción y recuperación virtualmente sin costo o con el costo que él estime razonable, ya que ello haría inviable el funcionamiento de las Isapres, a lo que agrega que el propio sistema tiene prevista la posibilidad de que una persona no pueda pagar su permanencia en el sistema privado y para eso contempla la cobertura de FONASA.

Entiende que el derecho a la seguridad social –y el acceso a prestaciones básicas uniformes– puede satisfacerse a través de instituciones públicas o privadas, las que a su vez pueden emplear distintas figuras jurídicas para lograr su cometido, entre las cuales se contempla el contrato de seguro. Señala que las Isapres operan precisamente con contratos de seguro, lo que permite compensar los riesgos de sus afiliados, ya que la población menos riesgosa compensa a la más riesgosa, favoreciendo, de ese modo, los objetivos de la seguridad social. Considerando lo anterior,

señala, el ajuste del precio del plan de salud no es inconstitucional y no vulnera el derecho a la seguridad social, a lo que debe agregarse el hecho de que el afiliado que no acepta el alza del precio de su plan, puede optar siempre por un plan alternativo.

Añade, por último, en cuanto a la supuesta infracción del derecho de propiedad, que el cambio de factor de ponderación en que se apoya el aumento del precio del plan de salud, constaba desde un primer momento en el contrato de salud previsional suscrito por el requirente, de modo que éste sabía con claridad que su factor de ponderación iba a variar y cuándo iba a hacerlo.

Habiéndose traído los autos en relación, el día 12 de abril de dos mil once se procedió a la vista de la causa, en forma conjunta con las causas roles N<sup>OS</sup> 1.642, 1.819, 1.821, 1.797 y 1.827, oyéndose sólo la relación, ya que ninguna de las partes de este proceso se presentó a alegar en la respectiva audiencia.

#### CONSIDERANDO:

**PRIMERO.** Que, conforme con el artículo 93, incisos primero, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, y undécimo de la Constitución Política de la República, según se señala en la parte expositiva de esta sentencia, en la acción deducida en autos se solicita inaplicar –en lo pertinente– el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, sobre Instituciones de Salud Previsional, porque su aplicación al caso específico de que se trata, resultaría contraria a los reseñados derechos reconocidos por la Constitución;

**SEGUNDO.** Que, por sentencia de 6 de agosto de 2010 (STC Rol N<sup>º</sup> 1.710), expedida con arreglo al artículo 93, incisos primero, N<sup>º</sup> 7<sup>º</sup>, y duodécimo de la Constitución, este Tribunal ya se pronunció sobre la materia, declarando inconstitucionales los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del referido precepto legal, precisamente por contravenir la Carta Fundamental;

**TERCERO.** Que, por ende, a partir de la publicación del aludido fallo en el Diario Oficial, ocurrida el 9 de agosto de 2010, las reglas sobre alzas que preveían los N<sup>OS</sup> 1 al 4 del inciso tercero del cuestionado artículo 38 ter, correspondiente al artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N<sup>º</sup> 1, de 2005, del Ministerio de Salud, perdieron validez general, de modo que no pueden seguir aplicándose, tal como razonó esta Magistratura en ese mismo veredicto (cc centesimosexagesimonoveno al centesimoseptuagesimoprimer) y en su posterior sentencia recaída en los autos Rol N<sup>º</sup> 1.552;

**CUARTO.** Que, así las cosas, en procura de hacer eficaz lo resuelto en la mencionada sentencia de inconstitucionalidad y a fin de evitar cualquier posibilidad de que la norma legal objetada pueda, eventualmente, aplicarse por los tribunales que conocen de la gestión pendiente y que, al

hacerlo, se vulnera la Constitución, el presente recurso de inaplicabilidad será acogido.

Y TENIENDO, ADEMÁS, PRESENTE lo prescrito en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, así como las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

**QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS UNO. SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA A FOJAS 37 DE AUTOS, DEBIENDO OFICIARSE AL EFECTO A LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO.**

Se previene que la **Ministra señora Marisol Peña Torres** concurre a la decisión de acoger el requerimiento, pero en base a las siguientes consideraciones:

1°. Que, tal como se indica en la parte expositiva, el requirente, señor Patricio Bernardo Mackenna Gómez, suscribió un contrato de salud con la Isapre Vida Tres S.A., en mayo de 2008. Mediante carta de 19 de febrero de 2010, ésta le informó al cotizante que correspondía actualizar el factor etéreo de su contrato de salud vigente, reajustándose por este concepto el precio del mismo. Fue la variación del rango de edad de la cónyuge del cotizante lo que motivó el cambio del valor del índice o factor de riesgo del grupo familiar beneficiario del plan. Al cumplir los 60 años de edad, el factor respectivo se eleva desde 2,10 a 2,70 y la suma de factores del grupo familiar, de 4,80 a 5,40. Así, el costo del plan del afiliado cambia de 13,04 a 14,630 unidades de fomento mensuales.

Éstas son las razones fundamentales que motivaron la interposición del respectivo recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, el 12 de marzo de 2010, constituyendo la gestión pendiente en la que se solicita inaplicar el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que corresponde al artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud;

2°. Que la sentencia de este Tribunal que pronunció la inconstitucionalidad de cuatro numerales del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 fue dictada el 6 de agosto de 2010, entendiéndose derogada aquella parte del precepto legal indicado desde la publicación de dicha sentencia en el Diario Oficial, lo que ocurrió el 9 de agosto de ese mismo año por aplicación de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 94 de la Carta Fundamental;

3°. Que la disposición constitucional recién mencionada señala expresamente: “(...) *el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo*

*dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo.*” (El subrayado es nuestro). Cabe entender, entonces que, por expresa disposición constitucional, la sentencia que pronuncia la inconstitucionalidad de un precepto legal no puede hacerse extensiva a situaciones que tienen su origen en situaciones anteriores a su publicación en el Diario Oficial, pues ello implicaría violentar la voluntad del Constituyente que optó por otorgarle efectos *ex nunc* a dicha sentencia y no efectos *ex tunc* como ocurre con otros ordenamientos normativos en el Derecho Comparado;

4°. Que el problema a determinar, en relación con el caso concreto que en esta oportunidad se decide, es si el efecto no retroactivo de las sentencias de inconstitucionalidad –a que alude el inciso tercero del artículo 94 de la Carta Fundamental– es de carácter absoluto o puede matizarse en algunos casos sin violentar la voluntad del Constituyente;

5°. Que, sin perjuicio de los diversos antecedentes doctrinales que muestran que la declaración de inconstitucionalidad de una ley, por regla general, sólo debe operar hacia el futuro, la historia de gestación de la reforma constitucional de 2005 permite colegir que, al rechazarse las indicaciones que tendían a matizar el efecto no retroactivo de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de un precepto legal, sólo cabe concluir que el Tribunal Constitucional no está autorizado por la Ley Suprema para atribuirles dicho efecto;

6°. Que, así, y en lo que a la resolución de este conflicto de constitucionalidad atañe, no cabe, a juicio de esta previniente, retrotraer los efectos de la sentencia recaída en el Rol N<sup>º</sup> 1.710 a un contrato celebrado con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial, con mayor razón cuando el conflicto sometido a esta Magistratura se ha originado en un alza en el precio del plan de salud basado en la aplicación de la tabla de factores incorporada a ese contrato, que se ha reclamado, también, con anterioridad a la fecha de publicación de dicha sentencia en el Diario Oficial. Que, con todo, distinta es la necesidad que asiste a este Tribunal de examinar si el precepto legal impugnado en estos autos –el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933– puede recibir aplicación en el recurso de protección que sustancia la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el rol de ingreso N<sup>º</sup> 896-2010, teniendo presente que, al momento de su interposición, dicho precepto legal no se encontraba derogado y que, además, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2° de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, “*los contratos de salud previsional que se celebren con posterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley deberán ajustarse a ella.*”;

7°. Que, en esa línea de razonamiento debe recordarse la jurisprudencia de esta Magistratura, en el sentido que basta que el precepto legal impugnado tenga la posibilidad de aplicarse en la gestión pendiente de

que se trata –y, eventualmente, de forma inconstitucional– para que este Tribunal deba entrar a pronunciarse sobre su inaplicabilidad. (Sentencias roles N<sup>os</sup> 501, 505, 790, 943, y 1.295, entre otras);

8°. Que, desde este punto de vista, el requirente sostiene, en su libelo, que: “*El contrato de salud previsional del señor Mackenna fue celebrado con Isapre Vida Tres S.A. en el mes de mayo de 2008, por lo que le es plenamente aplicable el artículo 38 ter de la Ley 18.993*”. (Fojas 4).

Agrega, más adelante, que “*siendo la razón que motivó la interposición del recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago la arbitrariedad que supone el excesivo aumento del costo del plan de salud del afiliado, esto como resultado del cambio del factor etéreo asociado a la persona de su cónyuge, beneficiaria del contrato de salud, es indiscutible que la aplicación de la norma impugnada determina la resolución de la cuestión debatida en dicha gestión pendiente.*” (Fojas 6).

Por su parte, la carta de adecuación dirigida por la Isapre Vida Tres S.A., al requirente, de fecha 19 de febrero de 2010, y que rola a fojas 25 de estos autos, precisa que: “*(...) se ha producido una variación en los tramos de edad suyo y/o de sus beneficiarios definidos en su plan de salud, los cuales deben ajustarse en esta oportunidad (...). En su caso la(s) persona(s) que tiene(n) variación en el rango de edad es (son) la(s) siguiente(s): ANA MARÍA URETA PRIETO, cambió del factor 2.10 al factor 2.70*”. (El subrayado es nuestro);

9°. Que, así, la acción de inaplicabilidad deducida en esta oportunidad se funda en el hecho de que, de aplicarse por la Corte de Apelaciones de Santiago, el artículo 38 ter de la Ley N<sup>o</sup> 18.933 o Ley de Isapres, para fallar el recurso de protección deducido por don Waldo Albornoz Argandoña a favor del señor Patricio Bernardo Mackenna Gómez, se producirá una vulneración al artículo 5° inciso segundo, y a los derechos asegurados en los numerales 9° (derecho a la protección de la salud); 18° (derecho a la seguridad social); y 24 (derecho de propiedad), todos del artículo 19 de la Constitución Política. Entonces, la sola posibilidad de que dicha aplicación produzca un resultado contrario a la Constitución es suficiente para que, conforme a su jurisprudencia reiterada, este Tribunal deba decidir su inaplicabilidad a la luz de las circunstancias propias del control concreto que ella supone;

10°. Que de conformidad a lo previsto en el artículo 93, inciso primero, N<sup>o</sup> 6° de la Carta Fundamental, el Tribunal Constitucional debe decidir la inaplicabilidad de un precepto legal “*cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.*” (El subrayado es nuestro). De ello se deduce que lo que puede resultar contrario a la Carta Fundamental es la aplicación que un determinado precepto legal recibirá en una gestión judicial concreta, a la luz de las particulares circunstancias que la rodean;

11°. Que, sobre la base explicada, y para decidir el conflicto de constitucionalidad que ha de resolverse en esta oportunidad debe considerarse



que esta Magistratura ha acogido, en reiteradas oportunidades, acciones de inaplicabilidad referidas al artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, que es la misma norma impugnada en esta ocasión. De hecho, y antes de pronunciarse la inconstitucionalidad de dicha norma, con efectos *erga omnes*, decidió la inaplicabilidad de dicho precepto legal en los Roles N<sup>OS</sup> 976, 1.218, 1.287 y 1.273;

12°. Que, como esta Ministra previniente señaló en su voto particular recaído en la sentencia Rol N<sup>º</sup> 1.710, tales acciones de inaplicabilidad se dedujeron teniendo como gestión pendiente, sendos recursos de protección deducidos ante Cortes de Apelaciones, reclamando de la ilegalidad y arbitrariedad en que había incurrido la Isapre respectiva, al subir, unilateralmente, el precio del plan de salud por aplicación de la tabla de factores contenida en el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 introducido por la Ley N<sup>º</sup> 20.015. Ello coincide con el fundamento del recurso de protección que constituye la gestión pendiente en el presente requerimiento de inaplicabilidad.

Pero, además, en aquel voto particular, se precisó que *“las referidas acciones de inaplicabilidad fueron deducidas por personas afiliadas a diversas Instituciones de Salud Previsional (Isapres), quienes fueron notificadas, mediante la respectiva carta de adecuación de un alza en el precio de su plan de salud como consecuencia de la modificación experimentada en el valor de éste, no en su precio base, sino que en la aplicación de la tabla de factores a que alude el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, en base a los factores de edad y sexo, respectivamente.”* Se indicó, también, que *“los diversos requirentes de inaplicabilidad, en cada uno de esos procesos, fueron personas de 60 años de edad o más.”* (c. decimosexto).

Finalmente, se sostuvo, siguiendo la jurisprudencia previa del Tribunal, que *“la introducción de factores como el sexo y la edad, así como la diferencia de tramos en aplicación de esos criterios, en cuanto modalidades de estructuración de una tabla de factores (...) no son, en sí mismas, arbitrarias o carentes de razonabilidad, en la medida que se basan en la consideración de factores objetivos y fácilmente comprobables, como la mayor demanda de prestaciones de salud por parte de la mujer en edad fértil o de las personas mayores de 60 años de edad.”*

*“Distinto es lo relativo a la forma cómo se aplica la tabla de factores, sin considerar la vulnerabilidad que, en determinadas etapas de la vida, afecta a ciertas personas. Un aumento indiscriminado de los precios de los planes de salud respecto de ellas, ciertamente, podría lesionar los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social cuando no se consideran mecanismos de solidaridad que permitan soportar dichas alzas sin discontinuar el acceso a las prestaciones de salud.”* (c. trigésimoquinto);

13°. Que las declaraciones previas de inaplicabilidad recaídas en los roles N<sup>OS</sup> 976, 1.218, 1.287 y 1.273 identifican la postura de esta Ministra previniente sobre la base de constatarse que la vulneración, en cada una de las gestiones judiciales pendientes, de los derechos constitucionales

mencionados se producía porque el alza en el precio del respectivo plan de salud, como consecuencia de la aplicación de la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, se producía considerando los factores edad y sexo a que ella alude, de forma que personas que objetivamente se encontraban en condiciones de particular vulnerabilidad, no sólo por su edad, sino por su condición de “cotizantes cautivos”, eran discriminadas y desprotegidas desde el punto de vista de la seguridad social, haciendo además ilusorio su derecho a elegir el sistema de salud al que habían decidido estar adscritas;

**14.** Que un razonamiento congruente con tal juicio y que además resulte acorde a la naturaleza propia de un control concreto como el que importa la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad exige examinar si, en la especie, se dan condiciones similares a las que motivaron la decisión de esta magistrada en las sentencias previas de inaplicabilidad a que se ha hecho referencia;

**15°.** Que, en tal sentido, de los antecedentes acompañados a este proceso constitucional y, especialmente, de la carta de adecuación remitida por Isapre Vida Tres S.A. al requirente, en febrero del año pasado, se desprende que el alza en el precio del plan de salud del señor Patricio Bernardo Mackenna Gómez se produjo por el cambio del factor etéreo de su cónyuge, desde el factor 2,10 a 2,70, por ingresar al tramo que va desde los 60 a los 65 años de edad;

**16°.** Que, tal y como se razonó en la sentencia recaída en Rol N° 1.273, la aplicación del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 producirá un resultado contrario a la Constitución, en la especie, por las siguientes razones:

1. Porque la evolución del factor edad consultado en la respectiva tabla de factores, incorporada al contrato de salud suscrito entre don Patricio Bernardo Mackenna Gómez e Isapre Vida Tres S.A., como consecuencia de haber cambiado de tramo de edad su cónyuge, implica que no se ha respetado la proporcionalidad de las prestaciones derivadas de un contrato que, por exigencias de orden público, debe tender a maximizar el goce de las prestaciones de salud, impidiendo a los respectivos cotizantes mantener el régimen privado de atención al que habían deseado acogerse. Esta situación reviste particular preocupación cuando se trata de un afiliado a quien se eleva significativamente el precio de su plan de salud, al alcanzar la edad de 60 años, esto es, precisamente cuando accede a una situación de mayor vulnerabilidad, desde el punto de vista de la salud. Si el respectivo afiliado no puede seguir pagando el nuevo costo del plan, quedaría obligado a abandonar –junto a su grupo familiar– el sistema privado de salud para incorporarse, obligadamente, al equivalente público vulnerándose su derecho a elegir el sistema de salud al que desea acogerse, de acuerdo con lo que le asegura el numeral 9° del artículo 19 de la Constitución (cc. sexagesimosexto y sexagesimoséptimo);

2. Porque la existencia de reajustes periódicos del precio del plan de salud previsional sólo por el aumento de edad, independientemente de la iniquidad de su cuantía, por estar expresada en múltiplos del precio base, resulta inconciliable con el derecho a la seguridad social, garantizado en el numeral 18° del artículo 19 de la Ley Suprema, puesto que resulta incompatible con los propósitos que persiguen las instituciones de seguridad social –entre las que se encontraría el contrato de salud previsional– en el sentido de impedir que la desprotección frente a los estados de necesidad aumente en la misma medida en que aumentan los años de vida (cc. septuagesimoctavo y octagésimo);

17°. Que las circunstancias particulares que rodean la situación de don Patricio Bernardo Mackenna Gómez y de su grupo familiar, demuestran que el cotizante no goza de la libertad indispensable para trasladarse a otra institución de salud previsional. Con mayor razón, cuando, en razón de su edad, 65 años, y la de su cónyuge, 62 años, es posible sostener que se trata de un cotizante “cautivo”, en los términos definidos por el artículo 170, letra i), del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, de 2005, del Ministerio de Salud, esto es, de *“aquel cotizante cuya voluntad se ve seriamente afectada, por razones de edad, sexo o por la ocurrencia de antecedentes de salud, sea de él o de algunos de sus beneficiarios, y que le impida o restrinja, significativa o definitivamente, su posibilidad de contratar con otra Institución de Salud Previsional.”*;

18°. Que los razonamientos consignados precedentemente son suficientes, a juicio de esta juez previniente, para acoger el requerimiento de inaplicabilidad deducido por don Patricio Bernardo Mackenna Gómez, en forma congruente con la jurisprudencia previa del Tribunal Constitucional y sin brindarle efecto retroactivo a la sentencia recaída en el Rol N<sup>º</sup> 1.710, por prohibirlo expresamente la Carta Fundamental.

**Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán** concurre a lo resuelto, teniendo presentes las consideraciones ya expuestas en las prevenciones incluidas en las sentencias roles N<sup>os</sup> 1.540, 1.786, 1.777, 1.703, 1.712, 1.746, 1.747 y 1.748, en relación a la referencia contenida en la parte considerativa de la sentencia respecto de la jurisprudencia posterior a la inconstitucionalidad y, en particular, a la sentencia Rol N<sup>º</sup> 1.552.

**El Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney concurre al fallo con la siguiente prevención:**

1°. Que, dado el carácter de legislador negativo del Tribunal Constitucional, las sentencias que establecen la inconstitucionalidad de un precepto legal sólo producen efectos constitutivos *erga omnes* y *ex nunc* o *pro futuro* a partir de su publicación en el Diario Oficial, sin afectar situaciones consolidadas mediante contratos celebrados al amparo de la norma cuya

inconstitucionalidad se declara;

2°. Que el tema de los efectos de tales sentencias en el tiempo fue ampliamente debatido durante la reforma a la Constitución efectuada el año 2005, cuando se introdujo la facultad contenida en el actual artículo 93, N° 7, de la Constitución. En dicha ocasión, a sugerencia del Ministro Eugenio Valenzuela, se alcanzó consenso respecto a la necesidad de evitar incertidumbres del todo inconvenientes para el ordenamiento jurídico, especialmente en materia civil. Como consta en la historia fidedigna de dicha reforma, se estimó conveniente dejar expresa constancia en relación a que los fallos del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional un precepto legal producen efectos desde su publicación en el Diario Oficial y, en caso alguno, tienen efecto retroactivo (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Boletines N°s 2.526-07 y 2.534-07, p. 278);

3°. Que lo anterior fue reforzado por el veto enviado por el Ejecutivo, el cual estableció que *“no obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoga el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”*, no dejando lugar a dudas sobre los alcances exclusivamente prospectivos de tales sentencias;

4°. Que, al efecto, se tuvo en consideración el ejemplo de otros países, como Italia, donde impera el principio de irretroactividad de las sentencias de inconstitucionalidad, sin que se vea lesionada o menoscabada la supremacía constitucional;

5°. Que, en consecuencia, una declaración de inconstitucionalidad por parte de esta Magistratura no puede afectar los derechos legalmente constituidos ni las situaciones consolidadas mediante contratos celebrados con anterioridad, tal como lo sostiene la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes;

6°. Que, por tanto, los procesos judiciales que se suscitaron antes de la sentencia de este Tribunal que declaró inconstitucional parte del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, sobre la aplicación de los contratos de salud válidamente celebrados con antelación a esa fecha, deben ser resueltos conforme a las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la sentencia de inconstitucionalidad de esta Magistratura;

7°. Que, por ende, corresponde acoger el presente recurso de inaplicabilidad por las razones de fondo que esta Magistratura ha señalado en numerosas oportunidades, pues, efectivamente, la posible aplicación del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, actual artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005, en el caso en cuestión provocaría efectos contrarios a la Constitución.

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben y las prevenciones, sus respectivos autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N<sup>º</sup> 1.658-2010**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente Subrogante, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

**ROL N<sup>º</sup> 1.659-2010****REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER  
DE LA LEY N<sup>º</sup> 18.933, DEDUCIDO POR ALEJANDRO COBOS DÍAZ**

Santiago, siete de julio de dos mil diez.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

**1<sup>º</sup>.** Que, por resolución de 8 de abril de 2010 –a fojas 35–, esta Sala acogió a tramitación el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por Alejandro Cobos Díaz, respecto del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, en la causa sobre recurso de protección interpuesto en contra de la Isapre Colmena Golden Cross S.A. ante la Corte de Apelaciones de Santiago, que se encuentra actualmente pendiente bajo el Rol de ingreso N<sup>º</sup> 574-2010.

En la misma oportunidad se dispuso, entre otras medidas, la suspensión del aludido proceso judicial y, para pronunciarse sobre la admisibilidad del requerimiento, se confirió traslado por cinco días a la Isapre Colmena Golden Cross S.A., en su condición de parte en la misma gestión y se le requirió el envío de copia autorizada del contrato de salud suscrito con el requirente y de sus modificaciones, si las hubiere;

**2<sup>º</sup>.** Que, a fojas 50, la aludida Institución de Salud Previsional evacuó extemporáneamente el traslado conferido, solicitando que el requerimiento de inaplicabilidad deducido fuera declarado inadmisibile, por

cuanto, a su juicio, el precepto legal impugnado no resultaría decisivo para la resolución del asunto, toda vez que el contrato de salud suscrito con el requirente es de fecha 25 de abril de 2002, de modo tal que a la tabla de factores por edad y sexo que en él se contiene, no le resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, norma impugnada de inaplicabilidad. Lo anterior, en virtud de lo dispuesto en el inciso final del artículo 2° de la Ley N° 20.015. Por consiguiente, en este caso, no se satisfaría una de las exigencias que tanto la Constitución como la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura prevén para declarar admisible un requerimiento de esta naturaleza;

3°. Que, al primer otrosí de su presentación de fojas 50, la Isapre Colmena Golden Cross S.A. acompañó copia autorizada del contrato de salud suscrito con el requirente, denominado “Polo 1901”, que se encuentra firmado por las partes con fecha 25 de abril de 2002;

4°. Que, por resolución de 20 de mayo de 2010 –a fojas 82–, esta Magistratura tuvo por acompañado el contrato aludido, bajo apercibimiento legal y, además, confirió traslado al requirente, por el plazo de cinco días, para que se pronunciara acerca de la admisibilidad del requerimiento;

5°. Que el requirente no evacuó en tiempo y forma el traslado conferido ni hizo presentación alguna en que haya controvertido la fecha del contrato suscrito con la Isapre requerida;

6°. Que el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Ley Fundamental establece que es atribución de este Tribunal Constitucional “*resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.*”.

El inciso decimoprimero del mismo precepto fundamental señala: “*En el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.*”;

7°. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, que en su artículo 47 F establece que “*procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:*

1° *Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legítimo;*

2° *Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya*

*sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;*

3<sup>º</sup> *Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada;*

4<sup>º</sup> *Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal;*

5<sup>º</sup> *Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y*

6<sup>º</sup> *Cuando carezca de fundamento plausible.*

*Declarada la inadmisibilidad por resolución que deberá ser fundada, ésta será notificada a quien haya recurrido, al juez que conozca de la gestión judicial pendiente y a las demás partes que intervengan en ella, y el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.*

*La resolución que declare la admisibilidad o inadmisibilidad del requerimiento no será susceptible de recurso alguno.”;*

8<sup>º</sup>. Que, examinado el requerimiento, a efectos de pronunciarse sobre su admisibilidad, y atendido el mérito del proceso, esta Sala concluye que la acción constitucional deducida no cumple con la exigencia constitucional transcrita, según la cual “*la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto*” –en los términos reproducidos por la citada ley orgánica constitucional– en relación con aquél del que actualmente conoce la Corte de Apelaciones de Santiago y que se ha individualizado en el considerando primero de esta sentencia;

9<sup>º</sup>. Que lo expresado se funda en el siguiente razonamiento: la norma legal impugnada en autos corresponde al artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, disposición que fue incorporada a la referida legislación por el artículo 1<sup>º</sup>, N<sup>º</sup> 15, de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, y que, en su texto refundido, coordinado y sistematizado, aprobado por el Decreto con Fuerza de Ley N<sup>º</sup> 1, de 2005, del Ministerio de Salud, se refiere al artículo 199.

Ahora bien, por disposición expresa del inciso primero del artículo 2<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, la norma cuestionada en estos autos entró en vigencia en el mes de julio del año 2005 –fecha que coincide con la entrada en vigencia del Reglamento a que alude el mismo artículo–. En consecuencia, resulta evidente que el precepto legal impugnado no tendrá incidencia en la resolución del asunto *sub lite* pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago, ya que no es legislación aplicable al contrato de salud que vincula actualmente al actor y a la Isapre Colmena Golden Cross S.A., el cual, como ya se indicó, data del mes de abril del año 2002.

A mayor abundamiento, y en relación con lo dispuesto en el inciso final del mismo artículo 2<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, de los antecedentes que obran en autos se colige que el señor Alejandro Cobos Díaz –en su condición de afiliado– no ha aceptado un plan alternativo ofrecido previamente

te por la Isapre ni ha contratado un nuevo plan de salud, distinto del que lo ligaba con aquélla a la fecha de entrada en vigor del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, por lo que sólo cabe concluir que éste es un precepto que no podrá aplicarse en la decisión que habrá de adoptar la Corte de Apelaciones de Santiago al resolver el recurso de protección Rol N° 574-2010, y

**10°.** Que, habiéndose verificado que la acción interpuesta no satisface el requisito referido, este Tribunal deberá declararla inadmisibile,

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en los artículos 93, inciso primero, N° 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política de la República, y en el artículo 47 F y demás pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**QUE SE DECLARA INADMISIBLE** el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas uno.

Déjese sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 35.

Notifíquese por carta certificada al requirente y a la Isapre Colmena Golden Cross S.A.

Comuníquese por oficio a la Corte de Apelaciones de Santiago, que conoce de la gestión judicial pendiente.

Archívese.

**Rol N° 1.659-2010**

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Mario Fernández Baeza y Enrique Navarro Beltrán. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.



ROL N<sup>º</sup> 1.660-2010REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY  
N<sup>º</sup> 18.933, DEDUCIDO POR PAZ RODRÍGUEZ PÉREZ

Santiago, a cinco de mayo de dos mil diez.

Proveyendo al escrito de fojas 53, a lo principal, estese al mérito de lo que a continuación se resolverá; al primer otrosí, ténganse por acompañados los documentos, bajo apercibimiento legal, al segundo otrosí, téngase presente.

Proveyendo al oficio de fojas 79, a sus antecedentes.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1<sup>º</sup>. Que, con fecha 25 de marzo de 2010, Paz Rodríguez Pérez, por sí, ha requerido a esta Magistratura Constitucional para que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, respecto del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, en el marco del proceso de protección Rol N<sup>º</sup> 480-2010, en contra de Isapre Colmena Golden Cross S.A., en actual tramitación ante la Corte de Apelaciones de Santiago;

2<sup>º</sup>. Que, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, de la Constitución, es atribución de este Tribunal “*resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución*”.

A su turno, el inciso undécimo del mismo precepto fundamental señala: “*En el caso del número 6<sup>º</sup>, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*”;

3<sup>º</sup>. Que la tramitación del requerimiento de inaplicabilidad se ciñe a las normas contempladas en el Capítulo II, Títulos I y II, Párrafo 6<sup>º</sup>, de la Ley N<sup>º</sup> 17.997;

4<sup>º</sup>. Que el artículo 47 F de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, establece: “*Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:*

1° Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado;

2° Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;

3° Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada;

4° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal;

5° Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y

6° Cuando carezca de fundamento plausible.

*Declarada la inadmisibilidad por resolución que deberá ser fundada, ésta será notificada a quien haya recurrido, al juez que conozca de la gestión judicial pendiente y a las demás partes que intervengan en ella, y el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.*

*La resolución que declare la admisibilidad o inadmisibilidad del requerimiento no será susceptible de recurso alguno.”;*

5°. Que el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento de inaplicabilidad deducido en la Primera Sala de esta Magistratura, que con fecha 7 de abril admitió a trámite el requerimiento, solicitando a la requerida que acompañe copia autorizada del contrato de salud respectivo y de sus modificaciones, requiriendo además a la Corte de Apelaciones de Santiago el envío de las piezas principales del proceso en el que incide la presente acción;

6°. Que, de conformidad al mérito de lo antes expresado y atendido lo dispuesto en los artículos 47 A y siguientes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, la presente causa se encuentra en estado de resolver acerca de su admisibilidad;

7°. Que la norma legal impugnada en autos corresponde al artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, disposición que fue incorporada a la referida legislación por el artículo 1°, N° 15, de la Ley N° 20.015, y que, en su texto refundido, coordinado y sistematizado, aprobado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, corresponde al artículo 199. En este sentido, por disposición expresa del inciso primero del artículo 2° de la Ley N° 20.015, la norma cuestionada en estos autos entró en vigencia en el mes de julio del año 2005 –fecha que coincide con la entrada en vigencia del Reglamento a que alude el mismo artículo–. En consecuencia, resulta evidente que el precepto legal impugnado no tendrá incidencia en la resolución del asunto sub lite pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago, ya que no es legislación aplicable al contrato de salud que vincula actualmente a la

actora y a la Isapre requerida, el cual, acompañado a fojas 56, data del 15 de marzo de 2000;

8°. Que, a mayor abundamiento, el inciso final del mismo artículo de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, anteriormente citado, permite deducir que la tabla de factores incorporada a tal convención continúa en vigor a la fecha del requerimiento deducido en estos autos. En efecto, de los antecedentes tenidos a la vista se colige que la requirente –en su condición de afiliada– no ha aceptado un plan alternativo ofrecido previamente por la correspondiente Isapre, como tampoco ha contratado un nuevo plan de salud, distinto del que la ligaba con aquélla a la fecha de entrar a regir el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, por lo que sólo cabe concluir que éste es un precepto que no podrá aplicarse en la decisión que habrá de adoptarse en la gestión pendiente en la que incide el requerimiento;

9°. Que, examinado el requerimiento, a efectos de pronunciarse sobre su admisibilidad, y atendido el mérito de los antecedentes tenidos a la vista, esta Sala concluye que la acción constitucional deducida no cumple con la exigencia constitucional transcrita, según la cual *“la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto”* y, en los términos usados por la citada ley orgánica constitucional, la norma cuestionada en autos *“no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto”*;

10°. Que, habiéndose verificado que la acción no satisface el requisito referido, este Tribunal debe declararla inadmisibile.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6°, e inciso undécimo, de la Constitución, 47 A al 47 N y demás normas pertinentes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE DECLARA INADMISIBLE el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas uno.

Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento, oficiándose al efecto.

Proveyendo al escrito de fecha 23 de abril, estése al mérito de lo resuelto precedentemente.

Notifíquese por carta certificada a las partes y comuníquese por oficio al tribunal que conoce de la gestión judicial pendiente.

Archívese.

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake y Mario Fernández Baeza**, quienes estuvieron por declarar admisible el requerimiento, por estimar que éste satisface todos los requisitos que a esos efectos consideran la Carta Fundamental y la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura.

**Rol N° 1.660-2010**

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios y los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

**ROL N° 1.661-2010**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER  
DE LA LEY N° 18.933, DEDUCIDO  
POR MANUEL ARTURO SOTTOLICHIO URQUIZA**

**SENTENCIA DE FECHA 21 DE DICIEMBRE DE 2010,  
EN EL MISMO SENTIDO DE LA RECAÍDA EN ROL N° 1.658**

**ROL N° 1.662-2010**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO N° 199, DEL D.F.L.  
N° 1, DEL MINISTERIO DE SALUD, DE 2005,  
QUE CORRESPONDE AL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY N° 18.933,  
DEDUCIDO POR HELMUTH RICARDO VARGAS ROSA**

Santiago, veintiuno de septiembre de dos mil diez.

Proveyendo a fojas 64: a lo principal, téngase presente. Al primero otrosí, no ha lugar. Al segundo otrosí, por acompañados los documentos que indica bajo apercebimiento legal. Al tercero otrosí, téngase presente.

Proveyendo a fojas 75: téngase presente.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1°. Que por resolución de 27 de abril de 2010, esta Sala acogió a tramitación el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por el abogado Helmuth Ricardo Vargas Rosa, respecto del artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que corresponde al artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, en relación con el recurso de protección Rol N° 114-2010, interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de la Isapre CONSALUD S.A.

En la misma oportunidad se dispuso, entre otras medidas, la suspensión del aludido proceso judicial y, para pronunciarse sobre la admisibilidad del requerimiento, se confirmó traslado por cinco días a la Isapre CONSALUD S.A., en su condición de parte en la misma gestión y se requirió el envío de copia autorizada del contrato de salud suscrito con la requirente y de sus modificaciones, si las hubiere;

2°. Que la Isapre aludida no evacuó el traslado conferido en tiempo y forma. Sin embargo, en presentación de fecha 3 de junio de 2010 acompañó copia del contrato de salud suscrito con el actor, el cual es de fecha 17 de enero de 2005.

3°. Que el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Constitución Política establece que es atribución de este Tribunal Constitucional *“resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”*

El inciso decimoprimer del mismo precepto de la Carta Fundamental señala que *“en el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.”*;

4°. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra contenido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que en su artículo 84 establece:

*“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:*

1° Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado;

2° Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;

3° Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada;

4° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal;

5° Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y

6° Cuando carezca de fundamento plausible.

Declarada la inadmisibilidad por resolución que deberá ser fundada, ésta será notificada a quien haya recurrido, al juez que conozca de la gestión judicial pendiente y a las demás partes que intervengan en ella, y el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.

La resolución que declare la admisibilidad o inadmisibilidad del requerimiento no será susceptible de recurso alguno.”;

5°. Que, examinado el requerimiento, a efectos de pronunciarse sobre su admisibilidad, y atendido el mérito del proceso, esta Sala concluye que la acción constitucional deducida no cumple con las exigencias constitucionales y legales transcritas, toda vez “que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto” en que ésta incide;

6°. Que, en efecto, la requirente impugna el artículo 38 ter de la Ley Nº 18.933, disposición que fue incorporada a la referida legislación por el artículo 1°, Nº 15, de la Ley Nº 20.015, y que, en su texto refundido, coordinado y sistematizado, aprobado por el Decreto con Fuerza de Ley Nº 1, de 2005, del Ministerio de Salud, corresponde al artículo 199.

En relación a esta norma objetada, debe tenerse en consideración que, por disposición expresa del inciso primero del artículo 2° de la Ley Nº 20.015, ella entró en vigencia en el mes de julio del año 2005 –fecha que coincide con la entrada en vigencia del Reglamento a que alude el mismo artículo y que, como se señaló en el considerando segundo de esta sentencia, el requirente y la Isapre CONSALUD S.A. suscribieron el contrato de salud que los vincula con fecha 17 de enero del año 2005, no existiendo constancia alguna de una modificación posterior del mismo.

En consecuencia, resulta evidente que el precepto legal impugnado no tendrá incidencia en la resolución del asunto *sub lite* pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago, toda vez que no es legislación aplicable al contrato de salud que vincula actualmente al actor y a la Isapre requerida;

7°. Que, habiéndose verificado que la acción interpuesta no satisface los requisitos referidos, este Tribunal deberá declararla inadmisibile.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6º, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política de la República, y en el artículo 84, inciso primero, N<sup>º</sup> 5º, y demás pertinentes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**QUE SE DECLARA INADMISIBLE** el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas uno. Téngaselo por no presentado para todos los efectos legales.

Déjese sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 55.

Notifíquese por carta certificada a la parte requirente y a la Isapre CONSALUD S.A.

Comuníquese por oficio a la Corte de Apelaciones de Santiago, que conoce de la gestión judicial pendiente.

Archívese.

**Rol N<sup>º</sup> 1.662-2010**

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y por los Ministros señora Marisol Peña Torres y señores José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

**ROL Nº 1.663-2010**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, 38 TER  
DE LA LEY Nº 18.933, 2º DE LA LEY Nº 20.015 Y 199 DEL D.F.L.  
Nº 1 DEL MINISTERIO DE SALUD, DE 2005,  
DEDUCIDO POR TELMA TERESA VALENCIA DÍAZ**

Santiago, a doce de mayo de dos mil diez.

Resolviendo a la solicitud de fojas 49, a lo principal y al otrosí, atendiendo el mérito de lo resuelto a fojas 46 y lo establecido en los artículos 32 A, inciso sexto, y 47 D de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura, no ha lugar por extemporáneo, teniéndose por no presentado el requerimiento para todos los efectos legales.

Proveyendo a las solicitudes de fojas 51 y 52, estése a lo resuelto precedentemente.

Archívese

**Rol Nº 1.663-2010**

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente Subrogante, Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake, y los Ministros señor Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señor Enrique Navarro Beltrán. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.



ROL N<sup>o</sup> 1.664-2010REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 480,  
INCISO FINAL, DEL CÓDIGO DEL TRABAJO,  
DEDUCIDO POR ISBAN CHILE S.A.

Santiago, veintiocho de abril de dos mil diez.

**Proveyendo el escrito del señor Enrique Munita Luco, en representación de la sociedad requirente, de 12 de abril del año en curso –fojas 45–: téngase por acompañado el certificado que indica, bajo apercibimiento legal.**

## VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que, con fecha 29 de marzo de 2010, el señor Pablo Enrique Vispo, en representación de Isban Chile S.A., ha requerido a esta Magistratura Constitucional para que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso final del artículo 480 del Código del Trabajo, en la causa laboral caratulada “Abrego Abrego, Norma Claudia y otros con Slings Ingeniería y Gestión Limitada y otros”, Rol de ingreso de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago N<sup>o</sup> 346-2010 (reforma laboral), proveniente del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, causa RIT O-916-2009;

2°. Que, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N<sup>o</sup> 6°, de la Constitución, es atribución de este Tribunal “*resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución*”.

A su turno, el inciso undécimo del mismo precepto fundamental señala: “*En el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*”;

3°. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N<sup>o</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, la cual razona en el sentido de que el pronunciamiento sobre la admisibilidad de un requerimiento de esta

naturaleza establecido por la Ley Fundamental exige, previamente, resolver sobre la admisión a trámite del requerimiento. Así, el inciso primero del artículo 47 D de dicho texto legal establece que: *“Para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 47 A y 47 B. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales”*.

Por su parte, los artículos 47 A y 47 B de la legislación aludida establecen: *“Artículo 47 A. En el caso del número 6° del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.*

*Si la cuestión es promovida por una parte ejerciendo la acción de inaplicabilidad, se deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.*

*Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.*

*El tribunal deberá dejar constancia en el expediente de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes del proceso”*.

*“Artículo 47 B. El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas”*.

Luego, su artículo 47 F dispone: *“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:*

*1° Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado;*

*2° Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;*

*3° Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada;*

*4° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal;*

*5° Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y*

6° Cuando carezca de fundamento plausible.

*Declarada la inadmisibilidad por resolución que deberá ser fundada, ésta será notificada a quien haya recurrido, al juez que conozca de la gestión judicial pendiente y a las demás partes que intervengan en ella, y el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.*

*La resolución que declare la admisibilidad o inadmisibilidad del requerimiento no será susceptible de recurso alguno.”;*

4°. Que el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento de inaplicabilidad deducido en la Primera Sala de esta Magistratura;

5°. Que, mediante resolución de 7 de abril del año en curso –fojas 43–, para decidir sobre la admisión a trámite del requerimiento deducido, este Tribunal despachó resolución que requirió a la actora para que acompañe una certificación que sirva para acreditar el estado actual de tramitación de la gestión pendiente invocada en el respectivo libelo y copia autorizada de las presentaciones que le dieron origen;

6°. Que consta en autos que a fojas 45 la requirente ha cumplido sólo en parte lo ordenado en autos;

7°. Que, en efecto, la sociedad requirente acompañó certificado emitido por el señor Secretario de la Il<sup>ta</sup>. Corte de Apelaciones de Santiago, de 9 de abril de 2010, en el cual se indica, entre otros, que, con fecha 19 de marzo de 2010, la Primera Sala de ese tribunal declaró inadmisibles los recursos de nulidad interpuestos por las defensas de las demandadas en el respectivo proceso, en contra de la sentencia de 20 de enero del mismo año, dictada en primera instancia por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Se indica asimismo que, con fecha 29 de marzo de 2010, se rechazó el recurso de reposición que esas mismas partes interpusieron en contra de la aludida declaración de inadmisibilidad y al final del documento se señala que: *“A esta fecha, el proceso indicado se encuentra con gestiones pendientes, toda vez que la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, con fecha 29 de marzo de 2010, en virtud del Recurso de Queja deducido por la parte de Isban Chile S.A., resolvió pedir informe a los jueces recurridos; la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 01 de abril de 2010, ordenó se remitiera el requerimiento a los señores Ministros recurridos a fin de que se sirvan informar lo que corresponda”;*

8°. Que también consta en autos que la actora no acompañó, como le fuera requerido por el Tribunal, copia autorizada de las presentaciones que dieron origen a la gestión judicial pendiente en la que incide la acción de inaplicabilidad que se somete al conocimiento y resolución de esta Magistratura Constitucional;

9°. Que, como se ha señalado, la norma impugnada en este caso es el inciso final del artículo 480 del Código del Trabajo, que es del siguiente tenor: *“Ingresado el recurso al tribunal ad quem (se refiere al recurso de nuli-*

dad previsto en los artículos 477 y ss. del referido Código), *éste se pronunciará en cuenta acerca de su admisibilidad, declarándolo inadmisibile si no concurren los requisitos del inciso primero del artículo 479, careciere de fundamentos de hecho o de derecho o de peticiones concretas, o, en los casos que corresponda, el recurso no se hubiere preparado oportunamente*”;

**10°.** Que si bien el examen de la acción constitucional interpuesta permite concluir que ésta cumple con los requisitos establecidos en los artículos 47 A y 47 B, ambos de la mencionada ley orgánica constitucional, para ser admitida a tramitación, también conduce a que se declare su inadmisibilidad, toda vez que no satisface todas las exigencias previstas en el inciso undécimo del artículo 93 de la Constitución, en relación con lo establecido en el artículo 47 F de la Ley N° 17.997;

**11°.** Que, en efecto, para resolver sobre la admisibilidad del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad el Tribunal debe verificar, entre otras exigencias, que la norma legal impugnada en el requerimiento pueda tener incidencia decisiva en la resolución de la gestión judicial pendiente en la que incide la acción –en este caso en un recurso de queja pendiente ante la Corte Suprema– y que el libelo contenga una impugnación razonablemente fundada, para lo cual resulta imprescindible examinar los antecedentes que permitan identificar la materia sobre la que versa la aludida gestión;

**12°.** Que la falta de los referidos antecedentes en estos autos, a pesar de haberse requerido a la actora para que los acompañara, lleva necesariamente a esta Magistratura a verificar el incumplimiento de las exigencias de admisibilidad citadas en el considerando anterior, lo cual constituye suficiente fundamento para declarar la inadmisibilidad de la acción deducida.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en los artículos 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, de la Constitución, 47 A al 47 N y demás normas pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE DECLARA INADMISIBLE** el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas uno.

**Proveyendo los otrosíes segundo y tercero de la presentación de fojas uno,** estése a lo resuelto precedentemente.

Notifíquese por carta certificada a la requirente y a las partes de la gestión judicial, que se individualizan en los certificados que rolan a fojas 30 y 46, y comuníquese por oficio a la Corte de Apelaciones de Santiago. Archívese.

**Rol N° 1.664-2010**

Se certifica que el Ministro señor Marcelo Venegas Palacios (Presidente) concurrió al acuerdo, pero no firma por encontrarse haciendo uso de feriado legal.

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

### ROL N<sup>º</sup> 1.665-2010

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 480, INCISO FINAL,  
DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, DEDUCIDO POR ISBAN CHILE S.A.

RESOLUCIÓN DE INADMISIBILIDAD DE FECHA 28 DE ABRIL  
DE 2010, EN EL MISMO SENTIDO QUE LA RECAÍDA  
EN EL ROL N<sup>º</sup> 1.664

### ROL N<sup>º</sup> 1.666-2010

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL INCISO FINAL  
DEL ARTÍCULO 480 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO

RESOLUCIÓN DE INADMISIBILIDAD DE FECHA 28  
DE ABRIL DE 2010, EN EL MISMO SENTIDO QUE LA RECAÍDA  
EN EL ROL N<sup>º</sup> 1.664

ROL Nº 1.667-2010

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 480, INCISO FINAL,  
DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, DEDUCIDO POR ISBAN CHILE, S.A.

RESOLUCIÓN DE INADMISIBILIDAD DE FECHA 28  
DE ABRIL DE 2010, EN EL MISMO SENTIDO QUE LA RECAÍDA  
EN EL ROL Nº 1.664

ROL Nº 1.668-2010

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO 38  
TER DE LA LEY Nº 18.933 Y ARTÍCULO 2º DE LA LEY Nº 20.015,  
DEDUCIDO POR MACELO JAVIER SEGURA UAUY

Santiago, nueve de junio de dos mil diez.

Proveyendo a fojas 25, estése al mérito de autos. A fojas 26, a lo principal, téngase presente; al primer otrosí, téngase por acompañado el documento, y al segundo otrosí, téngase presente. Y a fojas 29, téngase por acompañado el documento y por cumplido lo ordenado.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

**1º.** Que, por resolución de 20 de abril de 2010 –fojas 17–, esta Sala acogió a tramitación el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que ha deducido el señor Marcelo Segura Uauy “*respecto del artículo 38, (en la parte a que alude a la tabla de factor etéreo) de la Ley Nº 18.933, vigente con anterioridad a la Ley 20.015 (conocida también como Ley de Isapres); 38 ter de la misma ley antes citada, incorporado por el artículo 1º Nº 15º de la Ley 20.015; el artículo 2º de la misma Ley 20.015 (...); y el artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 1º del Ministerio de Salud promulgado con fecha 23 de Septiembre de 2005 (...)*”, en la causa sobre reclamo interpuesto ante la Superintendencia de Salud (Tribunal Arbitral), en contra de la Isapre Banmédica S.A., que se encuentra actualmente pendiente bajo el Rol de

ingreso N<sup>º</sup> 843-2010.

En la misma oportunidad, se dispuso, entre otras medidas, la suspensión del aludido proceso judicial y, para pronunciarse sobre la admisibilidad del requerimiento, se confirió traslado por cinco días a la Isapre Banmédica S.A., en su condición de parte en la misma gestión y se le requirió el envío de copia autorizada del contrato de salud suscrito con el requirente y de sus modificaciones, si las hubiere;

2°. Que la Isapre aludida no evacuó el traslado conferido en tiempo y forma, sin perjuicio de lo cual acompañó –a fojas 29– copia autorizada del contrato de salud suscrito con el requirente –señor Segura Uauy–, el cual se encuentra firmado en Santiago el día 5 de abril del año 2001 y corresponde al plan denominado “Cordillera 34”. De esta forma, la Isapre requerida dio cumplimiento a lo ordenado por esta Magistratura en el punto resolutivo 3° de la resolución de fojas 17, constando en autos que el contrato acompañado en copia autorizada que se acaba de individualizar, corresponde al mismo documento que el requirente acompañó en copia simple al primer otrosí de fojas 1, sin que el actor ni la Isapre hayan indicado que este contrato haya sido objeto de modificaciones posteriores. Lo anterior se confirma asimismo, toda vez que la carta de adecuación del precio del plan remitida por la Isapre al Sr. Segura Uauy, de fecha 19 de noviembre de 2009, y cuya copia simple también fue acompañada por el actor al primer otrosí de fojas 1, se refiere al mismo plan “Cordillera 34”;

3°. Que el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6°, de la Constitución Política establece que es atribución de este Tribunal Constitucional “*resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.*”.

El inciso decimoprimer del mismo precepto de la Carta Fundamental señala que “*en el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.*”;

4°. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, que en su artículo 47 F establece:

*“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:*

1° *Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legítimado;*

2° Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;

3° Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada;

4° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal;

5° Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y

6° Cuando carezca de fundamento plausible.

Declarada la inadmisibilidad por resolución que deberá ser fundada, ésta será notificada a quien haya recurrido, al juez que conozca de la gestión judicial pendiente y a las demás partes que intervengan en ella, y el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.

La resolución que declare la admisibilidad o inadmisibilidad del requerimiento no será susceptible de recurso alguno.”;

5°. Que, examinado el requerimiento, a efectos de pronunciarse sobre su admisibilidad, y atendido el mérito del proceso, esta Sala concluye que la acción constitucional deducida no cumple con las exigencias constitucionales y legales transcritas, toda vez que –conforme se indicará– no se configura el requisito contenido en el inciso decimoprimer del artículo 93 de la Constitución Política, en orden a que “*la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto*”, en relación con el del que actualmente conoce el Tribunal Arbitral de la Superintendencia de Salud, gestión que se ha individualizado en el considerando primero de esta sentencia, ni tampoco se cumple con el requisito contenido en la misma disposición constitucional, consistente en que “*la impugnación esté fundada razonablemente*”;

6°. Que lo expresado en el considerando precedente se funda en los siguientes razonamientos: Respecto del artículo 38 de la Ley N° 18.933, primera norma impugnada, el requirente la cuestiona “*en la parte a que alude a la tabla de factor etéreo*” y lo hace, además, respecto de su texto “*vigente con anterioridad a la Ley 20.015*”, ley esta última que, precisamente, modificó la Ley N° 18.933, sobre Instituciones de Salud Previsional y que fue publicada en el Diario Oficial el 17 de mayo de 2005.

De este modo, el actor solicita la inaplicabilidad de un precepto que actualmente carece de rango legal, pues no se encuentra vigente –ni lo estaba a la época en que interpuso su reclamo ante la Superintendencia de Salud (15 de enero de 2010) ni al momento en que requirió de inaplicabilidad (30 de marzo de 2010)–, requisito que esta Magistratura en reiteradas oportunidades ha estimado como indispensable para que prospere una acción de inaplicabilidad, sosteniendo que es improcedente



esta acción respecto de preceptos legales que han sido derogados o modificados (entre otros, roles N<sup>os</sup> 1.386-2009, 1136-2008), siendo lo anterior suficiente para estimar inadmisibles la acción deducida en esta parte;

7°. Que, en segundo lugar, el requirente impugna el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, disposición que fue incorporada a la referida legislación por el artículo 1º, N<sup>º</sup> 15, de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, y que, en su texto refundido, coordinado y sistematizado, aprobado por el Decreto con Fuerza de Ley N<sup>º</sup> 1, de 2005, del Ministerio de Salud, corresponde al artículo 199.

En relación a esta norma impugnada, debe tenerse en consideración que, por disposición expresa del inciso primero del artículo 2º de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, ella entró en vigencia en el mes de julio del año 2005 –fecha que coincide con la entrada en vigencia del Reglamento a que alude el mismo artículo– y que, como se señaló en el considerando segundo de esta sentencia, consta en autos que el requirente –señor Segura Uauy– y la Isapre Banmédica S.A. suscribieron el contrato de salud que los liga con fecha 5 de abril del año 2001.

En consecuencia, resulta evidente que el precepto legal impugnado no tendrá incidencia en la resolución del asunto sub lite pendiente ante el Tribunal Arbitral de la Superintendencia de Salud, toda vez que no es legislación aplicable al contrato de salud que vincula actualmente al actor y a la Isapre requerida.

A mayor abundamiento, y en relación con lo dispuesto en el inciso final del mismo artículo 2º de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, de los antecedentes que obran en autos se colige que el señor Segura Uauy –en su condición de afiliado– no ha aceptado un plan alternativo ofrecido por la Isapre ni ha contratado un nuevo plan de salud, con posterioridad al año 2001, esto es, después de la fecha de entrada en vigor del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 (artículo 199 del D.F.L N<sup>º</sup> 1, de 2005, del Ministerio de Salud), por lo que sólo cabe concluir que éste es un precepto que no podrá aplicarse en la decisión que habrá de adoptar el Tribunal que conoce de la gestión en que incide el presente requerimiento;

8°. Que, por último, el actor cuestiona la constitucionalidad del artículo 2º de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, precepto legal que regula la entrada en vigencia de esta ley y su forma de aplicación a los contratos de salud previsional que se celebren con posterioridad a ello, sin perjuicio de que en su inciso final, hace también aplicable sus disposiciones en el evento de que el afiliado –con posterioridad a su entrada en vigencia– optare por aceptar un plan alternativo o contratarse un nuevo plan, cuestión que, como se ha indicado en esta sentencia, no aconteció respecto del señor Segura Uauy.

En relación a esta norma, además, el actor no ha indicado cómo su aplicación concreta a la gestión pendiente que se sigue ante el Tribunal Arbitral de la Superintendencia de Salud, podría generar un efecto con-

trario a la Constitución, de forma tal que en esta parte la acción deducida carece de fundamento plausible;

**9°.** Que, habiéndose verificado que la acción interpuesta no satisface los requisitos referidos, este Tribunal deberá declararla inadmisibile.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en los artículos 93, inciso primero, N° 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política de la República, y en el artículo 47 F, inciso primero, números 4°, 5° y 6°, y demás pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**QUE SE DECLARA INADMISIBLE** el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas uno. Téngase por no presentado para todos los efectos legales.

Déjese sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 17.

Notifíquese por carta certificada al requirente y a la Isapre Banmédica S.A.

Comuníquese por oficio al Tribunal Arbitral de la Superintendencia de Salud, que conoce de la gestión judicial pendiente.

Archívese.

**Rol N° 1.668-2010**

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor José Luis Cea Egaña, y por los Ministros señor Raúl Bertelsen Repetto, señora Marisol Peña Torres y señores Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney. Autoriza la Secretaria del Tribunal, señora Marta de la Fuente Olguín.

ROL N<sup>º</sup> 1.669-2010REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 5, C),  
Y 12 DEL D.F.L. N<sup>º</sup> 1, DE 2006, DEL MINISTERIO DEL INTERIOR,  
15, 124 Y 221 DEL D.F.L. N<sup>º</sup> 4/20.018, DE 2006, DEL MINISTERIO  
DE ECONOMÍA FOMENTO Y RECONSTRUCCIÓN,  
DEDUCIDO POR ENERGÍA LIMARÍ S.A.

Santiago, quince de marzo de dos mil doce.

**VISTOS:**

A fojas 1, la empresa Energía del Limarí S.A., cuyo nombre de fantasía es “ENELSA”, dedicada al servicio público de distribución de energía eléctrica, domiciliada en la comuna de Ovalle, ha deducido ante este Tribunal Constitucional acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 5<sup>º</sup>, letra c), y 12 del Decreto con Fuerza de Ley N<sup>º</sup> 1/2006 del Ministerio del Interior, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N<sup>º</sup> 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, y de los artículos 15, 124, inciso primero, y 221 del Decreto con Fuerza de Ley N<sup>º</sup> 4/20.018, de 2006, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N<sup>º</sup> 1, de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en la causa sobre reclamo de ilegalidad municipal, caratulada “Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle”, actualmente en recurso de casación en el fondo ante la Excma. Corte Suprema de Justicia, Rol N<sup>º</sup> 5.678-2008, con procedimiento suspendido por resolución de este Tribunal de fecha 6 de abril de 2010.

En los antecedentes de la referida gestión se señala que el recurso de casación se dirigió contra una sentencia, de 18 de agosto de 2008, de la I. Corte de Apelaciones de La Serena, que rechazó un reclamo de ilegalidad incoado contra la citada Ordenanza.

En cuanto al conflicto constitucional que se somete a conocimiento y resolución de esta Magistratura, la actora señala que las partes de las normas estimadas inconstitucionales y que, en definitiva, solicita inaplicar al caso concreto, son las siguientes:

Artículo 5<sup>º</sup> de la Ley 18.695: *“Para el cumplimiento de sus funciones las municipalidades tendrán las siguientes atribuciones esenciales: .... c) Administrar los bienes municipales y nacionales de uso público, incluido su subsuelo, existentes en la comuna, salvo que, en atención a su naturaleza o fines y de conformidad a la ley, la administración de estos últimos corresponda a otros órganos de la administración del Estado.*

*En ejercicio de esta atribución, les corresponderá, previo informe del Consejo comunal de organizaciones de la sociedad civil, asignar y cambiar la denominación de tales bienes. Asimismo, con el acuerdo de los dos tercios de los concejales en ejercicio, podrá hacer uso de esta atribución respecto de poblaciones, barrios y conjuntos habitacionales, en el territorio bajo su administración.*

*Las municipalidades podrán autorizar, por un plazo de cinco años, el cierre o medidas de control de acceso a calles y pasajes, o a conjuntos habitacionales urbanos o rurales con una misma vía de acceso y salida, con el objeto de garantizar la seguridad de los vecinos. Dicha autorización requerirá el acuerdo del concejo respectivo. El plazo se entenderá prorrogado automáticamente por igual período, salvo resolución fundada en contrario de la municipalidad con acuerdo del concejo.”*

Artículo 12 de la Ley N<sup>o</sup> 18.695: *“Las resoluciones que adopten las municipalidades se denominarán ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldicios o instrucciones.*

*Las ordenanzas serán normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad. En ellas podrán establecerse multas para los infractores, cuyo monto no excederá de cinco unidades tributarias mensuales, las que serán aplicadas por los juzgados de policía local correspondientes.”*

Artículo 15 de la Ley General de Servicios Eléctricos: *“Las concesiones se otorgarán sin perjuicio del derecho de tercero legalmente establecido con permiso o concesión, y en lo que ellas no prevean, estarán sometidas a las leyes, reglamentos y ordenanzas vigentes o que se dicten en el futuro sobre la materia.”*

Artículo 124 de la Ley General de Servicios Eléctricos: *“Dentro del territorio en que el concesionario haga servicio público, en las calles o zonas que fijen los alcaldes, éstos podrán decretar, oídos los concesionarios, que canalicen subterráneamente sus líneas de distribución existentes de energía eléctrica.”*

Artículo 221 de la Ley General de Servicios Eléctricos: *“Los concesionarios podrán abrir, de acuerdo a la reglamentación de las municipalidades, los pavimentos de calzadas y aceras de las vías públicas para la ejecución de los trabajos propios al aprovechamiento de cualesquiera de las concesiones a que se refiere esta ley o a la explotación de sus servicios.”*

Agrega el requerimiento que las normas constitucionales estimadas infringidas son los artículos 3<sup>o</sup>, 5<sup>o</sup>, 6<sup>o</sup>, 19, N<sup>os</sup> 2<sup>o</sup>, 21<sup>o</sup>, 22<sup>o</sup>, 24<sup>o</sup> y 26<sup>o</sup>, y 118 de la Constitución Política.

Añade, enseguida, que desde 1996 la requirente es concesionaria de servicio público de distribución de electricidad en la comuna de Ovalle, derechos que adquirió a su antecesora –la “Cooperativa Eléctrica Limarí Limitada”– mediante operación perfeccionada el 26 de octubre de 2006; que a fines de 2007 la Municipalidad de Ovalle dictó la “Ordenanza de tendido de corrientes débiles y fuerza”, contra la que la empresa requirente, el 17 de marzo de 2008, reclamó de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de La Serena, acción que fue rechazada.

Argumenta la requirente que, el 4 de septiembre de 2008, presentó recurso de casación en el fondo contra la aludida sentencia, por estimar

que la Corte de Apelaciones, al dictarla, se ha apartado de la recta interpretación de las normas que, en este requerimiento, se estiman inconstitucionales.

La actora manifiesta que esta Ordenanza establece una intensa reglamentación de las instalaciones de líneas de servicio público de distribución eléctrica, con variadas restricciones, entre ellas: sectoriza el tendido aéreo y subterráneo, prohíbe las instalaciones que ocupen el espacio aéreo sobre bienes nacionales de uso público, exige a las concesionarias la autorización previa –al respectivo emplazamiento– de la Dirección de Obras Municipales, impone a las concesionarias el costo de las canalizaciones subterráneas, impone el pago de derechos por la utilización de multiductos, obliga a reemplazar postes de madera por postes de características aprobadas por la Dirección de Obras, ordena mantener identificados los cables aéreos con una etiqueta que indique el nombre de la empresa, ordena identificar todas las tapas de las cámaras de las empresas propietarias de líneas distribuidoras de energía eléctrica, impide incorporar nuevos postes y elementos destinados al refuerzo de éstos, somete a la aprobación municipal previa los proyectos de canalización subterránea, reglamenta un procedimiento para la canalización subterránea obligatoria de las líneas eléctricas, establece la posibilidad del retiro y decomiso de postes de tendidos eléctricos, establece que la fiscalización del cumplimiento de la ordenanza recaiga en inspectores municipales y Carabineros de Chile y entrega competencia a los Juzgados de Policía Local para conocer y sancionar eventuales infracciones a su preceptiva.

Luego, el requerimiento señala –respecto de los preceptos impugnados– que el artículo 5<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 18.695, en aquella parte que establece que “para el cumplimiento de sus funciones las municipalidades tendrán las siguientes atribuciones esenciales: c) administrar los bienes nacionales de uso público, incluido su subsuelo, existentes en la comuna”, resulta inconstitucional, interpretado en el sentido de que la administración de los bienes nacionales de uso público, por parte de las municipalidades, comprende la potestad para determinar de manera inicial y libre la forma en que los concesionarios de servicios eléctricos deben ejercer su derecho a ocupar los bienes nacionales de uso público para tender líneas aéreas y subterráneas destinadas a la distribución de energía eléctrica en la zona de concesión.

Agrega que el artículo 12 de la misma Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades es inconstitucional en aquella parte que consagra que “*las ordenanzas serán normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad*”, en tanto es interpretada en el sentido de que por medio de una ordenanza es posible establecer y limitar de manera inicial y libre la forma en que los concesionarios de servicios eléctricos deben ejercer su derecho a ocupar los bienes nacionales de uso público para tender líneas aéreas y

subterráneas destinadas a la distribución de energía eléctrica en la zona de concesión, imponiendo sanciones por el incumplimiento de la misma.

Argumenta que el artículo 15 de la Ley General de Servicios Eléctricos, por su parte, es inconstitucional en la parte que señala que las concesiones estarán sometidas a las ordenanzas vigentes o que se dicten en el futuro sobre la materia, en el sentido de que atribuye a las municipalidades una potestad normativa inicial y de ejercicio libre para intervenir en el sector de los servicios eléctricos, facultándolas para limitar y restringir por medio de una ordenanza –sin contrapartida legal ni reglamentaria– el ejercicio de los derechos de los concesionarios para ocupar los bienes nacionales de uso público mediante el tendido de líneas eléctricas, tanto aéreas como subterráneas, destinadas a la distribución de energía eléctrica en la zona de la concesión.

Respecto del artículo 124, inciso primero, de la Ley General de Servicios Eléctricos, éste es, a su juicio, inconstitucional en la parte que expresa que *“dentro del territorio en que el concesionario haga servicio público, en las calles o zonas que fijen los alcaldes, éstos podrán decretar, oídos los concesionarios, que canalicen subterráneamente sus líneas de distribución existentes de energía eléctrica”*, en cuanto atribuye al alcalde la facultad de hacer soterrar las líneas de distribución de energía existentes, y, también, en aquella interpretación de la norma que hace extensiva la hipótesis legal a proyectos futuros de tendidos eléctricos, atribuyéndole la potestad para reglar de manera inicial y libre el emplazamiento de las instalaciones eléctricas mediante el establecimiento de *“zonas de canalización subterránea”* a través de ordenanzas.

Agrega que el artículo 221 de la aludida Ley General de Servicios Eléctricos resulta asimismo inconstitucional en cuanto dispone que *“los concesionarios podrán abrir, de acuerdo a la reglamentación de las municipalidades, los pavimentos de calzadas y aceras de las vías públicas para la ejecución de los trabajos propios al aprovechamiento de cualesquiera de las concesiones a que se refiere esta ley o a la explotación de sus servicios”*, en el sentido de que permite interpretar que las municipalidades tienen la potestad normativa inicial y de ejercicio libre para intervenir en el sector de los servicios eléctricos, facultándolas para limitar y restringir, por medio de una ordenanza y más allá de lo permitido por las leyes, el ejercicio de los derechos que los concesionarios de servicios eléctricos detentan para la ocupación de los bienes nacionales de uso público mediante el tendido de líneas eléctricas tanto aéreas como subterráneas, destinadas a la distribución de energía eléctrica en la zona de concesión.

Continuando con su análisis, el requerimiento, respecto del artículo 3º, inciso primero, del Código Político, señala que esta norma supone la existencia de un poder normativo unitario que sea expresión de la soberanía nacional, conforme lo estatuye el artículo 5º de la propia Carta Fundamental.

Agrega que el artículo 6° de la Constitución se agravia si una Municipalidad puede, por medio de una ordenanza, regular aspectos no considerados por el legislador, lo que alteraría el ordenamiento legal e institucional, en lugar de someterse al mismo.

Continúa expresando que el impacto de la inconstitucionalidad de las normas impugnadas, al tenor de las infracciones ya señaladas al artículo 6° de la Constitución, queda más nítido respecto del artículo 3°, inciso segundo, de la Carta Fundamental, puesto que las municipalidades son órganos territorialmente descentralizados, lo que las somete a los mandatos del legislador y del poder reglamentario, quedando excluida la posibilidad de un actuar contra o extralegal.

En relación con ello, agrega el requerimiento, el artículo 118 de la Constitución señala que las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público; pero dicha autonomía es de gestión y en ningún caso habilita para la expedición de normativa específica que vaya más allá de lo dispuesto por la ley.

Los derechos fundamentales están afectados, dice el requerimiento, puesto que las normas impugnadas son contrarias al “principio de igualdad”, tanto en lo general como en materia económica, en cuanto permiten una interpretación que atribuye a las municipalidades una potestad normativa inicial y de ejercicio libre para intervenir en el sector de los servicios eléctricos para la implantación de las redes de distribución eléctrica, configurándose estatutos diversos que rigen localidades determinadas y a personas determinadas, sin que para ello exista justificación razonable ni esté debidamente fundada.

En relación al artículo 19, N° 21°, de la Carta Fundamental, añade que las normas impugnadas, en su conjunto y cada una de ellas, son contrarias a la “libertad de industria”; ésta se infringe porque autorizan a que una simple ordenanza municipal pueda limitar y restringir el ámbito de desarrollo de la libertad económica.

Argumenta que, así como se daña “la libertad de industria”, se vulnera el principio de resguardo “a la seguridad jurídica”, al afectarse la confianza que se tiene en la estabilidad, permanencia y generalidad de la norma reguladora de la actividad económica, pues –en concreto– “ENELSA” puede prestar servicios en condiciones distintas en comunas aledañas a Ovalle.

Por su parte, agrega el requerimiento, el artículo 124 de la Ley General de Servicios Eléctricos faculta al alcalde para hacer soterrar las líneas de distribución de energía eléctrica existentes en el territorio comunal, lo que contraviene el derecho de propiedad, toda vez que la norma impugnada permite una interpretación que hace extensiva la hipótesis legal a proyectos futuros de tendidos eléctricos, atribuyéndole la potestad para regular de manera inicial y libre el emplazamiento de las instalaciones eléc-

tricas mediante el establecimiento de “zonas de canalización subterránea” a través de una ordenanza, afectando el principio de confianza en la actuación del Estado.

Añade que hay un desconocimiento del derecho de propiedad al permitir que una autoridad administrativa local disponga –aun contra la voluntad del concesionario eléctrico– el soterramiento de líneas aéreas construidas, alterándose una situación jurídica consolidada al amparo de una concesión legalmente obtenida, sin que medie indemnización, pues “el aporte financiero reembolsable” de que trata la norma, no constituye indemnización. Además hay una afectación al “principio de confianza legítima”, al lesionarse los derechos adquiridos de la concesionaria eléctrica.

A fojas 42, la Segunda Sala de este Tribunal, por resolución de 6 de abril de 2010, admitió a tramitación el requerimiento y ordenó la suspensión del procedimiento de la gestión pendiente.

A fojas 219, con fecha 10 de diciembre de 2010, la misma Sala declaró admisible el requerimiento de autos y ordenó pasar la causa al Presidente del Tribunal para que dispusiese lo pertinente a su prosecución.

A fojas 227, el Presidente del Tribunal ordenó practicar las comunicaciones y notificaciones previstas en el artículo 86 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, sin que los órganos constitucionales interesados hicieran uso de su derecho a formular observaciones dentro del plazo legal.

A fojas 236, el 7 de febrero de 2011, se trajeron los autos en relación.

El 19 de mayo del mismo año se procedió a la vista de la causa, oyéndose la relación pública y el alegato del abogado defensor de los intereses de la requirente.

**CONSIDERANDO:**

I  
LA IMPUGNACIÓN

**PRIMERO.** Que la empresa Energía del Limarí S.A. (ENELSA) ha solicitado la inaplicabilidad de preceptos legales ubicados en dos cuerpos normativos.

Por una parte, ha solicitado la inaplicabilidad de los artículos 5°, letra c), y 12 de la Ley Orgánica de Municipalidades. El primero encarga a los municipios la administración de los bienes nacionales de uso público existentes en la comuna; el segundo regula las resoluciones que adoptan las municipalidades.

Por otra parte, impugna los artículos 15, 124 y 221 de la Ley General de Servicios Eléctricos. El primero somete a los concesionarios a las leyes, reglamentos y ordenanzas vigentes y que se dicten en el futuro sobre la



materia; el segundo faculta a los municipios para que puedan decretar, oídos los concesionarios, la canalización subterránea de líneas de distribución; el tercero, por su parte, faculta a los concesionarios para que, de acuerdo a la reglamentación de los municipios, puedan abrir pavimentos de calzadas y aceras de vías públicas;

**SEGUNDO.** Que la impugnación se realiza en el marco de un recurso de casación en el fondo radicado en la Corte Suprema, declarado admisible en diciembre de 2008, interpuesto contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, de 18 de agosto de 2008, que rechazó un reclamo de ilegalidad presentado por ENELSA contra la Ordenanza Municipal de la Municipalidad de Ovalle que regula la posibilidad de soterramiento de las redes de distribución de la compañía. Esta casación es la gestión pendiente con cuyo motivo se formula la presente inaplicabilidad;

**TERCERO.** Que la empresa alega que los artículos 5<sup>º</sup>, letra c), y 12 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades afectan la unidad del ordenamiento jurídico nacional, pues facultan a los municipios para, mediante ordenanzas, regular una actividad concesionada. Asimismo, sostiene que dicho reenvío a la norma administrativa afecta la reserva legal que consagra nuestra Carta Fundamental.

También, la empresa sostiene que afecta la igualdad ante la ley el que unos municipios obliguen a soterrar las redes a los concesionarios, y otros no. No se puede prestar el servicio público de distribución de diferente manera, según las reglas impartidas en cada comuna. Las ordenanzas no requieren el parecer de concesionarios ni de autoridades técnicas, afectándose de ese modo la debida coordinación entre todas ellas.

Finalmente, la recurrente afirma que lo establecido en los artículos 15, 124 y 221 de la Ley General de Servicios Eléctricos afecta su concesión legalmente obtenida, pues ésta es de uso libre, sin que pueda regularse, modificarse o condicionarse el establecimiento de redes de servicio público por parte de los municipios. El marco sectorial que regula el sector eléctrico no incluye a las ordenanzas municipales. Se altera, entonces, dicho régimen jurídico con una intervención municipal en estos asuntos. Por lo mismo, se vulnera el artículo 19, N<sup>OS</sup> 21<sup>º</sup> y 24<sup>º</sup>, de la Carta Fundamental;

## II

### DOS PRECISIONES PRELIMINARES

**CUARTO.** Que, antes de iniciar el análisis de dichas objeciones, es necesario puntualizar, en primer lugar, una serie de aspectos sobre los cuales el Tribunal no emitirá pronunciamiento.

Desde luego, esta Magistratura no emitirá pronunciamiento sobre si la ordenanza que se impugna en la gestión pendiente se ajusta o no al

ordenamiento jurídico. Eso debe decidirse en dicha sede. No obstante, haremos, más adelante, una breve referencia a su contenido, porque ayudará a clarificar la objeción de constitucionalidad que se formula.

Enseguida, tampoco este Tribunal emitirá pronunciamiento sobre un eventual conflicto de leyes que pudiera existir entre la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades y la Ley General de Servicios Eléctricos. Eso es algo ajeno a sus atribuciones.

Finalmente, este Tribunal no hará un análisis abstracto de la normativa impugnada, porque, como ya lo ha dejado establecido, su facultad para resolver una acción de inaplicabilidad es de control concreto. Expresamente, ha señalado que *“la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en un caso concreto y no necesariamente en su contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional”* (STC Rol N° 546). *“De este modo, la declaración de inaplicabilidad no significa que siempre la norma impugnada sea per se inconstitucional, sino que únicamente en el caso concreto dentro del cual se formula el respectivo requerimiento.”* (STC Rol N° 616). En otras palabras, *“en sede de inaplicabilidad, el Tribunal está llamado a determinar si la aplicación del precepto en la gestión específica resulta contraria a la Constitución”*. (STC Rol N° 480).

En este análisis abstracto incurre el requerimiento respecto de los artículos 15 y 221 de la Ley General de Servicios Eléctricos. La discusión de la gestión pendiente no es sobre la facultad general de los municipios para administrar bienes nacionales de uso público, sino sobre el soterramiento de las redes eléctricas de la requirente.

En tal sentido, esta Magistratura descarta, desde ya, la objeción que se hace respecto de estas normas;

**QUINTO.** Que la segunda precisión que es necesario efectuar es que las normas impugnadas en el requerimiento no son las únicas que tienen que ver con la materia. Así, la potestad normativa municipal no sólo está regulada en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Municipalidades, pues otras normas de la misma ley también se refieren a ella. Por ejemplo, el artículo 63, letra i), y el artículo 65, letra k). También, la administración de los bienes nacionales de uso público no se encuentra regulada únicamente en el artículo 5°, letra c), de la Ley Orgánica de Municipalidades. Así, el artículo 36 de la misma ley establece que éstos pueden ser objeto de concesiones y permisos; el artículo 63, letra f), entrega al alcalde su administración; el artículo 65, letra j), exige el acuerdo del concejo municipal para entregar concesiones.

Lo mismo sucede con las normas de la Ley General de Servicios Eléctricos, pues los artículos 15 y 221 no son los únicos que reglan la intervención de las municipalidades en los asuntos que abordan. Por ejemplo, el artículo 41, N°s 1 y 2, de la Ley de Rentas Municipales (D.L. N°

3063/1979) se refiere a la ocupación de vías públicas con escombros, materiales de construcción o con instalaciones o construcciones.

La única norma que no tiene un correlato en otras disposiciones es la del soterramiento (artículo 124);

### III ANTECEDENTES

**SEXTO.** Que, por otra parte, es necesario enmarcar adecuadamente la impugnación. Para ello, es relevante considerar los siguientes antecedentes;

a. El soterramiento.

**SÉPTIMO.** Que, en primer lugar, es necesario referirse al soterramiento de redes eléctricas.

Para esto, debemos partir por señalar que, para la Ley General de Servicios Eléctricos, las líneas subterráneas no son una anomalía. Por una parte, porque las concesiones de servicio público de distribución otorgan a su titular el derecho a usar bienes nacionales de uso público para tender líneas “*aéreas y subterráneas*” destinadas a la distribución (artículo 16). Por la otra, porque cuando se determina la zona mínima de concesión en el decreto de concesión definitiva, éste debe establecer su ámbito espacial. Este es una franja de 100 metros circundante a todas las líneas existentes de la empresa, sean aéreas o subterráneas (artículo 30, inciso segundo);

**OCTAVO.** Que, sin perjuicio de ello, la facultad legal que permite que los municipios obliguen a los concesionarios a que canalicen subterráneamente sus líneas de distribución, se encuentra establecida en el artículo 124 de la Ley General de Servicios Eléctricos. Dicho texto dispone lo siguiente:

*“Dentro del territorio en que el concesionario haga servicio público, en las calles o zonas que fijen los Alcaldes, éstos podrán decretar, oídos los concesionarios, que canalicen subterráneamente sus líneas de distribución existentes de energía eléctrica. En este caso el concesionario podrá exigir a la Municipalidad un aporte financiero reembolsable por el costo de las obras de la canalización subterránea, deducido el valor de los materiales de la línea aérea existente que se retire. El concesionario determinará los valores que correspondan, pero la Municipalidad podrá reclamar a la Superintendencia, quien efectuará en este caso una tasación definitiva. El cumplimiento del decreto alcaldicio de canalización subterránea, estará condicionado a la entrega del aporte financiero reembolsable, cuando corresponda, por parte de la Municipalidad.”;*

**NOVENO.** Que esta facultad se encontraba consagrada en la antigua Ley General de Servicios Eléctricos (D.F.L. N<sup>º</sup> 4, Interior, 1959, publica-

do en el Diario Oficial de 19 de diciembre de 1962). El artículo 122 de dicho cuerpo legal establecía:

*“Dentro del territorio urbano de las ciudades en que el concesionario haga servicio público, en las calles que se pavimenten con calzadas definitivas y en las zonas ya pavimentadas que fije periódicamente el Gobierno, éste podrá decretar, oídos los Alcaldes y los concesionarios, que estos últimos canalicen subterráneamente sus líneas de distribución de energía eléctrica o sus líneas telefónicas, telegráficas o cablegráficas, siempre que el presupuesto de dicha canalización no exceda del doble de las entradas que el concesionario hubiere percibido durante el último año por servicios conectados a la línea por canalizar. Si el presupuesto excediere la suma indicada, el concesionario sólo podrá ser obligado a mejorar sus líneas aéreas existentes de acuerdo con planos aprobados por la Dirección, a menos que la Municipalidad contribuya a la canalización con la suma en que el presupuesto exceda del doble de la entrada anual a que este mismo artículo se refiere.*

*Podrá, asimismo, el Gobierno ordenar la canalización de una línea, aun fuera de los casos citados, si ella ofreciere peligros y no se pudieren evitar por otros medios, sin grave inconveniente.”*

A su vez, este precepto tiene como antecedente el artículo 101 del D.F.L. N° 244/31, del Ministerio del Interior, que es el antecedente inmediato del D.F.L. N° 4 de 1959, de Interior.

Por lo mismo, la facultad de soterramiento existe en nuestro ordenamiento jurídico desde 1931. En el D.L. N° 252, de 1925, antecedente del D.F.L. N° 244/1931, dicha norma no se encontraba;

**DÉCIMO.** Que, si se contrasta la norma del D.F.L. N° 4/1959 con la actual normativa, lo primero que resalta es que en la antigua normativa el proceso era dispuesto por el Gobierno, no por los municipios como en la actualidad.

Enseguida, se observa que la antigua norma se aplicaba no solamente a las líneas de distribución eléctrica, sino también a las telefónicas, telegráficas o cablegráficas. La norma vigente de la Ley General de Servicios Eléctricos se aplica sólo a las líneas de distribución de energía eléctrica. Las líneas telefónicas, en cambio, se rigen por la Ley General de Telecomunicaciones (artículo 18 de la Ley N° 18.168).

A continuación, se diferencian porque en la antigua normativa la obligación de soterrar dependía del costo del proceso. El presupuesto de las obras no debía exceder del doble de las entradas que el concesionario hubiera percibido durante el último año. Sin embargo, esta regla tenía dos excepciones. Por una parte, que el municipio contribuyera a la canalización en la suma que excediera dicho tope. Por la otra, igual se podía disponer el soterramiento si la línea ofrecía peligros y éstos no se podían evitar por otros medios sin grave inconveniente;

**DECIMOPRIMERO.** Que, en ambas disposiciones, la autoridad llamada a ordenar el soterramiento tiene una atribución facultativa. Mien-

tras la antigua norma señalaba que “el Gobierno podrá decretar”, la actual normativa dispone que los alcaldes “podrán decretar”. Ello implica un juicio de mérito de parte de la autoridad. En esto pueden influir distintos factores, como la seguridad, la descontaminación visual, etc.;

**DECIMOSEGUNDO.** Que sin que implique un análisis de legalidad, sino sólo un examen provisional de la norma impugnada, los requisitos que exige la actual disposición para que el alcalde pueda disponer el soterramiento, son cuatro.

En primer lugar, sólo puede disponerse respecto de los concesionarios. En segundo lugar, está acotada al área de concesión que tengan las empresas. Se puede disponer en todo el territorio o en una parte de él. En tercer lugar, no se puede disponer el soterramiento sin antes escuchar a los concesionarios. Finalmente, el concesionario puede exigir a la municipalidad un aporte financiero reembolsable, por el costo de la canalización subterránea;

**DECIMOTERCERO.** Que, como se observa, el concesionario tiene varias garantías en este sistema.

Desde luego, tiene derecho a ser oído. Por lo mismo, puede hacer valer todos sus puntos de vista, elemento clave desde el punto de vista del debido proceso. Enseguida, el soterramiento se puede disponer no necesariamente en todo el territorio en que el concesionario preste el servicio. A continuación, respecto del aporte financiero reembolsable, hay, a su vez, tres garantías. Una es la de exigirlo; otra, el que los valores los determina el concesionario, pudiendo la municipalidad reclamar de ello a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, quien efectúa la tasación definitiva; y, finalmente, que el cumplimiento del decreto alcaldicio de canalización está condicionado a la entrega del aporte.

Además de estas garantías, el concesionario tiene derecho a presentar los recursos administrativos que correspondan, de acuerdo a las reglas generales del ordenamiento jurídico (Ley N<sup>º</sup> 19.880), y el reclamo jurisdiccional especial de la Ley de Municipalidades (reclamo de ilegalidad, artículo 151). Asimismo, puede presentar todos los reclamos que estime procedentes ante la Contraloría General de la República, pues si bien las resoluciones municipales están exentas de la toma de razón (artículo 53, Ley Orgánica de Municipalidades), el organismo contralor puede emitir dictámenes jurídicos sobre todas las materias sujetas a su control (artículo 52);

b. La ordenanza impugnada en la gestión pendiente.

**DECIMOCUARTO.** Que el segundo antecedente necesario de considerar para contextualizar adecuadamente la impugnación, es que en la gestión pendiente se impugna la Ordenanza de tendido de corrientes

débiles y fuerza, N° 5063, de la Municipalidad de Ovalle, publicada en el Diario Oficial el 11 de diciembre de 2007.

Dicha Ordenanza invoca dos tipos de fundamentos. En primer lugar, invoca los fundamentos normativos ubicados en tres disposiciones legales: la Ley General de Servicios Eléctricos (artículo 124), la Ley General de Telecomunicaciones (artículo 18) y la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (artículos 5°, letra c), 12, 63, letras f) e i), 65, letra j), y 29, letra b)). En segundo lugar, invoca argumentos de hecho. De un lado, el que las líneas estén instaladas en bienes nacionales de uso público. Del otro, la seguridad de las personas y la descontaminación visual del espacio aéreo.

La Ordenanza se aplica tanto a tendidos eléctricos como de telecomunicaciones;

**DECIMOQUINTO.** Que el contenido de la Ordenanza puede sintetizarse de la siguiente manera:

En primer lugar, establece que sólo pueden instalar líneas y ocupar espacio aéreo de bienes nacionales de uso público (calles, pasajes, rotondas, parques y plazas) quienes tienen concesión. En segundo lugar, establece la prohibición de, en ciertas áreas de la ciudad, instalar dichas líneas en forma que no sea subterránea. La instalación de otro tipo en zonas de soterramiento trae consigo como sanción multas y el retiro de las líneas. En tercer lugar, se faculta a que existan los multiductos, previa aprobación del municipio. En cuarto lugar, la canalización subterránea está sujeta a un procedimiento. Este parte por la decisión del alcalde de ordenar la canalización subterránea. Dicha decisión no puede ser tomada sin oír antes a los concesionarios. El procedimiento sigue con el decreto alcaldicio que establece el área donde va a operar el soterramiento. Enseguida, las empresas tienen diez meses desde que se les notifique para que reemplacen sus tendidos por subterráneos. En quinto lugar, la Ordenanza establece que la canalización es de cargo y cuenta del respectivo dueño de las líneas. Pero contempla dos restricciones. De un lado, dicho traslado no paga derechos municipales. Del otro, el concesionario puede exigir del municipio un aporte financiero reembolsable por el costo de las obras de canalización subterránea;

**DECIMOSEXTO.** Que la Ley General de Servicios Eléctricos no obliga al municipio a dictar este tipo de ordenanzas, pues su artículo 124 regula una facultad para el caso concreto: que se disponga el soterramiento de las líneas de una empresa. De ahí que hable del decreto alcaldicio. Estos son "*resoluciones que versan sobre casos particulares*" (artículo 12, inciso cuarto, de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades).

Pero el municipio puede perfectamente dictar una ordenanza, pues puede considerar que tiene las facultades para ello, dado que se trata de una norma general, destinada a regir a terceros. En este caso, el proceso de soterramiento se da en dos pasos. El primero es la dictación de la

ordenanza. El segundo es la dictación del decreto que la hace operativa respecto de una empresa en particular;

c. El municipio.

**DECIMOSEPTIMO.** Que un tercer antecedente necesario de considerar para contextualizar la presente impugnación, es el diseño con que la Constitución configura a los municipios. El asunto es importante, porque el requerimiento cuestiona la potestad normativa de los municipios sobre la base de afirmar que sus resoluciones afectan el carácter de Estado unitario con que la Carta Fundamental tipifica a nuestro Estado;

**DECIMOCTAVO.** Que, al respecto, cabe señalar que, en primer lugar, el artículo 118 constitucional establece que el municipio es una corporación autónoma.

Los entes autónomos de carácter constitucional son una innovación de la Carta de 1980, pues no existían en la Constitución del 25.

Se distinguen, por de pronto, porque son entes creados y configurados, en sus elementos esenciales (organización, funciones, potestades), directamente por el propio texto constitucional, el que es complementado por leyes orgánicas constitucionales (STC Rol N<sup>º</sup> 80). Sin embargo, el legislador puede precisar cuánta autonomía corresponde a un determinado órgano constitucional; pero no puede establecer interferencias externas incompatibles con dicha autonomía (STC Rol N<sup>º</sup> 995).

Enseguida, son órganos cuyas funciones y atribuciones se ubican en un escalón superior de autonomía respecto del poder central en relación a los órganos descentralizados. Mientras los órganos centralizados están sujetos a un control jerárquico, los descentralizados están sujetos a un control de supervigilancia o de tutela (artículo 29, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado). Esta Magistratura ha resaltado el hecho de que estos entes no están sujetos al poder jerárquico del Presidente de la República (STC roles N<sup>os</sup> 78 y 216). Pero, más aún, los órganos autónomos no están sujetos ni siquiera al control indirecto o de tutela propio de los organismos descentralizados (Pantoja Bauzá, Rolando; La organización administrativa del Estado; Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 312).

A continuación, se trata de órganos que se crean para satisfacer una función administrativa específica, que se realiza con independencia del poder administrador central y que tienen una capacidad más o menos amplia para llevar a cabo dicho cometido (STC Rol N<sup>º</sup> 216). Dicha autonomía es triple, pues abarca la dimensión organizativa, institucional y normativa (STC Rol N<sup>º</sup> 1.051).

De acuerdo a ello, los municipios son más que órganos descentralizados territorialmente. Así los definía el D.L. N<sup>º</sup> 1.289, al señalar que eran

instituciones de derecho público, funcional y territorialmente descentralizadas. Con la Constitución de 1980, son órganos autónomos.

Ahora bien, para Verdugo, Pfeffer y Nogueira (Derecho Constitucional, tomo II, Editorial Jurídica, Santiago, 1999, p. 397) la autonomía del municipio consiste en que se trata de “*entes jurídicos que disponen de la capacidad de autoadministrarse en el ámbito de sus atribuciones con independencia del nivel administrativo regional y nacional.*”. Para Pantoja, son “*órganos acentralizados*”, pues no dependen ni se relacionan con el gobierno por un vínculo de supervigilancia, encontrándose en un plano de extraordinaria independencia respecto de éste (Ob. cit., p. 312).

Producto de la autonomía decisoria que tienen en el ámbito de su competencia, por de pronto, no hay normas que permitan vetar o suspender decisiones que adopten sus autoridades por parte de las autoridades administrativas nacionales. En este sentido, deciden de manera definitiva, sin que sus opciones puedan ser sustituidas o mediatizadas jurídicamente por actos del poder central. Tienen, por tanto, una capacidad de acción de discrecionalidad de configuración, muy superior a la de los servicios públicos descentralizados. Enseguida, el poder central no puede pedir la remoción de su autoridad superior, es decir, del alcalde; ello, cuando procede y conforme al procedimiento que regula la ley, sólo se activa por los propios concejales (artículo 60, Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades). Finalmente, una vez que entre en vigencia la facultad que les otorga el artículo 121 de la Constitución, podrán crear o suprimir empleos, fijar remuneraciones y establecer órganos o unidades, sin intervención del legislador nacional, como sucede respecto de los servicios públicos (artículo 65, inciso cuarto, N° 2, de la Constitución).

Sin embargo, dicha autonomía no es absoluta. Por una parte, porque está limitada “*por las facultades que en relación a ella pueden ejercer el legislador, la autoridad administrativa, la judicial, la Contraloría General de la República*” (Silva Bascuñán, Alejandro; Tratado de Derecho Constitucional, tomo 10, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, págs. 130-131). Es una autonomía para que se “*auto regulen dentro del marco de la función y las atribuciones que les fijan la Constitución y las leyes*” (ob. cit., págs. 130-131). Por la otra, la autonomía que tienen es administrativa, pues su función es la de “*administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley*” (artículo 118, Constitución);

**DECIMONOVENO.** Que, en segundo lugar, la Constitución señala que los municipios tienen personalidad jurídica de derecho público. Ello significa dos cosas.

De un lado, al tener personalidad jurídica, son sujetos de derecho. Por lo mismo, pueden adquirir derechos y contraer obligaciones, y ejercer las atribuciones que se les confieren. Cada municipalidad actúa en la vida del



derecho con esta personalidad, no con la del Fisco, teniendo su propio representante judicial y extrajudicial. Este, de acuerdo a la Ley Orgánica de Municipalidades, es el alcalde (artículo 63).

Del otro, al tener personalidad jurídica de derecho público, son creadas por el ordenamiento jurídico, no por voluntad de sus integrantes; ejercen potestades públicas y su estatuto jurídico lo define la norma que lo crea.

En tercer lugar, tienen patrimonio propio. Por lo mismo, pueden tener bienes corporales e incorporeales, ingresos, activos, pasivos.

En cuarto lugar, los municipios tienen un espacio físico donde operan y ejercen sus funciones: la comuna. Esta área geográfica es un elemento constitutivo esencial del municipio, sin el cual éste no existe. Para los entes no territoriales, en cambio, el territorio es sólo el espacio físico en que desarrollan sus actividades. De ahí que el poder de los entes territoriales se entienda sobre la totalidad de la población existente en su territorio; en cambio, los entes no territoriales actúan con sus poderes únicamente en relación con determinados habitantes. Asimismo, casi nada escapa a lo que suceda a los habitantes de la comuna. El municipio tiene ciertas finalidades universales, mientras que los entes no territoriales tienen especialidad (García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón; Curso de Derecho Administrativo, tomo I, 11<sup>a</sup> edición, Editorial Civitas, Madrid, 2002, p. 380).

Esto último nos pone en contacto con el elemento final de los municipios que queremos destacar. La Constitución señala que los municipios tienen básicamente tres finalidades. La primera es “*satisfacer las necesidades de la comunidad local*”; la segunda, “*asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna*”; y la tercera, “*ejercer la administración local*”;

**VIGÉSIMO.** Que la Ley Orgánica de Municipalidades, cumpliendo el encargo que le formula el artículo 118 de la Carta Fundamental, en orden a determinar las funciones y atribuciones de los municipios, desglosa estas finalidades constitucionales en funciones privativas y funciones relacionadas. Las primeras son aquellas que la municipalidad ejerce sin necesidad de vincularse con otro órgano. En esta categoría se encuentran el aseo y ornato de la comuna, la aplicación de las normas de transporte y tránsito público, de construcción y urbanización, de promoción del desarrollo comunitario (artículo 3°). Las segundas son aquellas que ejerce el municipio con otros órganos de la Administración. En esta categoría se encuentran la educación, la salud pública, la asistencia social y jurídica, la prevención de riesgos (artículo 4°);

**VIGESIMOPRIMERO.** Que, para cumplir esas tareas, el ordenamiento jurídico entrega al municipio potestades. Estas guardan relación con la entidad de las funciones que a la institución se le encarga atender.

Los municipios no son sólo órganos dotados de poder administrativo, sino también dotados de un cierto poder político. Ellos se ubican dentro del régimen administrativo interior. Esto implica un traslado de funciones y competencias del nivel central a órganos o autoridades locales. Por lo mismo, son las facultades de gobierno y administración interior las que se asignan a distintos órganos con competencias en diferentes porciones del territorio: región, provincia, comuna (artículo 110, Constitución). La función de gobierno, que la Constitución le encarga al Presidente de la República, y que a nivel regional se escinde entre el gobierno, que le corresponde al intendente como representante del Presidente de la República en la región, y la administración, que se encarga al gobierno regional, no se asigna a nivel municipal. El rol de los municipios es “*la administración local*” (artículo 118, Constitución), es decir, “*la resolución de aquellos asuntos que tienen relación con los intereses de una porción limitada de nuestro territorio*” (Bernaschina González, Mario; Derecho Municipal chileno; tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1952, p. 17). De hecho, se intentó legislar en la materia, estableciendo la idea del gobierno municipal en su momento, pero eso no prosperó (sobre el punto, cfr. Cea, José Luis; El sistema constitucional de Chile; Ediciones Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral, págs. 342 y ss.).

No obstante, tienen amplias potestades configurativas, producto de su autonomía. Ello se expresa, desde luego, en que sus autoridades son electas por votación popular y directa. Por lo mismo, los vecinos eligen representantes que dirijan los asuntos que interesan a la comunidad local. Enseguida, en que tienen instrumentos de configuración social, que les permiten no sólo ejecutar disposiciones, sino también crearlas y con ello contribuir a “*crear las condiciones sociales*” que permitan la “*mayor realización material y espiritual posible*” de las personas (artículo 1° constitucional). Estos instrumentos están orientados al desarrollo comunal e implican una alta dosis de iniciativa, como el plan comunal de desarrollo y sus programas, el plan regulador comunal y el presupuesto municipal anual (artículo 6°, Ley Orgánica de Municipalidades). Además, en que las funciones exclusivas del municipio no son sólo de ejecución (aplicar disposiciones), (artículo 3°, letras d) y e), de la citada ley), sino también de creación (artículo 3°, letras a), b) y c)).

Los municipios tienen, entonces, autonomía para autodeterminarse, en conformidad a la Constitución y a la ley, en asuntos de claro interés local, eligiendo entre diferentes opciones o estrategias. Tienen, por tanto, una discrecionalidad no sólo aplicativa sino innovadora o de conformación en las tareas que se le encomiendan. La Constitución les asigna la función de procurar el “*progreso económico, social y cultural de la comuna*”. Por tanto, deben poder actuar, en ámbitos propios, sin mandatos ni controles de los entes nacionales.

Dos de estas potestades deben mencionarse acá. Por una parte, la de administrar los bienes nacionales de uso público, incluido su subsuelo, existentes en la comuna (artículo 5<sup>o</sup>, letra c), de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, en adelante referida como LOCM). Por la otra, la de dictar resoluciones obligatorias con carácter general o particular (artículo 5<sup>o</sup>, letra d), LOCM);

**VIGESIMOSEGUNDO.** Que no obstante la autonomía con que la Constitución dota a los municipios, éstos mantienen ciertos vínculos con la autoridad central, que establece la Ley Orgánica de Municipalidades.

En primer lugar, en lo relativo a las normas. Así, la planificación y regulación de la comuna debe hacerse de acuerdo “*con las normas legales vigentes*”; la aplicación de las disposiciones sobre tránsito y transporte público dentro de la comuna, debe hacerse “*en la forma que determinen las leyes y las normas técnicas de carácter general que dicte el ministerio respectivo*”; la aplicación de las disposiciones sobre construcción y urbanización, debe hacerse “*en la forma que determinen las leyes, sujetándose a las normas técnicas de carácter general que dicte el ministerio respectivo*” (artículo 3<sup>o</sup>, letras b, d) y e), LOCM).

En segundo lugar, ese vínculo se expresa en el ejercicio de sus atribuciones, pues, como ya vimos, hay atribuciones privativas y otras compartidas con otros órganos de la administración del Estado (artículo 4<sup>o</sup>). En este mismo sentido, los municipios pueden coordinarse con los servicios públicos que actúan en sus respectivos territorios, mediante acuerdos directos (artículos 10 y 63, letras k) y l), LOCM).

En tercer lugar, los municipios deben actuar dentro del marco de los planes nacionales y regionales que regulen la respectiva actividad (artículo 9<sup>o</sup>, LOCM).

En cuarto lugar, no obstante su autonomía financiera, los municipios son objeto de fiscalización por parte de la Contraloría General de la República (artículos 51 a 55, LOCM) y deben informar a la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior el detalle mensual de sus pasivos acumulados (artículo 27, letras c), d) y e), LOCM). También reciben financiamiento nacional vía Fondo Común Municipal (artículo 13, letra c), LOCM) o incluso a través del presupuesto de la Nación;

d. Electricidad y municipios.

**VIGESIMOTERCERO.** Que un cuarto antecedente necesario de considerar para contextualizar adecuadamente la impugnación, es que la electricidad no ha estado ajena a los municipios, si tomamos como referencia la regulación de éstos. Históricamente se facultó a los municipios para disponer de alumbrado público y para autorizar la instalación de los elementos necesarios para ello en los bienes que administraban.

Así, la Ley de Municipalidades de 1887, dentro de las facultades de policía municipal, disponía que los municipios podían prescribir las reglas a que debía sujetarse el uso de las calles en lo relativo a “cañerías subterráneas, alambres eléctricos u otros servicios exigidos por la ciudadanía” (artículo 24, N° 5).

En la ley de 1891, se disponía que, como encargados de cuidar la seguridad, los municipios podían proveer al alumbrado público de las poblaciones (artículo 25, N° 5) y autorizar, bajo ciertas condiciones y reglas, la colocación, en todo lugar de uso público, de cañerías, alambres, postes, andamios (artículo 5°, N° 8).

El D.L. N° 740, de 1925, como facultad de comodidad, ornato y recreo de los caminos, establecía la facultad de los municipios para proveer al alumbrado público de las poblaciones (artículo 46, N° 5). La misma facultad mantenía la Ley N° 11.860, de 1955 (artículo 52, N° 5);

**VIGESIMOCUARTO.** Que la antigua Ley General de Servicios Eléctricos (D.F.L. N° 4, Interior, 1959, publicada en el Diario Oficial en 1962) establecía que se consideraban de servicio privado las instalaciones de líneas de distribución que pudieran establecer las municipalidades para el alumbrado de calles, plazas, parques y avenidas (artículo 11); y que la Dirección General de Servicios Eléctricos, antecesora de la actual Superintendencia de Electricidad y Combustibles, tenía, entre otras funciones, la de asesorar a las municipalidades que desearan firmar contrato con las empresas eléctricas para el alumbrado público y en los proyectos de mejoramiento y extensión de este alumbrado. También debía asesorar a las municipalidades que fueran concesionarias de servicios públicos eléctricos, de alumbrado y fuerza motriz (artículo 159, N°s 30 y 31);

**VIGESIMOQUINTO.** Que este vínculo se mantiene en la actual regulación eléctrica. Ello se demuestra, en primer lugar, en que el artículo 2° de la Ley General de Servicios Eléctricos establece que están comprendidas en sus disposiciones “*las relaciones de las empresas eléctricas con el Estado, las municipalidades, otras entidades de servicio público y los particulares*”. Una norma en igual sentido establecían el D.F.L. N° 4/1959 (artículo 1°, N° 8°) y el D.F.L. N° 244/1931 (artículo 1°, letra p)). El D.L. N° 252/1925 se refería a las relaciones “*de los concesionarios con el Estado y con los particulares*” (artículo 1°, letra f)).

En segundo lugar, en que las concesiones, en lo que ellas no prevean, están sometidas a las leyes, reglamentos y ordenanzas vigentes o que se dicten en el futuro sobre la materia (artículo 15).

En tercer lugar, en que no requieren concesión las líneas de distribución destinadas al alumbrado público de calles, caminos, plazas, parques o avenidas, sea que dichas instalaciones sean establecidas por el Municipio o por empresas distribuidoras (artículo 3°, letra c)). Pero las empresas que tengan concesión de servicio público de distribución, sólo pueden

destinar sus instalaciones al servicio público y al alumbrado público (artículo 7°).

En cuarto lugar, los concesionarios están facultados para abrir pavimentos de calzadas y aceras de las vías públicas para ejecutar los trabajos necesarios para explotar el servicio. Pero ello debe hacerse “de acuerdo a la reglamentación de las municipalidades” (artículo 221).

En quinto lugar, la misma Ley General de Servicios Eléctricos regula los permisos que deben otorgar los municipios para que líneas de transporte y distribución no sujetas a concesión, puedan usar o cruzar calles u otros bienes nacionales de uso público (artículos 2°, N<sup>º</sup> 3; 12 y 30). En virtud de esta facultad, el municipio debe resolver, previa consulta con la Superintendencia, fijar el plazo de extensión del permiso, facultándosele para suspender o dejar sin efecto dicho permiso (artículos 35 a 38).

Por último, los municipios pueden ordenar a las empresas soterrar sus líneas (artículo 124);

e. La facultad de administrar los bienes nacionales de uso público.

**VIGESIMOSEXTO.** Que, finalmente, la facultad de los municipios de administrar los bienes nacionales de uso público ubicados en la comuna respectiva, salvo aquellos que en atención a su naturaleza o fines, de conformidad a la ley, le corresponda administrar a otros órganos de la administración del Estado, se encuentra reconocida en la Ley Orgánica de Municipalidades (artículo 5°, letra c);

**VIGESIMOSÉPTIMO.** Que esta facultad se puede encontrar en todas las leyes de municipalidades que históricamente nos han regulado. En las primeras, no obstante, no se establecía expresamente esta facultad, pero se permitía regular su uso, atribuyendo al municipio la facultad para que no se embarazara el tráfico en ellos o permitiéndole autorizar la instalación de obras u objetos en dichas vías o espacios, o estableciendo el deber de conservarlos, mejorarlos o hacer las modificaciones que los hicieran más adecuados a su destino (artículos 26 N<sup>º</sup> 6; 27 N<sup>º</sup> 1; 28, N<sup>º</sup> 1, y 64, Ley de Municipalidades de 1854; artículos 25 y 26, Ley de 1887; artículo 25, Ley de 1891). En el D.L. N<sup>º</sup> 740, de 1925, se establece expresamente la facultad de administrar las calles, plazas, caminos y demás bienes comunales públicos, concediendo los permisos que sean necesarios y decretando las prohibiciones que estimaren oportunas (artículo 90). Lo mismo se reitera en la Ley N<sup>º</sup> 11.860 (artículos 52 y 93);

**VIGESIMOCTAVO.** Que con el Decreto Ley N<sup>º</sup> 1289 se introducen tres innovaciones en la materia. En primer lugar, se ubica esta facultad como una atribución privativa (artículo 3°, letra a). En segundo lugar, se reconoce que puede haber bienes nacionales de uso público que estén entregados en administración a otros organismos públicos (artículo 3°,

letra a), N° 4). En tercer lugar, se definen los instrumentos a través de los cuales el municipio administra estos bienes, pues se señala que éste puede conceder permisos u otorgar concesiones.

El mismo diseño se mantiene en la actual Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. Pero se agrega que dicha administración le corresponde a los órganos municipales de distinta manera. De un lado, la regla general es que dicha administración le corresponda privativamente al alcalde (artículo 63, letra f)). Del otro, que el otorgamiento de ciertas concesiones requieren el acuerdo del concejo municipal (artículo 65, letra j));

**VIGESIMONOVENO.** Que el hecho de que los bienes nacionales de uso público estén entregados en su administración, por regla general, al municipio, se explica porque sobre estos bienes no hay propiedad sino uso. Estos bienes están fuera del comercio humano, pues pertenecen a la nación toda; no son susceptibles de apropiación; son un ámbito exento de propiedad privada (STC Rol N° 1.281). Por lo mismo, dicho uso debe ser administrado por una entidad pública.

En este sentido, cabe consignar que nuestra primera Ley de Municipalidades, de 1854, establecía expresamente que *“los bienes destinados al uso público i común de los habitantes, como plazas, calles, paseos, no pueden ser enajenados por la municipalidad”* (artículo 64);

**TRIGÉSIMO.** Que dicho uso puede ser de dos tipos. En primer lugar, está el uso común. Este es aquel que corresponde a todas las personas. Se trata de un uso anónimo, temporal, y no requiere título alguno. En segundo lugar, está el uso privativo. En este caso, la autoridad encargada de su administración entrega, por actos específicos, la ocupación temporal del bien a un particular, con un propósito de interés público, generalmente a título oneroso. Dicho uso es privativo porque implica un uso exclusivo y excluyente del bien. El beneficiario de un uso privativo puede excluir al resto de las personas que accedan a él. Por eso requiere un título habilitante, que puede ser el permiso o la concesión (STC Rol N° 1.281);

#### IV

#### NO SE VULNERA EL ESTADO UNITARIO

**TRIGESIMOPRIMERO.** Que, luego de anotados los antecedentes que permiten contextualizar adecuadamente la presente impugnación, estamos en condiciones de hacernos cargo del primer argumento del requerimiento.

El requirente sostiene que la potestad normativa de los municipios, empleada respecto del soterramiento de las redes de una empresa eléctrica, afecta el carácter unitario del Estado.

Al respecto, cabe señalar que la Constitución establece que el Estado de Chile es unitario (artículo 3°). En los mismos términos, se expresaba

la Constitución de 1925 (artículo 1°). La Constitución de 1833 señalaba que la República de Chile es “una e indivisible” (artículo 3°). La misma fórmula verbal utilizaba la Constitución de 1823;

**TRIGESIMOSEGUNDO.** Que ya en la Constitución de 1833 se le dio un sentido a esta fórmula. Jorge Huneeus (La Constitución ante el Congreso, tomo I, segunda edición, Imprenta Cervantes, Santiago, 1890, p. 65), comentando el citado artículo 3° de la Constitución del 33, señalaba que el carácter unitario se contraponía al federal: “*Y así es, en efecto, porque todo nuestro territorio está sujeto a unas mismas leyes, y porque todas las autoridades administrativas están subordinadas a un solo Poder Ejecutivo central*”.

Por su parte, Alejandro Silva Bascuñán (Tratado de Derecho Constitucional, tomo II, vol. 1, Editorial Jurídica de Chile, 1963, p. 109), comentando el texto de la Constitución del 25, señalaba que “*el Estado unitario quiere decir que hay en Chile un solo ordenamiento jurídico positivo, que se genera en los órganos centrales del Estado y se aplica a todas las personas y a lo largo del territorio entero, sobre la universalidad de las materias o aspectos que puede comprender el poder político*”. Gabriel Amunátegui (Manual de Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, 1950, p. 288) señalaba que al ser Chile un Estado unitario, “*la soberanía, bajo sus aspectos internos y externos, es ejercida por un solo gobierno*”;

**TRIGESIMOTERCERO.** Que la expresión del artículo 3° de la Carta vigente (“*El Estado de Chile es unitario*”) ha sido interpretada por los autores de la siguiente manera:

En primer lugar, se ha interpretado como un centro único de impulsión política.

Así, Verdugo, Pfeffer y Nogueira (Derecho Constitucional, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 115) señalan que “*significa reconocer que el Estado chileno tiene un solo centro de impulsión política, que está dado por los órganos del gobierno central; sólo el Gobierno y el Congreso desarrollan la función legislativa, no hay ningún otro organismo que tenga competencia legislativa*”.

Por su parte, Hernán Molina (Derecho Constitucional, 6a. edición, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2006, p. 65) señala que “*el Estado unitario se caracteriza por tener un gobierno político que ejerce el poder sobre todo el territorio estatal con un solo ordenamiento constitucional y legislativo*”.

Para José Luis Cea (Derecho Constitucional Chileno, tomo I, 2a. edición, Ediciones PUC, 2008, p. 196), la fórmula reconoce que existe una cuádruple unidad: de ordenamiento jurídico, de autoridades gubernativas, de gobernados, de territorio.

Para Verdugo y García Barzelatto (Manual de Derecho Político, tomo I, 3a. edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 152-153), “*Estado unitario es aquel que no posee más que un solo centro de impulsión política y gubernamental. Es servido por un titular único, que es el Estado. La estructura de poder, la organización política es única, en tanto que un solo aparato gubernador*”.

*mental cumple todas las funciones estatales. Los individuos obedecen a una sola y misma autoridad, viven bajo un solo régimen constitucional y son regidos por una legislación común. El poder estatal se ejerce sobre todo el grupo humano que habita el Estado, se dirige a una colectividad unificada. Las decisiones políticas obligan por igual a todos los gobernados. Además, el Estado unitario se caracteriza porque la organización política abarca todo el territorio estatal y rige para todo su ámbito sin entrar a considerar las diferencias locales o regionales que pudieren existir. El Estado unitario, por tanto, es aquel en que el poder conserva una unidad en cuanto a su estructura, al elemento humano y al territorio sobre el cual recae”.*

En segundo lugar, ha sido interpretado como la existencia de sólo un ordenamiento jurídico. Así, Alejandro Silva Bascañán (Tratado de Derecho Constitucional, tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 79) sostiene, reiterando su análisis de la Constitución del 25, que la fórmula de que Chile sea un Estado unitario “*significa que hay un solo ordenamiento jurídico positivo generado en sus órganos centrales, aplicable a todas las personas, en la extensión de su territorio, sobre la universalidad de materias o aspectos que pueda comprender la competencia estatal*”;

**TRIGESIMOCUARTO.** Que, entonces, nuestro Estado unitario se distingue, desde luego, porque existen las autoridades nacionales únicas: un Presidente de la República, un Congreso Nacional, un Poder Judicial, un Ministerio Público, un Banco Central, un Tribunal Constitucional. En los estados federales, en cambio, existen los órganos “espejos” de los nacionales a nivel local, como pueden ser los parlamentos o los tribunales.

También, las autoridades nacionales monopolizan más que sólo las relaciones internacionales, la defensa nacional y la hacienda pública. Basta ver los órganos nacionales definidores de políticas, como los Ministerios. Existen en sectores tan diversos como la Salud, la Educación, el Transporte, la Agricultura. Pero ello no obsta a su desconcentración territorial vía secretaríos regionales ministeriales (artículo 61, Ley Orgánica sobre Gobierno y Administración Regional).

En nuestro Estado unitario, además, los órganos locales que integran la administración del Estado colaboran con el Presidente de la República en su tarea de gobierno y administración (artículos 111 y 118 de la Constitución y artículos 1° y 21 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado). El régimen interior es una asignación de estas funciones a determinados órganos territoriales. El artículo 110 constitucional es claro en la materia, al señalar que “*para el gobierno y la administración interior del Estado, el territorio de la República se divide en...*”. Ello explica el carácter limitado de la autonomía que puedan tener, las obligaciones de coordinación y cooperación a las que están sujetos (artículos 112, 115, 118 y 123 de la Constitución) y el hecho de que les corresponda a nivel local las mismas funciones, o sólo una de ellas, que el artículo 24 de la Constitución le asigna al Presidente de la República. Así,



a nivel regional, mientras el gobierno corresponde al intendente como representante del Presidente de la República en la región, la administración es asignada por la Constitución al gobierno regional (artículo 111).

Enseguida, no hay asuntos que legislativamente estén reservados por la Constitución a las entidades locales; por lo mismo, no se generan normas legales nacionales y locales. Sin embargo, existen, formalmente establecidos, asuntos que deben decidir órganos locales y asuntos que deben ser resueltos nacionalmente. Por ejemplo, la ley nacional puede establecer tributos que graven actividades o bienes locales; pero su aplicación, dentro de los marcos que la misma ley señale, es decisión municipal (artículo 13, Ley Orgánica de Municipalidades).

La existencia de municipios autónomos conlleva diversidad local en la regulación, bajo un marco de igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica, definida nacionalmente.

**TRIGESIMOQUINTO.** Que en nada se opone al carácter unitario del Estado “*que ciertas normas, por su naturaleza misma, no se apliquen a todos los miembros de la sociedad política, sino a quienes se encuentren en las determinadas circunstancias que el legislador considere*”. Por otra parte, “*tampoco se opone al carácter unitario del Estado que ciertos mandatos puedan dictarse para que rijan únicamente en determinadas porciones del territorio*” (Silva Bascuñán, A., ob. cit. p. 79);

**TRIGESIMOSEXTO.** Que tampoco se opone a este carácter unitario del Estado el que su administración sea funcional y territorialmente descentralizada o desconcentrada. Una cosa es el Estado unitario, y otra que éste sea centralizado. Ello se desprende de lo siguiente.

En primer lugar, porque así expresamente lo permite el artículo 3<sup>º</sup>, inciso segundo, de la Constitución, al señalar que: “*la administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley*”.

En segundo lugar, porque el texto actual de dicho inciso segundo fue modificado en 1991. El texto original de la Constitución señalaba que la ley debía propender a que su administración fuera funcional y territorialmente descentralizada. En 1991, mediante la reforma constitucional de la Ley N<sup>º</sup> 19.097, se reemplazó la expresión “propenderá” por “será”. Se consideró que la expresión original no enfatizaba suficientemente la fuerza de voluntad descentralizadora. Con la expresión “será” se entendía que había un mandato para que el legislador se orientara inequívocamente en un sentido descentralizador (Varas, Paulino, y Mohor, Salvador; Reforma Regional, Provincial y Municipal; Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 27).

En tercer lugar, porque la propia Constitución crea y regula órganos que apuntan en este sentido. Así ocurre con el gobierno regional, entidad dotada de personalidad jurídica y patrimonio propio, encargada de la ad-

ministración superior de la región y cuyo objeto es promover el desarrollo social, cultural y económico de la región (artículo 111 constitucional); y con el municipio.

Finalmente, porque mediante la descentralización se crean entidades de la administración del Estado dotadas de personalidad jurídica y patrimonio propio, sujetas a un control sólo de supervigilancia o de tutela por parte de la autoridad central, encargadas de atender necesidades colectivas de manera regular y continua (artículos 28 y 29, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado). Estos órganos pueden tener como espacio territorial a su cargo todo o parte del territorio regional. Por ejemplo, los Servicios de Salud (artículo 16, D.F.L. N° 1, Ministerio de Salud, 2006). Mientras que por la desconcentración, el legislador, sin crear una nueva entidad, entrega poder decisorio a una unidad integrante de un órgano, cuyas decisiones quedan al margen de los poderes del jerarca de dicho órgano (artículo 33, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado). Por ejemplo, el gobernador respecto del intendente (artículo 3°, Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional); la Dirección de Obras respecto de la autoridad superior del Municipio (artículo 24, Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades).

Como dice Silva Bascañán (ob. cit., p. 79), *“el concepto de Estado unitario requiere, sin ser incompatible con su esencia, la existencia de agentes locales de los órganos centrales, encargados de ejecutar las decisiones de éstos, en atención a la imposibilidad práctica en que se encuentra la autoridad que se desempeña en la capital de transmitir y realizar ella misma la voluntad del Estado hasta en los últimos confines de su extensión espacial”*;

**TRIGESIMOSÉPTIMO.** Que, por otra parte, la misma Constitución que establece el Estado unitario, impone, en su artículo 110, que para el gobierno y administración interior del Estado, el territorio de la República se divide en regiones y éstas en provincias; y que para efectos de la administración local, las provincias se dividen en comunas.

Dicha división político administrativa es materia de ley (artículo 63, N° 11), de iniciativa exclusiva del Presidente de la República (artículo 65) y toda creación, supresión y denominación de regiones, provincias y comunas, la modificación de sus límites, así como la fijación de las capitales de las regiones y provincias, es materia propia de ley orgánica constitucional (artículo 110);

**TRIGESIMOCTAVO.** Que la administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley, reside en una municipalidad (artículo 118, Constitución). El municipio es parte, entonces, de la manera en que el Estado se divide política y administrativamente;

**TRIGESIMONOVENO.** Que, además, el municipio materializa el mandato constitucional (artículo 3°) de transferir poder a las entidades lo-

cales, pues se le entregan una serie de funciones y atribuciones que puede cumplir directamente o asociado con otros órganos de la administración;

**CUADRAGÉSIMO.** Que, finalmente, este proceso de descentralización se observa en materia eléctrica, contrastando la antigua regulación con la actual.

En efecto, en la antigua Ley General de Servicios Eléctricos (D.F.L. N<sup>º</sup> 4, de Interior, 1959) los permisos que debían solicitar quienes fueran titulares de servicios privados no sujetos a concesión, debían presentarse ante la Dirección General de Servicios Eléctricos, quien debía oír, antes de otorgarlos, a las municipalidades. Esta facultad, en la actual Ley General de Servicios Eléctricos, se encuentra radicada en los municipios (artículos 12 y 35 a 38).

Otra manifestación de lo anterior es el soterramiento de las líneas eléctricas. Mientras en la antigua legislación esta decisión la tomaba el Gobierno oyendo a los alcaldes y concesionarios (artículo 122), en la actualidad la dispone el alcalde, oídos los concesionarios. La Superintendencia de Electricidad y Combustibles sólo actúa determinando la tasación definitiva del costo de las obras, en el caso que el valor determinado por el concesionario del aporte financiero reembolsable no satisfaga al municipio (artículo 124);

**CUADRAGESIMOPRIMERO.** Que, por las razones señaladas, debemos rechazar que la normativa impugnada afecte el Estado Unitario, vulnerando el artículo 3<sup>º</sup> de la Constitución;

## V

### LA POTESTAD NORMATIVA DE LOS MUNICIPIOS

**CUADRAGESIMOSEGUNDO.** Que un segundo cuestionamiento del requerimiento se refiere a la potestad normativa de los municipios, expresada en las ordenanzas municipales;

**CUADRAGESIMOTERCERO.** Que, al respecto, es necesario puntualizar que esta potestad normativa ha sido reconocida a los municipios desde la Constitución de 1823 (artículo 218). La Constitución de 1828 (artículo 122, N<sup>º</sup> 8), la de 1833 (artículo 128, N<sup>º</sup> 10), la de 1925 (artículo 105, N<sup>º</sup> 6), también lo hacían.

A nivel legal, también se observa la misma continuidad. La Ley de Municipalidades de 1854 lo hacía en diversas disposiciones (artículos 31, N<sup>os</sup> 1<sup>º</sup> y 2<sup>º</sup>, 103, 110 a 114, 120 N<sup>º</sup> 3).

Lo mismo hacían las leyes que la sucedieron: la ley de 1887 (artículos 29, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96 y 104), la de 1891 (artículos 28, 83, 99 y 102); el decreto ley 740 de 1925 (artículos 49, 90 y 119); la Ley N<sup>º</sup> 11.860 (artículos 55, 93 y 115); y el Decreto Ley N<sup>º</sup> 1.289 (artículos 6<sup>º</sup> y 13);

**CUADRAGESIMOCUARTO.** Que la Constitución de 1980 no escapa a esta constante, pues cuando establece las atribuciones del Concejo Municipal, dispone que éste tiene, además de las potestades resolutivas y fiscalizadoras, atribuciones “*normativas*” (artículo 119, inciso segundo).

A nivel legal, el texto original de la Ley N° 18.695 consagraba estas atribuciones en sus artículos 10°, 44, 53, letra i), y 55, letra j). En el actual texto refundido de la Ley Orgánica de Municipalidades, lo hacen los artículos 5°, letra d), 12, 53, 65, letra k), 79, letra b), y 82;

**CUADRAGESIMOQUINTO.** Que la primera regulación que definió las ordenanzas municipales fue el Decreto Ley N° 740, de 1925, señalando que “*se entiende por ordenanza únicamente las reglas de general aplicación*” (artículo 49 N° 2). Esta definición reaparece en el artículo 13 del Decreto Ley N° 1289 (“*las ordenanzas serán normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad*”). En los mismos términos, aparece hoy en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Municipalidades;

**CUADRAGESIMOSEXTO.** Que la Constitución le encarga al municipio “*satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna*” (artículo 118).

Estas funciones las puede cumplir de dos maneras. Por una parte, las puede cumplir con sus propios medios, recursos y personal. Es decir, las puede cumplir directamente. Por la otra, las puede cumplir indirectamente, esto es, asociándose con otros municipios o con otras entidades públicas o privadas.

Asimismo, las atribuciones o potestades que la Constitución y la ley le entregan, son de distinto tipo. En la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, se pueden constatar, entre otras, las siguientes: potestad reglamentaria (artículos 5, letra c), 12, 63, letra i), 65 letra k)); potestad para establecer derechos por los servicios que presten y por los permisos y concesiones que otorguen (artículo 5, letra e); potestad de programación y de planificación (artículo 5, letras a) y k)); potestad expropiatoria (artículo 65, letra f)); potestad organizativa (artículo 63, letra b)).

Dichas potestades se materializan en actos bilaterales o unilaterales. Entre los actos bilaterales destacan los convenios que puede celebrar con otros órganos de la administración y los contratos que puede celebrar con particulares (artículo 8°, Ley Orgánica de Municipalidades). El principal ejemplo de acto unilateral del municipio son sus resoluciones.

Desde esta perspectiva, las resoluciones municipales son actos unilaterales del municipio, mediante los cuales busca, con sus propios medios, satisfacer las necesidades de la comunidad local.

El artículo 12 de la Ley Orgánica de Municipalidades señala que “*las resoluciones que adopten las municipalidades se denominarán ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldicios o instrucciones*”.

De este modo, el primer tipo de resolución municipal son las ordenanzas;

**CUADRAGESIMOSÉPTIMO.** Que la potestad normativa de los municipios tiene, entonces, las siguientes características que interesa resaltar:

En primer lugar, tiene rango constitucional. Se afianza en el artículo 119, inciso segundo, de la Carta Fundamental. Sin perjuicio de ello, toda su configuración es de rango legal, como veremos dentro de un instante.

En segundo lugar, la potestad normativa del municipio está subordinada, por una parte, a la Constitución y a la ley. Ello significa que está sujeta a dichas normas y no puede contradecirlas o invadir su ámbito propio de regulación. Por la otra, está subordinada a las normas que dicte el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria.

Así, por ejemplo, al municipio le corresponde aplicar las disposiciones sobre transporte y tránsito públicos, dentro de la comuna, “*en la forma que determinen las leyes y las normas técnicas de carácter general que dicte el ministerio respectivo*” (artículo 3<sup>º</sup>, letra d, LOCM). Por ello, la Ley de Tránsito (Ley N<sup>º</sup> 18.290) señala que toca a los municipios instalar y mantener las señales del tránsito (artículo 94). Pero agrega que dicha señalización es únicamente la que determine el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (artículo 93). De ahí que el Municipio debe cumplir dicho mandato “*de acuerdo a las normas técnicas que emita el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones*” (artículo 94).

Esta subordinación se explica por dos razones fundamentales. Por una parte, porque al municipio sólo se le asigna por la Constitución “*la administración local*” (artículo 118). La administración nacional está entregada al Presidente de la República (artículo 24). La potestad reglamentaria del Presidente de la República que le entrega la Constitución (artículo 32, N<sup>º</sup> 6), es para el ejercicio de esta función administrativa nacional. El llamado básico que la Constitución hace a la potestad reglamentaria del Presidente de la República, es a ejecutar la ley, en todo el país, nacionalmente. Por la otra, porque de esa forma se asegura una uniformidad básica o esencial, propia del Estado unitario. La potestad normativa municipal es para marcar el particularismo a partir de la atención de los intereses locales; pero sin pasar a llevar esa regulación nacional.

Dicha potestad normativa, en algunos casos, será de ejecución; pero en otros, puede abordar asuntos locales que son propios de la gestión municipal, y en que no estará pormenorizando o detallando lo señalado en la normativa nacional.

En tercer lugar, se expresa en resoluciones y éstas adoptan la modalidad de ordenanzas, reglamentos, decretos e instrucciones.

Finalmente, a diferencia de lo que sucede con los decretos supremos del Presidente de la República, que por regla general van a toma de razón de la Contraloría, las resoluciones que dictan las municipalidades están exentas de dicho trámite por mandato legal (artículo 53, Ley Orgánica de Municipalidades). No obstante, las resoluciones que afecten a funciona-

rios municipales, deben ir a registro a la Contraloría. Este es un acto de constatación. En tal sentido, opera una vez que el acto se ha incorporado plenamente al ordenamiento jurídico. Mientras la toma de razón es un trámite dentro del procedimiento administrativo de perfeccionamiento del acto correspondiente, el registro opera una vez que el acto ya surgió al ordenamiento. El registro consiste en la anotación del acto en ciertos libros que lleva el órgano contralor. Como “compensación” a la falta de toma de razón, la Ley Orgánica de Municipalidades (artículo 151) establece que contra las resoluciones ilegales de los municipios procede el reclamo de ilegalidad municipal;

**CUADRAGESIMOCTAVO.** Que el Municipio no es el único órgano local a quien la Constitución le reconoce potestad normativa, pues también lo hace respecto del gobierno regional, al definir las funciones del Consejo Regional como un órgano resolutorio, fiscalizador y “*normativo*” (artículo 113).

Respecto de otros órganos, la Constitución regula la fuente que debe crear y configurar dicha potestad normativa. Ello lo hace bajo dos modalidades. De un lado, a propósito del contenido que deben abordar ciertas leyes orgánicas constitucionales. Así, respecto de la Contraloría, como la Ley Orgánica de ésta debe señalar sus “atribuciones” (artículo 99 constitucional, inciso final), la Ley Orgánica de este organismo faculta al Contralor para disponer “*por medio de resoluciones acerca de los asuntos que son de su competencia y que él determine en forma definitiva*” (artículo 5°, inciso segundo, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República). Del otro, lo hace genéricamente en dos disposiciones. Primeramente, en el artículo 65, inciso cuarto, N° 2, que establece que es materia de ley, de iniciativa exclusiva del Presidente, crear nuevos servicios públicos, suprimirlos “y *determinar sus funciones y atribuciones*”. Se faculta, entonces, a la ley para que confiera potestades a dichos servicios. La potestad normativa, por tanto, requiere texto expreso. No es inherente a la jefatura, como puede ser la de dictar instrucciones. Enseguida, lo hace cuando regula las facultades de control de la Contraloría General de la República. De acuerdo al artículo 99 de la Constitución, corresponde a este organismo tomar razón de los decretos y “*resoluciones*” que, en conformidad a la ley, deban tramitarse por ella. Esta norma reconoce la existencia de potestad normativa de los servicios, al reconocer la existencia de dichas resoluciones. Estas son las órdenes escritas, sobre asuntos de su competencia, que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión (artículo 3°, inciso quinto, Ley N° 19.880).

La entrega de potestad normativa a un órgano de la Administración mediante una norma legal es consistente con lo establecido en el artículo 7° de la Constitución, que dispone que la Constitución o la ley pueden entregar atribuciones;

**CUADRAGESIMONOVENO.** Que, como ya se indicó, la ley define las ordenanzas como “*normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad*” (artículo 12 de la LOCM). Podemos agregar que estas normas las dicta el alcalde con acuerdo del concejo (artículo 65, letra k)).

De este modo, los elementos que típicamente a las ordenanzas son los siguientes: En primer lugar, que sean órdenes escritas. Las ordenanzas son actos unilaterales del municipio, pues no requieren del consentimiento de los destinatarios. Son órdenes pues mandan, prohíben o permiten. Requieren, como formalidad, ser suscritas por el alcalde. Por aplicación de la Ley N<sup>º</sup> 19.880, pueden ser escritas o sostenerse en mecanismos electrónicos.

En segundo lugar, las ordenanzas crean normas generales y obligatorias. Las ordenanzas crean normas jurídicas, pues incorporan disposiciones al ordenamiento jurídico, innovándolo. Dichas disposiciones tienen dos características. Por una parte, son generales, es decir, van dirigidas a situaciones o sujetos indeterminados. En eso se distingue la ordenanza del decreto alcaldicio, que versa sobre casos particulares. Por la otra, son obligatorias, o sea, son imperativas para sus destinatarios; su resistencia genera sanciones o procedimientos coactivos de cumplimiento.

En tercer lugar, las ordenanzas van dirigidas a la comunidad. Podemos decir que abordan materias que interesan a toda la comunidad. Ello las distingue de los reglamentos municipales, que abordan asuntos relativos al orden interno del municipio. Las ordenanzas afectan a las personas que viven o estén transitoriamente en el territorio municipal. La Ley Orgánica de Municipalidades dice que son aplicables “*a la comunidad*” (artículo 12, Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades).

En cuarto lugar, las ordenanzas están sujetas a un procedimiento de dictación. Dicho procedimiento tiene dos etapas. De un lado, corresponde a una facultad compartida del alcalde con el Concejo dictar ordenanzas municipales. En tal sentido, toca al alcalde la iniciativa en la materia. Pero toca al Concejo Municipal su aprobación (artículo 65, letra k), artículo 79, letra b), LOCM). La otra etapa del procedimiento administrativo es su publicidad. La ordenanza municipal debe publicarse en el Diario Oficial para su entrada en vigencia. Eso la autentifica, oficializa su notificación y la hace obligatoria (Ley N<sup>º</sup> 19.880, artículo 49). No obstante, la Ordenanza Municipal de Participación puede establecer mecanismos adicionales de participación en su adopción (artículos 93 y 97 de la LOCM).

En quinto lugar, tienen un ámbito territorial acotado. Las resoluciones municipales sólo rigen en el territorio jurisdiccional del municipio.

Finalmente, las ordenanzas tienen un ámbito restringido de materias que pueden abordar. Estas dicen relación con las funciones que la Constitución y la ley les encargan a los municipios (artículo 118 de la Constitución y artículos 3<sup>º</sup> y 4<sup>º</sup> de la Ley Orgánica de Municipalidades). No

obstante, cuando la Carta Fundamental le entrega la potestad normativa al Concejo Municipal, parece dar a entender que el único límite que tiene es de forma o de procedimiento, al señalar que la función normativa debe ejercerse “*en la forma que determine la Ley Orgánica Constitucional respectiva*” (artículo 119, inciso segundo). Pero dicho límite sustantivo emana de la propia naturaleza del municipio, cuya competencia es acotada a ciertos asuntos listados en la ley.

No obstante, en las leyes de Municipalidades de 1854 y de 1887 se establecía expresamente que las ordenanzas no podían prevalecer contra lo dispuesto en las leyes ni sobre las resoluciones que en la materia dictara la autoridad competente (artículo 110/1854; artículo 94/1887). También se señalaba que las municipalidades sólo podían dictar ordenanzas sobre materias locales (artículo 111/1854; artículo 95/1887). Y que sólo podían regir en el departamento o territorio respectivos (artículo 112/1854; artículo 95/1887). Sólo la Ley de 1854 señalaba las materias propias de una ordenanza (artículo 103).

Las leyes de Municipalidades posteriores a 1887 no reiteraron estas reglas, porque las consideraron comprendidas dentro de la regulación general de la actuación de los municipios;

**QUINCUAGÉSIMO.** Que la Ley Orgánica de Municipalidades distingue dos tipos de ordenanzas. Por un lado, las generales. Estas son aquellas que abordan las materias propias del municipio, que no estén contempladas en las ordenanzas singulares. Del otro, se encuentran las ordenanzas especiales. Estas son las ambientales (artículo 25, letra f) y la de participación (artículo 93). Estas se distinguen porque la ley define su contenido de modo particular;

**QUINCUAGESIMOPRIMERO.** Que, en consecuencia, por todos los argumentos señalados, no puede sostenerse que la potestad normativa municipal no tenga sustento constitucional. Esta es reconocida de dos maneras. En primer lugar, en las funciones “*normativas*” del concejo municipal (artículo 119); y, en segundo lugar, cuando la Constitución le entrega a la Ley Orgánica de Municipalidades determinar “*las funciones y atribuciones de las municipalidades*”. Ello lo hizo la Ley N° 18.695, desde su texto original (artículos 10, 44, 53 y 55), lo que fue considerado propio de la Ley Orgánica de Municipalidades por esta Magistratura constitucional (STC Rol N° 50);

## VI

### NO SE VULNERA LA RESERVA LEGAL

**QUINCUAGESIMOSEGUNDO.** Que el requirente, además, cuestiona que las ordenanzas municipales aborden materias propias de ley, al disponer el soterramiento conforme lo autoriza el artículo 124 de la Ley General de Servicios Eléctricos;



**QUINCAGESIMOTERCERO.** Que al respecto cabe señalar que la actividad de distribución eléctrica está estructuralmente asociada a normas administrativas.

Por de pronto, la empresa requirente, para poder operar como distribuidora, requirió un título habilitante. Este consiste en una concesión. Su actividad está legitimada por un decreto supremo. La intervención de la Administración no le es, por lo tanto, ajena.

Enseguida, la Ley General de Servicios Eléctricos contiene una abundante remisión a normas administrativas (por ejemplo, en sus artículos 10, 15, 139, 222 y 223). El legislador, al redactar un texto tan técnico y tan complejo, concibió permanentemente el auxilio de la potestad reglamentaria para implementar adecuadamente las instituciones y conceptos en él contenidas (sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 4397/99).

Asimismo, la autoridad administrativa tiene permanente intervención en esta ley. La misma Ley General de Servicios Eléctricos señala que la aplicación de la ley corresponde a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (artículo 10). Dicha autoridad tiene facultades de fiscalización y supervigilancia, e inviste potestad normativa para emitir reglas técnicas en materia de transporte y distribución (artículo 2<sup>º</sup>, Ley N<sup>º</sup> 18.410). También puede sancionar el incumplimiento de esta normativa (artículo 15, Ley N<sup>º</sup> 18.410).

Por ello, la ley establece que *“es responsabilidad de los propietarios de todo tipo de instalaciones eléctricas el cumplir con las normas técnicas y reglamentos que se establezcan en virtud de la presente ley”* (artículo 223);

**QUINCAGESIMOCUARTO.** Que, a continuación, cabe agregar que este Tribunal ha considerado que es posible y lícito que la Administración pueda regular algunos aspectos determinados en una ley (STC Rol N<sup>º</sup> 325). La Constitución diseña un régimen que armoniza potestad legislativa con potestad reglamentaria (STC Rol N<sup>º</sup> 370); que una actividad se regule por ley no excluye la colaboración reglamentaria (STC Rol N<sup>º</sup> 480). Ello, ha dicho, se funda en una interpretación armónica de los artículos 63 y 32, N<sup>º</sup> 6, de la Constitución, por la naturaleza general y abstracta de la ley y por la división de funciones que reconoce nuestro sistema. Imaginar lo contrario equivale a convertir la ley en reglamento y a concentrar en el órgano legislativo las dos potestades (STC Rol N<sup>º</sup> 480).

El rol de la normativa administrativa es, sin embargo, concebido para regular cuestiones de detalle, de relevancia secundaria o adjetiva, cercana a situaciones casuísticas o cambiantes, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, carácter innovador y básico de la ley impiden o vuelven difícil regular. Las características de la ley (generalidad, abstracción, igualdad, carácter innovador) deben ser conciliadas con la mayor elasticidad, flexibilidad, adaptabilidad o posibilidades de modificación que singularizan a la potestad reglamentaria (STC Rol N<sup>º</sup> 370);

**QUINCUAGESIMOQUINTO.** Que dicha colaboración reglamentaria exige que la ley regule los aspectos esenciales de la materia respectiva, de modo que el reglamento sólo se involucre en aspectos de detalle (STC Rol N° 370). El legislador no puede renunciar a su deber de normar los aspectos medulares de una determinada regulación. Así como debe limitarse a regular las bases esenciales de un ordenamiento jurídico, no puede incurrir con motivo de esa tarea en una deslegalización, en el establecimiento de cláusulas abiertas o fórmulas en blanco que generen inseguridad jurídica (STC Rol N° 370);

**QUINCUAGESIMOSEXTO.** Que, tratándose de la potestad reglamentaria municipal, sin embargo, es necesario considerar que tiene que existir un espacio para los intereses municipales en la complementación o ejecución de la legislación. En ese sentido, la ley debe regular nacionalmente, pero con una uniformidad básica o esencial. El elemento normativo uniforme o común del legislador nacional debe ser, por lo mismo, no especialmente detallado. Por una parte, porque no puede no considerar las realidades diferentes de cada municipio. Las casi 350 municipalidades que existen en nuestro país, no son iguales. Tienen diferencias geográficas, de clima, de realidad económica, de densidad poblacional. Por la otra, porque el municipio cuenta con órganos representativos de los intereses comunes en su estructura organizativa (el Concejo Municipal, el alcalde). Ellos deben diseñar y aprobar las normas cuyos destinatarios son los habitantes de la comuna. Llevar la legislación a sus consecuencias prácticas, no puede prescindir de la realidad local;

**QUINCUAGESIMOSÉPTIMO.** Que, ahora bien, en el presente caso, el artículo 124 de la Ley General de Servicios Eléctricos define la medida que puede disponerse (canalizar subterráneamente las líneas), cuál es la autoridad que puede disponer la medida (el alcalde), quién queda obligado (los concesionarios), cómo se puede disponer (decreto alcaldicio), dónde debe llevarse a cabo la medida (en todo o parte del área de concesión), qué garantías tiene el concesionario (ser oído, recibir el aporte financiero reembolsable, posibilidad de impugnación).

Es decir, la norma legal tiene determinación y especificidad en los términos precisados por la Sentencia Rol N° 325 en el sentido que: *“El primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal; y el segundo requiere que la misma norma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad. Por último, los derechos no podrán ser afectados en su esencia, ni imponerles condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”* (c. cuarenta). La norma municipal define las áreas donde debe aplicarse el soterramiento, el uso o no de multiductos, el plazo para llevar a cabo la medida.

La norma concilia adecuadamente el denominador común que debe tener toda legislación nacional con el margen de determinación necesario para la atención de los intereses municipales, que los órganos represen-

tativos del municipio deben ponderar para “*satisfacer las necesidades de la comunidad local*”;

**QUINCAGESIMOCTAVO.** Que, asimismo, la regulación dispuesta en una ordenanza está sujeta a todas las reglas procedimentales propias del municipio.

Por de pronto, las ordenanzas requieren el acuerdo del concejo municipal (artículo 65, letra k), de la LOCM). Es decir, de un órgano colegiado (artículo 72), electo directamente por la ciudadanía (artículo 72). La ley establece que el quórum de aprobación es de la mayoría absoluta de los concejales asistentes a la sesión respectiva (artículo 86). Se trata, por tanto, de una resolución dotada de una alta legitimidad.

Enseguida, las ordenanzas pueden ser impugnadas mediante el reclamo de ilegalidad municipal (artículo 151). Por lo tanto, termina resolviendo la Corte de Apelaciones. Y, eventualmente, la Corte Suprema;

**QUINCAGESIMONOVENO.** Que no se observa, en consecuencia, cómo puede afectarse la reserva legal en la presente situación. Más todavía si la Constitución prevé la colaboración de la normativa municipal, al entregarle al concejo municipal la atribución de aprobar resoluciones (artículo 119);

## VII

### NO SE VULNERA LA IGUALDAD ANTE LA LEY

**SEXAGÉSIMO.** Que el requerimiento también sostiene que se afecta la igualdad ante ley, porque en sólo algunas municipalidades se exige el soterramiento, mientras que en otras no;

**SEXAGESIMOPRIMERO.** Que, al respecto, cabe señalar que en la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, que rechazó el reclamo de ilegalidad municipal (Rol 229/2008, de 18 de agosto de 2008) y que rola a fojas 94 y siguientes, se señala, en el considerando primero, que ENELSA es concesionaria de servicio público de distribución en la comuna de Ovalle, conforme a los decretos supremos de Economía N<sup>OS</sup> 352/2000, 159/1996 y 45/1999.

ENELSA, por tanto, no es concesionaria en todo el territorio nacional. Es concesionaria, como lo indican los tres decretos señalados, en la comuna de Ovalle;

**SEXAGESIMOSEGUNDO.** Que, por otra parte, no es efectivo que sólo en dicha comuna se haya exigido el soterramiento de redes. Existen varias otras comunas en que esa exigencia se ha materializado. Por ejemplo, la Municipalidad de Concepción, por Ordenanza N<sup>º</sup> 4, de 31 de julio de 1996; la Municipalidad de Las Condes, por Ordenanza 4361, de 18 de noviembre de 2010; y la Municipalidad de Viña del Mar, por la Ordenanza 10891, de 15 de septiembre de 2004, regulan la materia.

Dicha regulación es prácticamente igual a la dispuesta por el Municipio de Ovalle.

Por lo tanto, el término de comparación que utiliza el recurrente, no es único, pues hay municipios que tienen ordenanzas y otros que no. La requirente pretende compararse sólo con unas y no con las otras;

**SEXAGESIMOTERCERO.** Que, por otra parte, el alegato de la requirente se traduce, en el fondo, en querer excepcionarse de la normativa local. Mientras el resto de las empresas a quienes se aplica la normativa municipal, deben regirse por ésta, ella quedaría sustraída de sus mandatos. Ello equivale a un privilegio que la igualdad ante la ley y la libre competencia no toleran;

**SEXAGESIMOCUARTO.** Que, enseguida, la normativa que el requirente impugna se aplica no sólo a los concesionarios eléctricos que operan actualmente en la comuna. Por una parte, porque no hay monopolio sobre el área de concesión. Pueden otorgarse otras concesiones de distribución en todo o parte del territorio asignado a un concesionario. El nuevo concesionario tiene las mismas obligaciones que se otorgan al primero en el territorio compartido (artículo 17, Ley General de Servicios Eléctricos). Por la otra, porque los concesionarios están sometidos a todas las normativas vigentes o que se dicten en el futuro sobre la materia (artículo 15, Ley General de Servicios Eléctricos).

Además, el soterramiento que dispone la normativa administrativa que se impugna en la gestión pendiente, se aplica también a los concesionarios de servicio público de telecomunicaciones (artículo 18, Ley Nº 18.168);

**SEXAGESIMOQUINTO.** Que no consideramos, en consecuencia, que se vulnere la igualdad ante la ley. Esta no exige una rigurosa y monolítica uniformidad de ordenamientos. El requirente no puede pretender una regla uniforme de actividad económica en materia de soterramiento, si cada realidad municipal es distinta;

VIII  
NO SE VULNERA EL ARTÍCULO 19, Nº 21º,  
DE LA CONSTITUCIÓN

**SEXAGESIMOSEXTO.** Que la requirente sostiene, por otra parte, que se afecta el derecho de la concesionaria a desarrollar una actividad económica con la obligación de soterramiento dispuesta por una ordenanza municipal, dictada en base a las normas legales que impugna;

**SEXAGESIMOSEPTIMO.** Que, al respecto, cabe señalar, en primer lugar, que el artículo 19, Nº 21º, de la Constitución convoca a la normativa legal para la regulación de la actividad económica. Las normas impugnadas de la Ley General de Servicios Eléctricos tienen ese rango.

Lo mismo todas las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Municipalidades;

**SEXAGESIMOCTAVO.** Que las tres normas impugnadas, no obstante, convocan a normas reglamentarias. Lo hace el artículo 15 de la Ley General de Servicios Eléctricos, al señalar que las concesiones están sometidas “a las leyes, reglamentos y ordenanzas”. También el artículo 124 del mismo cuerpo legal, al prescribir que el alcalde puede disponer el soterramiento por decreto. Y el artículo 221 de la propia ley, que permite que los concesionarios abran pavimentos, calzadas y aceras “de acuerdo a la reglamentación de las municipalidades”;

**SEXAGESIMONOVENO.** Que en otra parte de esta sentencia establecimos la legitimidad de la potestad normativa de los municipios. Tenemos que analizar ahora que dicha potestad se justifique respecto de las concesiones eléctricas;

**SEPTUAGÉSIMO.** Que el concesionario de distribución eléctrica está sujeto a una intensa regulación administrativa. Por de pronto, la Ley General de Servicios Eléctricos (en adelante, LGSE) tiene varios reglamentos que la complementan (por ejemplo, D.S. N<sup>º</sup> 327/1998, Minería, Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos). Enseguida, los concesionarios están sujetos a todas las instrucciones de carácter general que dicte la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (artículo 3<sup>º</sup>, N<sup>º</sup> 34, Ley N<sup>º</sup> 18.410). Asimismo, son objeto de sanciones por infracciones a las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con la electricidad (artículo 15, Ley N<sup>º</sup> 18.410);

**SEPTUAGESIMOPRIMERO.** Que, enseguida, los tres decretos de concesión que se invocan por la Corte de Apelaciones al rechazar el reclamo de ilegalidad, como fundantes de la operación de la recurrente como empresa de distribución eléctrica, fueron expedidos bajo la Ley General de Servicios Eléctricos. Es decir, después de 1981. En los tres se indica que la concesión se otorga en conformidad a lo dispuesto en la Ley General de Servicios Eléctricos (artículo 10, D.S. N<sup>º</sup> 45/1999; artículo 7<sup>º</sup>, D.S. N<sup>º</sup> 159/1996, y artículo 10, D.S. N<sup>º</sup> 45/1999, todos de Economía).

No consta en autos que se haya impugnado esos decretos.

En esa normativa legal, a la que queda sujeta la concesión, se encontraban las tres normas impugnadas;

**SEPTUAGESIMOSEGUNDO.** Que, por otra parte, la Ley General de Servicios Eléctricos regula el procedimiento para el otorgamiento de las concesiones de líneas de distribución. Este es distinto según si se trata de una concesión provisional o de una concesión definitiva.

La provisional la otorga la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (artículos 19 y 20 de la LGSE) mediante resolución (artículo 11 del mismo cuerpo legal). Permite que el concesionario solicite al juez de letras respectivo el permiso necesario para practicar o hacer practi-

car medición y estudios para preparar el proyecto definitivo de las obras comprendidas en su concesión (artículo 22, LGSE). No puede exceder de dos años (artículo 21).

La definitiva, en cambio, la otorga el Ministerio de Energía, por decreto supremo, dictado por orden del Presidente de la República, previo informe de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (artículos 11, 25 y 29 de la LGSE). Tiene el carácter de indefinida (artículo 31).

Y la concesión de servicio público de distribución otorga el derecho a usar bienes nacionales de uso público para tender líneas, aéreas o subterráneas, destinadas a la distribución (artículo 16);

**SEPTUAGESIMOTERCERO.** Que mientras el otorgamiento de las concesiones se hace nacionalmente, pues participan en él el Ministerio de Energía y la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, el ejercicio de esta concesión queda sujeto a las normativas locales.

En efecto, ni la Superintendencia ni el Ministerio de Energía consultan a los municipios al momento de definir los caminos, calles y otros bienes nacionales de uso público que ocuparán las líneas de distribución (artículo 19, letra d), y artículo 25, letra e), de la LGSE).

Sin embargo, ninguna de estas dos entidades tiene asignada la administración de estos bienes. Estos están entregados en administración al municipio (artículo 5°, letra c), Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades);

**SEPTUAGESIMOCUARTO.** Que por eso, entonces, el ejercicio de la concesión, en cuanto comprenda el uso de estos bienes, queda sujeto a la regulación municipal.

Entender que la concesión es suficiente para usar estos bienes implica, por una parte, invadir el ámbito competencial que la Constitución le otorga al municipio, en cuanto a que por “*satisfacer las necesidades de la comunidad local*” y por “*asegurar su participación en el proceso económico, social y cultural de la comuna*” (artículo 118), se faculta a la ley orgánica respectiva para que determine “*las funciones y atribuciones de las municipalidades*”, siendo ésta la que le confiere la función de administrar los bienes nacionales de uso público. Por la otra, implica un retroceso en torno al mandato de que la administración del Estado, del cual forman parte el Ministerio de Energía y la Superintendencia, sea funcional y territorialmente descentralizada o desconcentrada, establecido en el artículo 3° de la Constitución. La antigua Ley General de Servicios Eléctricos entregaba la facultad de disponer el soterramiento a la autoridad central. Pero desde 1981, con la nueva ley de servicios eléctricos, esto pasó a manos de los municipios;

**SEPTUAGESIMOQUINTO.** Que la intervención que pueda hacer el municipio es respecto del uso de los bienes nacionales de uso público, que administra. Y en este caso particular, respecto del soterramiento de las líneas eléctricas;

**SEPTUAGESIMOSEXTO.** Que, enseguida, la facultad de soterramiento se enmarca en una serie de otras obligaciones o prohibiciones que la Ley Eléctrica establece para los concesionarios. Por ejemplo, no pueden transferir la concesión o parte de ella sin la autorización del Ministerio de Energía (artículo 47, Ley General de Servicios Eléctricos); las servidumbres que pueden imponer a los privados se deben establecer en conformidad a los planos aprobados en el decreto de concesión (artículo 48); los propietarios de las líneas están obligados a permitir el uso de sus postes, torres y otras instalaciones que sean necesarias (artículo 52); en el trazado de las líneas, en lo posible, no pueden cortar o podar árboles (artículo 222); toda la operación del sistema eléctrico es coordinada para garantizar la seguridad y la operación más económica (artículos 118, 137 y 138, LGSE); las concesionarias deben disponer permanentemente de suministro de energía que les permita satisfacer el total del consumo proyectado de sus consumidores (artículo 131); el concesionario debe mantener las instalaciones en buen estado y en condiciones de evitar peligro para las personas o cosas (artículo 139).

No es el soterramiento la única obligación que el concesionario debe soportar;

**SEPTUAGESIMOSÉPTIMO.** Que, asimismo, las concesionarias eléctricas tienen facultad para imponer determinadas obligaciones a ciertos particulares.

Así, en primer lugar, se encuentra la facultad que tienen las empresas concesionarias para exigir a los usuarios que soliciten servicio dentro del área de concesión, aporte financiero reembolsable para ejecutar ampliaciones de capacidad, o para la extensión de las instalaciones existentes hasta el punto de empalme del peticionario (artículos 126, 127 y 128, LGSE). No obstante que en su área de concesión las empresas distribuidoras están obligadas a dar servicio (artículo 125), la ley permite que las empresas puedan solicitar este aporte, previo contrato que deben firmar con el usuario. En este caso, la empresa pide al usuario financiar la obra de ampliación o extensión, tal como la autoridad le ordena el soterramiento. La equivalencia está dada porque para el usuario no obtener el suministro con el cual producir otros bienes, o consumir la energía en el hogar, la industria, el comercio, etc., es una verdadera orden negativa. Es decir, una prohibición de acceso a dicho suministro.

En segundo lugar, las concesiones de distribución crean a favor del concesionario el derecho a imponer las servidumbres necesarias para tender líneas a través de propiedades ajenas (artículo 51, LGSE). El dueño del predio afectado tiene la facultad de exigir que las instalaciones no crucen por ciertos lugares especiales (artículo 54) y a que se le pague el valor de los terrenos y una indemnización (artículo 69); pero no puede perturbar el libre ejercicio de la servidumbre (artículo 57); y debe per-

mitir la entrada de inspectores y trabajadores para efectuar reparaciones (artículo 56).

Ambas figuras son semejantes al soterramiento, pues la ley permite que la empresa imponga algo a un particular para que pueda llevarse a cabo la distribución de la energía. En el soterramiento, la ley permite que la autoridad local obligue a una empresa a canalizar subterráneamente sus líneas, para administrar el bien nacional de uso público en que se encuentran (calles, caminos, plazas);

**SEPTUAGESIMOCTAVO.** Que, finalmente, la medida de soterramiento no impide el desarrollo de la actividad económica. Por de pronto, porque no es una prohibición de llevarla a cabo. Enseguida, la ley sólo permite dictar la orden de canalizar las líneas, sin afectar el balance económico financiero del concesionario, pues ello se hace con aporte financiero reembolsable a cargo del municipio, en que el concesionario fija su valor y en que el cumplimiento de la medida está condicionado a la entrega de dicho aporte;

**SEPTUAGESIMONOVENO.** Que, por tanto, no consideramos que se vulnere el artículo 19, N° 21°, de la Constitución;

## IX

### NO SE VULNERA EL DERECHO DE PROPIEDAD

**OCTOGÉSIMO.** Que, por último, la requirente también sostiene que se afecta su derecho de propiedad sobre la concesión. Esta, sostiene, conlleva el derecho de usar bienes nacionales de uso público, lo que se ve afectado seriamente por el soterramiento;

**OCTOGESIMOPRIMERO.** Que al respecto cabe señalar, en primer lugar, que en los tres decretos de concesión que individualiza la Corte de Apelaciones en la sentencia que rechaza el reclamo de ilegalidad, y que constituye la gestión pendiente, se señala que la concesión queda sujeta “a todas las disposiciones legales y reglamentarias vigentes o que se dicten en el futuro sobre la materia” (artículo 7°, D.S. N° 159/1996; artículo 10, D.S. N° 45/1999; artículo 10, D.S. N° 352/2000, Ministerio de Economía).

También, en los dos últimos decretos, el reconocimiento al derecho de usar bienes nacionales de uso público para tender líneas, fue concedido “sin perjuicio de las demás autorizaciones que deban ser otorgadas por los organismos competentes” (artículo 6°, D.S. N° 45/1999; artículo 6°, D.S. N° 352/2000, Ministerio de Economía);

**OCTOGESIMOSEGUNDO.** Que el derecho del concesionario, como se observa, nació condicionado a la regulación municipal. La concesión debe sujetarse a las normas reglamentarias; y el concesionario debe obtener los actos administrativos requeridos para el uso de dichos bienes;



**OCTOGESIMOTERCERO.** Que ello es concordante con el artículo 19, N<sup>º</sup> 24<sup>º</sup>, de la Constitución, que encarga a la ley “*establecer el modo de usar, gozar y disponer*” de la propiedad.

Ello no obsta a la complementariedad regulatoria de normas administrativas, en la medida que se limiten a pormenorizar, detallar o precisar lo establecido en la norma legal, como lo ha señalado esta Magistratura y se dijo más arriba en este fallo;

**OCTOGESIMOCUARTO.** Que, por otra parte, el concesionario es dueño de sus redes. Pero estas redes se encuentran en bienes nacionales de uso público. Estos no son de propiedad del concesionario. La concesión le permite usarlos; pero sujeto, entre otras regulaciones, a la normativa que cada municipio establezca, como consecuencia de que se encarga a ellos su administración.

La regulación del soterramiento se dicta no en ejercicio de la potestad normativa propia del otorgamiento de la concesión, sino que se dicta en ejercicio de las atribuciones municipales para administrar los bienes nacionales de uso público. Mientras una es nacional, la otra es local.

El uso y goce que tiene el concesionario no recae sobre un bien propio, sino sobre un bien ajeno: el bien nacional de uso público. Las redes están ubicadas en un bien que pertenece a la nación toda.

Así como el concesionario puede disponer libremente de sus postes y líneas, sujeto a ciertas condiciones, como no entorpecer la continuidad del servicio (artículo 131), no cortar o podar árboles (artículo 222), permitir el uso de sus postes, torres y otras instalaciones (artículo 52), el municipio puede disponer, sujeto a ciertas condiciones, sobre la manera de usar privativamente todo o parte de un bien nacional de uso público.

Los bienes nacionales de uso público pueden ser utilizados para tendidos eléctricos. Pero su finalidad principal es otra. Estos constituyen los espacios comunes de la ciudad. Son los lugares por los que las personas se desplazan; son los sitios en que las personas se encuentran, conviven, se esparcen, se abastecen. Esa es la finalidad principal de estos bienes. Por lo tanto, el bien jurídico que un municipio debe cautelar al momento de administrarlos, no es que se utilicen para redes eléctricas, finalidad accesorio y subordinada, sino que puedan ser utilizados, sin dificultades y con seguridad, por todas las personas. Más todavía si el uso privativo de un bien nacional de uso público, como es el uso para instalaciones eléctricas, es un uso exclusivo de un bien de todos. Es, en este sentido, excepcional;

**OCTOGESIMOQUINTO.** Que, enseguida, la empresa concesionaria tiene un privilegio: la ley le permite usar un bien nacional de uso público, un bien de todos, para desarrollar su actividad de distribución.

Sin embargo, no es el único privilegio que tiene: hay una suerte de monopolio natural en la zona de concesión (artículo 17, LGSE); puede disponer de servidumbres en terrenos privados (artículo 48, LGSE); co-

bra una tarifa que le asegura una rentabilidad económica mínima (artículo 152, LGSE) y que deben pagar todos los usuarios, sin excepción (artículo 151 de la misma ley).

Ello se justifica por la importancia que tiene la electricidad para la vida de las personas.

**OCTOGESIMOSEXTO.** Que, sin embargo, la concesión de servicio público eléctrico implica dar suministro de energía a usuarios finales ubicados en una zona de concesión. Por lo mismo, las empresas sólo pueden destinar sus instalaciones de distribución al servicio público y al alumbrado público (artículo 7º, LGSE).

Se trata, en consecuencia, de una propiedad afecta a un fin específico, de enorme impacto en la industria, en el trabajo, en la oficina, en el hogar, en los centros de enseñanza, en los lugares de entretención o de esparcimiento. Resulta difícil encontrar una actividad donde este insumo no se utilice. El concesionario, por lo mismo, no realiza una actividad cualquiera. Realiza un emprendimiento que exige continuidad o no interrupción o suspensión del servicio (artículo 16 B, Ley Nº 18.410), seguridad en su prestación (artículo 139, Ley General de Servicios Eléctricos), coordinación (artículo 138), calidad (artículos 41, 130 y 146) y no discriminación –debe dar servicio dentro del área de concesión a cualquier usuario que lo solicite– (artículo 125).

Por lo mismo, no es una propiedad cualquiera, sino sujeta a regulaciones que buscan garantizar el cumplimiento de dicha finalidad de servicio público;

**OCTOGESIMOSÉPTIMO.** Que eso explica que, por una parte, esté sujeta a una serie de obligaciones, prohibiciones y cargas; y que toda regulación que no implique entorpecer gravemente, haciendo inviable o excesivamente oneroso el desenvolvimiento de la actividad económica, debe ser asumida y soportada por la concesionaria;

**OCTOGESIMOCTAVO.** Que este Tribunal, en base a lo dispuesto en el artículo 19, Nº 22º, de la Constitución, ha considerado ajustado a la Carta Fundamental que ciertas empresas (las compañías de seguros) soporten el pago de “los accidentes del trabajo” de los bomberos, sin tener vínculo contractual con ellos (STC Rol Nº 1.295). Lo hizo sobre la base de considerar que la Constitución permite imponer gravámenes especiales que afecten a algún sector, actividad o zona geográfica. Dicho gravamen lo definió señalando que es “*una obligación que deben soportar todos los sujetos que operan en un determinado sector, actividad o territorio, siendo por tanto general, aunque no implique transferencia de recursos; que esa medida se establezca en aras del interés general; que no implique una genuina expropiación, y que esa obligación sea especial*” (STC Rol Nº 1.295).

También ha considerado como legítimo que se establezca que el urbanizador de un terreno determinado deba destinar un porcentaje del

mismo para ser cedido gratuitamente, con el fin de que en él se habiliten áreas verdes o se construya equipamiento comunitario (STC Rol N<sup>o</sup> 253);

**OCTOGESIMONOVENO.** Que, como ha dicho este Tribunal, *“toda regulación o limitación priva al propietario de algo. A partir de la regulación, alguna autonomía, privilegio, ventaja o libertad que tenía, desaparece para su titular. Si tuviéramos por propiedad cada aspecto de esa autonomía, privilegio, ventaja o libertad, la regla constitucional que permite limitar la propiedad equivaldría a letra muerta”* (STC Rol N<sup>o</sup> 505);

**NONAGÉSIMO.** Que las limitaciones al dominio, ha señalado este Tribunal, *“importan una disminución al derecho del propietario, sea porque restringen sus facultades para usar, gozar y disponer de sus bienes, sea porque le imponen obligaciones a favor de terceros”* (Aylwin, Patricio; *Derecho Administrativo; T. III; Editorial Universitaria; Santiago, 1959, pág. 169*); han sido definidas como *“aquellos deberes no indemnizables que impone la ley a los propietarios en relación al ejercicio de su derecho de propiedad, derivado de la función social de este último”* (Rajevic, Enrique; *Limitaciones, Reserva Legal y Contenido Esencial de la Propiedad Privada; en Revista Chilena de Derecho; Vol. 23 N<sup>o</sup> 1, pág. 46*). *En consecuencia, no son más que obligaciones o deberes de hacer, de no hacer o de dar.”* (STC Rol N<sup>o</sup> 1.295);

**NONAGESIMOPRIMERO:** Que el soterramiento es una obligación que emana de la función a que está afecta la propiedad de la concesionaria que ocupa bienes nacionales de uso público. Se trata de una obligación destinada a despejar de la simple vista y “sumergir” todo tipo de instalaciones (postes, cables, transformadores, etc.) de las calles, plazas, avenidas y parques que el municipio determine, para proteger o conservar bienes jurídicos que legitiman dichas imposiciones, como la conservación del patrimonio ambiental.

No escapa a este Tribunal el hecho de que el Municipio haya invocado, para fundar la ordenanza impugnada en la gestión pendiente de estos autos, la seguridad de las personas y la descontaminación visual del espacio aéreo;

**NONAGESIMOSEGUNDO:** Que, por otra parte, no hay en el soterramiento ninguna expropiación. En primer lugar, porque no hay desplazamiento patrimonial. *“Un acto de privación tendrá por objeto despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular, mientras el acto regulatorio tendrá por función determinar las reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa...”* (STC Rol N<sup>o</sup> 505). Aquí lo que existe es una obligación de hacer, financiada por el municipio, que la empresa debe llevar a cabo, como parte de su sujeción a las regulaciones con que opera en el mercado eléctrico. En esa obligación, los bienes afectados por ella (postes, cables, etc.) siguen siendo de propiedad de la concesionaria, no pasan a dominio municipal.

En segundo lugar, no hay expropiación porque no hay daño, pues el costo del soterramiento lo asume el municipio, vía aporte financiero reembolsable. No hay una carga que la empresa deba soportar con cargo a sus utilidades;

**NONAGESIMOTERCERO.** Que, por todas estas razones, tampoco consideramos que se afecte el derecho de propiedad con la obligación de soterrar las redes;

**NONAGESIMOCUARTO.** Que, en consecuencia, por todos los argumentos señalados en los distintos apartados de esta sentencia, procede desestimar la acción de inaplicabilidad.

**Y TENIENDO, ADEMÁS, PRESENTE** lo previsto en los artículos 3°, 5°, 6° y 19, N°s 2°, 21°, 22°, 24° y 26°, de la Constitución Política, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE DECLARA:** que se rechaza el presente recurso de inaplicabilidad, sin costas. Se deja sin efecto la suspensión del procedimiento decretada en autos, debiendo oficiarse al efecto.

**Acordada con el voto en contra de los Ministros Marcelo Venegas Palacios, Enrique Navarro Beltrán e Iván Aróstica Maldonado,** quienes estuvieron por acoger el presente requerimiento, sobre la base de las consideraciones que enseguida exponen.

**1°.** Que el control “concreto” de constitucionalidad, en que consiste el recurso de inaplicabilidad, no se ocupa –por ello– de consultas hipotéticas o meramente teóricas, sino que de la impugnación precisa de algún determinado precepto legal, en cuanto pueda tener cabida y recibir aplicación en una específica gestión judicial pendiente.

Cayendo las premisas del caso dentro del dominio de los jueces del fondo, entonces, solo al Tribunal Constitucional no más le corresponde declarar inaplicable ese precepto legal si contraviene una norma de la Carta Fundamental, ora porque inmediatamente así se colige de un simple cotejo lógico entre uno y otra, ora porque mediatamente así se revela tras la aplicación práctica de aquél. Tal como concluyera esta Magistratura en sentencia recaída en autos Rol N° 810 (c. décimo);

**2°.** Que, mientras en el primer caso, respecto de un precepto legal en sí mismo inconstitucional, basta para acoger el recurso una proyección del mismo, indicativa de que habrá de aplicarse tal como previene su texto, en el segundo tal declaración debe justificarse en aquellos antecedentes que dan cuenta de que su previa ejecución anticonstitucional puede continuar igualmente en el futuro.

Procediendo constatar ahora, a la luz de los antecedentes que rolan en el expediente, que el presente asunto hace parte de esa segunda for-

ma en que se puede manifestar una inconstitucionalidad, y que así debió fallarse;

3°. Que, en efecto y al margen de generalidades, lo verdaderamente relevante en este caso es que la aplicación práctica de las normas refutadas ha desembocado en el decreto alcaldicio exento N<sup>º</sup> 5.063, de 2007, “Ordenanza de Tendido de Corrientes Débiles y Fuerza” de la Municipalidad de Ovalle, y cuyo concreto contenido –cual acto fundacional– se desvela a fs. 20 y 21 de autos.

Allí puede verse que, basado en esas normas de la Ley General de Servicios Eléctricos (artículo 124) y de la Ley de Municipalidades (artículos 12 y 5° letra c), según se cita en sus Vistos, el individualizado acto administrativo no se reduce a disponer un específico soterramiento, ni solo articula medidas tendientes a cautelar los bienes de uso público afectados, sino que –además– se amplía a estatuir todo un nuevo régimen jurídico de postación aplicable a las empresas distribuidoras de energía eléctrica que prestan servicio público en la comuna;

4°. Que podría –acaso– esbozarse una interpretación distinta, plenamente conciliable con la Constitución, en orden a que tales disposiciones no permiten innovar por vía reglamentaria, dado que por su intermedio no cabe dar origen a nuevos deberes y restricciones, en una regulación local paralela a la consagrada, uniformemente y con criterio parejo, por dicha Ley General de Servicios Eléctricos. A partir del artículo 1°, podría decirse que esta ley configura un ordenamiento especial que regula completamente todo lo concerniente a dicha actividad, por lo que no procede introducir a su respecto nuevas limitaciones derivadas de otros textos legales, según sentencia de la Corte Suprema publicada por Fallos del Mes N<sup>º</sup> 347 (1987) pág. 728 (considerando 4°).

A lo que sería de agregar que las normas de la Ley N<sup>º</sup> 18.695, relativas a la potestad reglamentaria municipal, deben entenderse en relación con las funciones y demás atribuciones que corresponden a los entes comunales, por lo que su facultad para emitir resoluciones obligatorias con carácter general solo puede ejercerse para satisfacer aquellos cometidos legales. Para enseguida censurar que, en la especie, la autoridad edilicia no viene en disponer ningún soterramiento ni tampoco se detiene a reglamentar el uso de los bienes públicos involucrados, sino que, además, procura modular –para ampliar o contraer discrecionalmente– las inversiones en infraestructura de distribución eléctrica que se realicen sobre ellos;

5°. Que, sin embargo, como ello es de resorte exclusivo de los jueces del fondo, en la especie habrá que atender al criterio interpretativo de la Corte de La Serena, quien, por sentencia de 18 de agosto de 2008 (fs. 94-102), también ha entendido, junto con la municipalidad reclamada, que los impugnados preceptos –en comandita– facultan a este ente comunal para inaugurar una preceptiva con ese radio amplio.

Incluido, según el aludido decreto alcaldicio, por ejemplo, el trasladar a las concesionarias los costos de la canalización subterránea (artículo 6°); la obligación de reemplazar los postes de madera por otros que disponga a su gusto el municipio (artículo 10); el impedimento absoluto para instalar anclajes, tirantes u otros refuerzos en los postes (artículo 15); el crear toda una inédita preceptiva acerca de los multiductos (artículo 18), así como la posibilidad de ordenar el retiro y decomiso de estas instalaciones (artículo 26);

6°. Que así entendidas las normas, sobran otras consideraciones. Puesto que la cuestión exacta sometida a este Tribunal, menos que especular sobre el soterramiento en general, se traduce entonces en juzgar precisamente esto: si, desde el punto de vista constitucional, es válido que en los preceptos reclamados se faculte al municipio para introducir regulaciones e instaurar nuevas obligaciones y prohibiciones, inexistentes antes en ningún texto legal, y que habrán de pesar sobre las compañías repartidoras de electricidad.

Interrogante cuya respuesta se impone rotundamente negativa, habida cuenta que una tal habilitación a los propios actos municipales contraviene las garantías con que la Carta Fundamental asegura el ejercicio legítimo de los derechos de propiedad y de desarrollo regular sobre las actividades económicas lícitas;

7°. Que, tocante al derecho de propiedad, basta recordar que la Constitución, en su artículo 19, N° 24, inciso segundo, acota que “sólo la ley” puede establecer aquellas “limitaciones y obligaciones” que pueden afectarlo en razón de su función social.

Y comoquiera que *“establecer una obligación es crearla, instituir la o introducirla, por primera vez, en nuestro ordenamiento jurídico”*, según precisó esta Magistratura en sentencia Rol N° 370 (c. trigésimo), de allí resulta que *“establecer, crear o instituir una obligación que afecte el dominio presupone, lógica e ineludiblemente, que el legislador no se limite a ello sino que, además, la configure en sus aspectos y elementos definitorios o característicos, trazando, con adecuada densidad normativa, en qué consiste el deber que impone, cuál es el motivo de función social que lo justifica, cuáles son sus delimitaciones, sobre la base de qué supuestos fácticos se torna procedente exigirla, cuál es la autoridad competente para llevarla a efecto y controlarla, a quiénes y por qué motivos se le exime de ella, etc.”* (c. trigesimoprimerero).

Mismo precedente donde concluyó que *“la potestad reglamentaria de ejecución no puede, sin vulnerar la Constitución, crear las obligaciones que pesan sobre el ejercicio del derecho de propiedad”*, puesto que *“instituir o estatuir o establecer una de tales obligaciones e insertarla en el estatuto jurídico que le es inherente, constituye una misión que la Carta Fundamental reserva, con énfasis o vigor especial e ineludible, al legislador en sentido estricto”* (c. trigesimoterocero);

8°. Que, asimismo, la distribución de energía eléctrica conforma una actividad económica que se acoge a la garantía normativa del artículo 19, N<sup>º</sup> 21, inciso primero, constitucional, por cuanto debe desarrollarse “respetando las normas legales que la regulen”. Esto es, en tanto servicio de utilidad pública, con sujeción especial a las reglas de la Ley General de Servicios Eléctricos, contenida actualmente en el DFL N<sup>º</sup> 4/20.018, del Ministerio de Economía, de 2006, sin perjuicio de las demás disposiciones técnicas provenientes de las autoridades del sector.

Y toda vez que “regular” implica incorporar nuevas reglas generales e imperativas conforme a las cuales debe realizarse un determinado cometido empresarial, por eso este Tribunal Constitucional igualmente ha prevenido que ello compete en exclusiva al Legislador, y no a los órganos de la Administración, en sentencias roles N<sup>OS</sup> 146 (c. decimoprimer), 167 (c. decimoquinto), 226 (c. cuadragésimotercero), 467 (c. trigésimoprimer), 480 (c. noveno), 513 (c. vigésimo);

9°. Que, por lo demás, es de anticipar que todos los especiosos raciocinios tendientes a convencer que las ordenanzas municipales pueden sustituir la majestad de la ley, quedarán finalmente destituidos de fundamento, el mismo día en que se apruebe una ya impostergable ley general que solucione en definitiva este problema del soterramiento, superadora de los intentos que vienen haciéndose desde el año 1904 con la Ley N<sup>º</sup> 1.665. Donde, además de fomentar la canalización, se establezca coordinadamente y a nivel nacional, la contribución que a este objetivo de bien común deben aportar todos los diversos actores interesados, tal como ya ha ocurrido en otros países del mundo.

Para el caso de Chile, a efectos de ratificar que todo este tema es propio de ley, basta ver la moción parlamentaria de que da cuenta el Boletín N<sup>º</sup> 5.871-12, ingresada el 13 de mayo de 2008 en el Senado.

Redactó la sentencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander y la disidencia, sus autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

### **Rol N<sup>º</sup> 1.669-2010**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señor Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

## ROL Nº 1.670-2010

### REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 237 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, DEDUCIDO POR EL JUZGADO DE LETRAS, GARANTÍA Y FAMILIA DE LAJA

Santiago, veintiuno de abril de dos mil diez.

#### VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que mediante Oficio Nº 545-2010, fechado el 24 de marzo de 2010 e ingresado el día 1° de abril del año en curso, el señor Fabián Eduardo Duffau García, Juez Subrogante del Juzgado de Garantía de Laja, ha remitido copia autorizada de las piezas de la causa RUC 0801075793-3, RIT 833, que se sigue en contra de la persona que indica, por conducción en estado de ebriedad, solicitando a esta Magistratura Constitucional que *“declare acerca de la admisibilidad o inadmisibilidad del requerimiento”* de inaplicabilidad por inconstitucionalidad planteado en ese mismo proceso por una de las partes;

2°. Que, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, Nº 6°, de la Constitución Política, es atribución de este Tribunal: *“Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”*;

A su turno, el inciso decimoprimer del mismo precepto señala: *“En el caso del Nº 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”*;

3°. Que la normativa aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, la cual razona en el sentido de que el pronunciamiento sobre la admisibilidad de una acción de esta índole exige, previamente, resolver sobre su admisión a trámite. Así, el inciso primero del artículo 47 D de dicho texto legal establece que: *“Para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 47 A y 47 B. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres*



días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales”.

Por su parte, los artículos 47 A y 47 B de la legislación aludida establecen:

*“Artículo 47 A. En el caso del número 6º del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.*

*Si la cuestión es promovida por una parte ejerciendo la acción de inaplicabilidad, se deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.*

*Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.*

*El tribunal deberá dejar constancia en el expediente de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes del proceso”.*

*“Artículo 47 B. El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas”;*

4º. Que el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento deducido en la Primera Sala de esta Magistratura;

5º. Que el examen de la acción constitucional interpuesta permite concluir que ella no satisface las exigencias previstas en los artículos 47 A y 47 B, transcritos precedentemente, para que pueda ser acogida a tramitación;

6º. Que, en efecto, basta con la sola lectura del oficio individualizado en el considerando 1º de esta resolución para confirmar que en éste no se contienen todas las menciones exigidas en la primera norma legal referida;

7º. Que, por otra parte, tampoco se pueden entender satisfechas las exigencias previstas en el referido artículo 47 B de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura.

En efecto, si bien conforme a los preceptos constitucionales y legales transcritos precedentemente, tratándose del ejercicio de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, son sujetos legitimados tanto las partes de un proceso judicial pendiente como el juez que está conociendo de él, cuando cualquiera de ellos decide accionar ante este Tribunal debe

hacerlo de manera directa y de propia iniciativa interponiendo el correspondiente requerimiento, previo a la resolución de la respectiva gestión pendiente;

8°. Que, como ya lo ha señalado esta Magistratura en resolución dictada en el Rol 1.324, si son las partes del proceso las que deciden requerir la inaplicabilidad de una determinada norma de jerarquía legal que pueda ser derecho aplicable para la resolución de un asunto, deberán hacerlo directamente ante este Tribunal cumpliendo con todos los presupuestos procesales establecidos por la Carta Fundamental y en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997. Si es el juez el que se encuentra enfrentado a una duda de constitucionalidad acerca de un precepto legal que pueda aplicar como norma decisoria litis en el proceso que sustancia, es él quien debe directamente requerir ante este Tribunal Constitucional manifestando en forma expresa su voluntad de obtener una sentencia que se pronuncie sobre la materia, constituyéndose, de esta forma, en sujeto activo de la acción de inaplicabilidad. Asimismo, tal decisión debe traducirse en un requerimiento formal de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que cumpla con los requisitos exigidos por las normas constitucionales y legales aludidas precedentemente, lo cual constituye una materia del todo ajena a los pronunciamientos relativos a peticiones que le formule alguna de las partes del proceso del que conoce;

9°. Que, por lo razonado, las partes de una gestión judicial pendiente no se encuentran constitucionalmente habilitadas para plantearle al juez que conoce de ella un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, como tampoco para solicitarle a ese mismo juez que remita a este Tribunal Constitucional tal requerimiento, como ha ocurrido en este caso;

10°. Que sobre la base de lo expresado también resulta improcedente que el juez de la causa aparezca como remitidor de una duda de constitucionalidad que le asiste a una de las partes de la gestión de la que conoce, incluso por muy legítima o fundada que aquélla pueda parecerle al mismo juez;

11°. Que el evidente incumplimiento de los requisitos referidos obliga a este Tribunal a no admitir a tramitación el requerimiento deducido y así se declarará.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en los artículos 93, inciso primero, N° 6°, e inciso decimoprimeros de la Constitución Política de la República, y en los artículos 47 A, 47 B, 47 D y demás disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

Que no se acoge a tramitación el requerimiento deducido, teniéndose por no presentado, para todos los efectos legales.

Comuníquese al juez requirente.  
Archívese.

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Mario Fernández Baeza y Enrique Navarro Beltrán**, quienes estuvieron por no admitir a tramitación, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 47 D de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, esto es, considerando los disidentes que el requerimiento presenta defectos formales, procede otorgar al juez requirente la oportunidad para que, dentro del plazo que se indica en la misma norma legal referida, aclare el conflicto de pertinencia constitucional que desea formular a esta Magistratura.

### **Rol N<sup>º</sup> 1.670-2010**

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

## **ROL N<sup>º</sup> 1.671-2010**

### **REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 1.545 DEL CÓDIGO CIVIL, 38 DE LA LEY N<sup>º</sup> 18.933 Y 2<sup>º</sup> DE LA LEY N<sup>º</sup> 20.015, DEDUCIDO POR PEDRO HERNÁN LOCH CONTRERAS**

Santiago, veintiuno de abril de dos mil diez.

#### **VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1<sup>º</sup>. Que, con fecha 5 de abril de 2010, la abogada Flor Sofía Gómez, en representación de Pedro Hernán Loch Contreras, ha deducido un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 1.545 del Código Civil, 38 de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, en su texto posterior a la Ley N<sup>º</sup> 19.381 y anterior a la vigencia de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, y 2<sup>º</sup> de la Ley

Nº 20.015, en la causa sobre recurso de protección interpuesto por su parte en contra de la Isapre Vida Tres S.A., Rol de Ingreso Nº 1091-2009, de la que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago;

2º. Que el artículo 93, inciso primero, Nº 6º, de la Ley Fundamental establece que es atribución de este Tribunal Constitucional “*resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.*”.

A su turno, el inciso undécimo del mismo precepto fundamental señala: “*En el caso del número 6º, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.*”;

3º. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Así, el inciso primero del artículo 47 D de dicho texto legal establece que: “*Para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 47 A y 47 B. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.*”.

Por su parte, los artículos 47 A y 47 B de la legislación aludida establecen:

“*Artículo 47 A. En el caso del número 6º del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.*”

*Si la cuestión es promovida por una parte ejerciendo la acción de inaplicabilidad, se deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.*

*Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.*

*El tribunal deberá dejar constancia en el expediente de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes del proceso.*”.

*“Artículo 47 B. El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas”.*

El artículo 47 F de la misma ley establece, por su parte, que: *“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:*

*1° Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado;*

*2° Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;*

*3° Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada;*

*4° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal;*

*5° Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y*

*6° Cuando carezca de fundamento plausible.*

*Declarada la inadmisibilidad por resolución que deberá ser fundada, ésta será notificada a quien haya recurrido, al juez que conozca de la gestión judicial pendiente y a las demás partes que intervengan en ella, y el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.*

*La resolución que declare la admisibilidad o inadmisibilidad del requerimiento no será susceptible de recurso alguno.”;*

**4°.** Que el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento deducido en la Primera Sala de esta Magistratura;

**5°.** Que, atendido el mérito de los antecedentes tenidos a la vista, esta Sala ha logrado convicción en cuanto a que la acción constitucional deducida no puede prosperar, siendo impertinente, por ende, que ésta sea previamente acogida a tramitación;

**6°.** Que, en efecto, se advierte que el requerimiento interpuesto en la especie importa, en el hecho, un recurso que intenta dejar sin efecto la sentencia interlocutoria dictada el 9 de marzo de 2010, en los autos Rol N<sup>º</sup> 1.581, que declaró inadmisilible una anterior acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentada ante esta Magistratura Constitucional por el mismo señor Pedro Hernán Loch Contreras, la cual perseguía la declaración de inaplicabilidad del artículo 2<sup>º</sup>, N<sup>º</sup> 2<sup>º</sup>, de la Ley N<sup>º</sup> 20.015 –uno de los preceptos legales que impugna en este caso–, respecto de idéntica gestión pendiente a la invocada en el libelo en examen –recurso de protección Rol de Ingreso N<sup>º</sup> 1091-2009, de la Corte de Apelaciones de Santiago–.

Asimismo, en la acción deducida en aquella oportunidad el requirente planteó el mismo conflicto de constitucionalidad que hoy vuelve a someter a esta Magistratura a través del libelo materia de este proceso. En concreto, se plantea, al igual como se hiciera con anterioridad, que de aplicarse el o los preceptos legales pertinentes para la resolución de la gestión pendiente individualizada, eventualmente se produciría una vulneración de los derechos y garantías que se aseguran a toda persona en los numerales 2º, 9º, 18º y 24º del artículo 19 de la Ley Fundamental;

7º. Que la distinta formulación que se presenta en el texto de la acción bajo examen, en el que se añaden normas legales al objeto de la impugnación constitucional e incluso variando, aunque levemente, algunos argumentos de derecho en los que se apoya cada requerimiento, no cambia la circunstancia de que se está frente a la misma pretensión, fundada en el mismo conflicto constitucional, que ya fue declarada inadmisibile por este Tribunal;

8º. Que lo expresado lleva a concluir que si la normativa transcrita en esta sentencia es clara en establecer que no cabe deducir recurso alguno en contra de las resoluciones que dicte la Sala en ejercicio de la atribución que se le asigna en la materia, el intento del actor por burlarla, a través de la interposición de un requerimiento de inaplicabilidad que sólo es nuevo en apariencia, produce el efecto de estimar que la acción deducida en estos autos no contiene una impugnación razonablemente fundada y, por consiguiente, debe ser declarada inadmisibile.

Y TENIENDO PRESENTE lo establecido en el artículo 93, inciso primero, Nº 6º, e inciso undécimo, de la Constitución y las normas pertinentes de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE DECLARA INADMISIBLE el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas uno.**

A los otrosíes primero y cuarto, ténganse por acompañados los documentos que indica, bajo apercibimiento legal; al segundo otrosí, atendido lo resuelto a lo principal, no ha lugar a la suspensión del procedimiento solicitada; al tercer otrosí, no ha lugar; al quinto otrosí, téngase presente.

Notifíquese por carta certificada al requirente, a la Corte de Apelaciones de Santiago, que conoce de la gestión judicial pendiente, y a la Isapre Vida Tres S.A.

Archívese.

**Rol Nº 1.671-2010**

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y

los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

**ROL N<sup>º</sup> 1.672-2010**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 1.545  
DEL CÓDIGO CIVIL, 38 DE LA LEY N<sup>º</sup> 18.933 Y 2<sup>º</sup> DE LA LEY  
N<sup>º</sup> 20.015, DEDUCIDO POR ROGELIO ARNALDO VARGAS NILO**

**DECLARACIÓN DE INADMISIBILIDAD DE FECHA 21 DE ABRIL  
DE 2010, EN EL MISMO SENTIDO QUE LA RECAÍDA  
EN ROL N<sup>º</sup> 1.671**

**ROL N<sup>º</sup> 1.673-2010**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY  
N<sup>º</sup> 18.933, DEDUCIDO POR LUIS ALMENDRAS IPINZA**

**DECLARACIÓN DE INADMISIBILIDAD DE FECHA 26  
DE OCTUBRE DE 2010, EN EL MISMO SENTIDO DE LA RECAÍDA  
EN ROL N<sup>º</sup> 1.662**

ROL Nº 1.674-2010

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO 38 TER  
DE LA LEY Nº 18.933, DEDUCIDO POR  
ALEJANDRA BRUNDL RIUMALLO

Santiago, veintitrés de septiembre de dos mil diez.

Proveyendo a fojas 33: a lo principal, por evacuado el traslado. Al primero y segundo otrosí, no ha lugar. Al tercero otrosí, por acompañados los documentos que indica. Al cuarto otrosí, téngase presente.

Proveyendo a fojas 43: por cumplido lo ordenado.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1º. Que, con fecha 5 de abril de 2010, doña Alejandra Brundl Riumallo ha requerido a esta Magistratura Constitucional para que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley Nº 18.933, en relación con el recurso de protección Rol Nº 800-2010, interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de la Isapre Consalud S.A.;

2º. Que, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, Nº 6º, de la Constitución, es atribución de este Tribunal “*resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución*”.

A su turno, el inciso decimoprimerero del mismo precepto fundamental señala: “*En el caso del número 6º, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*”;

3º. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra comprendido en el Decreto con Fuerza de Ley Nº 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, la cual razona en el sentido de que el pronunciamiento sobre la admisibilidad de un requerimiento de esta índole establecido por la Ley Fundamental exi-



ge, previamente, resolver sobre la admisión a trámite del requerimiento. Así, el inciso primero del artículo 82 de dicho texto legal establece que: *“Para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 79 y 80. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales”*.

Y su inciso segundo señala: *“No obstante, tratándose de defectos de forma o de la omisión de antecedentes que debían acompañarse, el Tribunal, en la misma resolución a que se refiere el inciso anterior, otorgará a los interesados un plazo de tres días para que subsanen aquéllos o completen éstos. Si así no lo hacen, el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales”*.

Por su parte, los artículos 79 y 80 de la legislación aludida establecen: *“Artículo 79. En el caso del número 6° del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.*

*Si la cuestión es promovida por una parte ejerciendo la acción de inaplicabilidad, se deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.*

*Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.*

*El tribunal deberá dejar constancia en el expediente de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes del proceso”*.

*“Artículo 80. El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas”;*

4°. Que el artículo 84 de la Ley N<sup>º</sup> 17.997 establece en su inciso primero que un requerimiento es inadmisibles: *“3° Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada”;*

5°. Que según consta del oficio N<sup>º</sup> 319-2010/P, de 11 de junio de 2010, de la Corte de Apelaciones de Santiago, que rola a fojas 43, en el recurso de protección en que incide el requerimiento interpuesto se dictó sentencia de primera instancia con fecha 20 de abril de 2010 y que ella se *“encuentra ejecutoriada”;*

**6°.** Que, se desprende de lo anterior que la gestión en relación con la cual se interpuso la acción de inaplicabilidad deducida ante este Tribunal se encuentra terminada, motivo por el cual, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 84, inciso primero, N° 3°, de la Ley N° 17.997, el requerimiento de autos, debe ser declarado inadmisibile.

Y **TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en los artículos 6°, 7° y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política de la República y en los artículos 84, inciso primero, N° 3°, y demás pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE DECLARA:**

Inadmisibile el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas uno. Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada con fecha 6 de mayo de 2010.

Notifíquese por carta certificada a la parte requirente y a la Isapre Consalud S.A. y por oficio a la Corte de Apelaciones de Santiago.

Archívese.

**Rol N° 1.674-2010**

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y por los Ministros señora Marisol Peña Torres y señores Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

**ROL N° 1.675-2010**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY  
N° 18.933, PRESENTADO POR ENRIQUE FONTECILLA CARBO**

**SENTENCIA DE FECHA 12 DE JULIO DE 2011, EN EL MISMO  
SENTIDO QUE ROL N° 1.658**

ROL N<sup>º</sup> 1.676-2010REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY  
N<sup>º</sup> 18.933, DEDUCIDO POR ALEJANDRO JORDÁN HERRERA

Santiago, a cinco de mayo de dos mil diez.

Proveyendo al escrito de fojas 56, a lo principal, estese al mérito de lo que a continuación se resolverá; al primer otrosí, ténganse por acompañados los documentos, bajo apercibimiento legal, al segundo otrosí, téngase presente.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1<sup>º</sup>. Que, con fecha 5 de abril de 2010, Alejandro Jordán Herrera, por sí, ha requerido a esta Magistratura Constitucional para que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, respecto del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, en el marco del proceso de protección Rol N<sup>º</sup> 503-2010, en contra de Isapre Colmena Golden Cross S.A., en actual tramitación ante la Corte de Apelaciones de Santiago;

2<sup>º</sup>. Que, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, de la Constitución, es atribución de este Tribunal “*resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución*”.

A su turno, el inciso undécimo del mismo precepto fundamental señala: “*En el caso del número 6<sup>º</sup>, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*”;

3<sup>º</sup>. Que la tramitación del requerimiento de inaplicabilidad se ciñe a las normas contempladas en el Capítulo II, Títulos I y II, Párrafo 6<sup>º</sup>, de la Ley N<sup>º</sup> 17.997;

4<sup>º</sup>. Que el artículo 47 F de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, establece: “*Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:*

1<sup>º</sup> Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado;

2° Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;

3° Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada;

4° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal;

5° Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y

6° Cuando carezca de fundamento plausible.

*Declarada la inadmisibilidad por resolución que deberá ser fundada, ésta será notificada a quien haya recurrido, al juez que conozca de la gestión judicial pendiente y a las demás partes que intervengan en ella, y el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.*

*La resolución que declare la admisibilidad o inadmisibilidad del requerimiento no será susceptible de recurso alguno.”;*

5°. Que el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento de inaplicabilidad deducido en la Primera Sala de esta Magistratura, que con fecha 14 de abril admitió a trámite el requerimiento, solicitando a la requerida que acompañe copia autorizada del contrato de salud respectivo y de sus modificaciones, requiriendo además a la Corte de Apelaciones de Santiago el envío de las piezas principales del proceso en el que incide la presente acción;

6°. Que, de conformidad al mérito de lo antes expresado y atendido lo dispuesto en los artículos 47 A y siguientes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, la presente causa se encuentra en estado de resolver acerca de su admisibilidad;

7°. Que la norma legal impugnada en autos corresponde al artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, disposición que fue incorporada a la referida legislación por el artículo 1°, N° 15, de la Ley N° 20.015, y que, en su texto refundido, coordinado y sistematizado, aprobado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, corresponde al artículo 199. En este sentido, por disposición expresa del inciso primero del artículo 2° de la Ley N° 20.015, la norma cuestionada en estos autos entró en vigencia en el mes de julio del año 2005 –fecha que coincide con la entrada en vigencia del Reglamento a que alude el mismo artículo–. En consecuencia, resulta evidente que el precepto legal impugnado no tendrá incidencia en la resolución del asunto sub lite pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago, ya que no es legislación aplicable al contrato de salud que vincula actualmente a la actora y a la Isapre requerida, el cual, acompañado a fojas 56, data de marzo de 2004;

8°. Que, a mayor abundamiento, el inciso final del mismo artículo de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, anteriormente citado, permite deducir que la tabla de factores incorporada a tal convención continúa en vigor a la fecha del requerimiento deducido en estos autos. En efecto, de los antecedentes tenidos a la vista se colige que la requirente –en su condición de afiliada– no ha aceptado un plan alternativo ofrecido previamente por la correspondiente Isapre, como tampoco ha contratado un nuevo plan de salud, distinto del que la ligaba con aquélla a la fecha de entrar a regir el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, por lo que sólo cabe concluir que éste es un precepto que no podrá aplicarse en la decisión que habrá de adoptarse en la gestión pendiente en la que incide el requerimiento;

9°. Que, examinado el requerimiento, a efectos de pronunciarse sobre su admisibilidad, y atendido el mérito de los antecedentes tenidos a la vista, esta Sala concluye que la acción constitucional deducida no cumple con la exigencia constitucional transcrita, según la cual *“la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto”* y, en los términos usados por la citada ley orgánica constitucional, la norma cuestionada en autos *“no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto”*;

10°. Que, habiéndose verificado que la acción no satisface el requisito referido, este Tribunal debe declararla inadmisibile.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6°, e inciso undécimo, de la Constitución, 47 A al 47 N y demás normas pertinentes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE DECLARA INADMISIBLE** el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas uno. Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento, oficiándose al efecto.

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake y Mario Fernández Baeza**, quienes estuvieron por declarar admisible el requerimiento, por estimar que éste satisface todos los requisitos que a esos efectos consideran la Carta Fundamental y la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura.

Notifíquese por carta certificada a las partes y comuníquese por oficio al tribunal que conoce de la gestión judicial pendiente.  
Archívese.

**Rol N<sup>º</sup> 1.676-2010**

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

## ROL N° 1.677-2010

### REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY N° 18.933, DEDUCIDO POR GONZALO TORO BONIFETTI

Santiago, dieciséis de noviembre de dos mil diez.

#### VISTOS:

Don Gonzalo Toro Bonifetti, ha deducido acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, en la causa sobre recurso de protección interpuesto en contra de la Isapre Banmédica S.A., que se encuentra pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol de ingreso N° 797-2010.

El caso es que el requirente suscribió con la mencionada Isapre un plan de salud en abril del año 2008 y, mediante carta de enero de 2010, ésta le comunicó el cambio en su tramo de edad y la consiguiente variación de su factor de riesgo, por lo que el precio del plan aumentó de 2,79 a 2,88 Unidades de Fomento mensuales.

Sostiene que el artículo 38 ter, en su aplicación al caso concreto, al autorizar el aumento del precio por el sólo hecho del envejecimiento del afiliado, resulta contrario a las garantías establecidas en los N°s 2°, 9°, 18° y 24° del artículo 19 la Constitución.

Lo anterior, toda vez que se establece una discriminación infundada y carente de razonabilidad; se vulnera su derecho a la protección de la salud, derecho social que se encuentra ligado al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, siendo un deber de las Isapres respetarlo y promoverlo; además que se infringe su derecho de acceso a la salud y a la elección del sistema de salud, restringiendo la facultad del afiliado para mantenerse en el sistema privado.

Agrega que se afecta su patrimonio, al tener que pagar un precio mayor sin que exista una contraprestación real y efectiva; se contraviene la reserva legal, al permitir el precepto impugnado que la Superintendencia de Salud establezca limitaciones a la propiedad a través de instrucciones, y que se conculca su derecho a la seguridad social, en el entendido que el contrato de salud previsional tiene naturaleza de institución de seguridad social y no de contrato de seguro privado.

En abono de sus alegaciones, al actor transcribe parte de las sentencias de esta Magistratura recaídas en las causas roles N<sup>º</sup> 976 y N<sup>º</sup> 1.287.

Por resolución de 3 de mayo de 2010, la Segunda Sala de este Tribunal admitió a trámite el requerimiento entablado y ordenó la suspensión del procedimiento en que incide y, por resolución de 25 del mismo mes y año, lo declaró admisible. Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, el requerimiento fue puesto en conocimiento de los órganos constitucionales interesados y de la Isapre Banmédica S.A.

Mediante presentación de 18 de junio de 2010, el abogado don Omar Matus de la Parra Sardá, en representación de la individualizada Isapre, solicita que el requerimiento sea rechazado en todas sus partes.

Señala que las “*tablas de factores*” están incorporadas a la legislación relativa al sistema de salud, no de manera arbitraria, sino que dentro del esquema adoptado por el legislador, quien, luego de la reforma al sector, optó porque el valor que podían cobrar las Isapres se compusiera por la suma del precio de las Garantías Explícitas en Salud y del precio del Plan Complementario de Salud, correspondiendo este último al producto de multiplicar el Precio Base asignado al respectivo plan –que representa los costos generales, según sus coberturas y beneficios–, por el Factor de Ponderación que se aplica según la Tabla de Factores establecida por la Isapre e incorporada al plan que cada afiliado elige libremente y que representa los costos específicos asociados a la persona que contrata, dados por elementos objetivos y conocidos del afiliado, como son la edad, el sexo y la condición de cotizante o carga.

Añade que este diseño normativo supone el reconocimiento del legislador, en orden a que el precio que se paga por un plan ha de sufrir variaciones en el tiempo para permitir el equilibrio económico que hace posible el funcionamiento de las Isapres, variaciones que se relacionan con el riesgo de salud que corresponde al afiliado, desde el momento que el contrato de salud previsional es un contrato de seguro y que la propia ley exige que se pacte de manera indefinida.

Sostiene que no se producen las infracciones constitucionales aducidas por el requirente, ya que el precepto impugnado no vulnera la igualdad ante la ley ni es arbitrario pues, a través del señalado mecanismo objetivo de variación de precio, precisamente se busca que se trate de un modo igual a quienes se encuentran en la misma situación. Tampoco se infringe

el derecho a la protección de la salud, dado que éste no implica que al afiliado le sea permitido acceder a las acciones de protección, promoción y recuperación virtualmente sin costo o con el costo que él estime razonable, ya que ello haría imposible el funcionamiento de las Isapres, a lo que agrega que el propio sistema tiene prevista la posibilidad de que una persona no pueda pagar su permanencia en el sistema privado y para eso contempla la cobertura de FONASA.

Anota que la norma impugnada no afecta la propiedad ni los derechos que emanan del contrato de salud celebrado con la Isapre, en tanto el afiliado estaba en conocimiento del cambio del factor de ponderación desde el mismo día en que lo suscribió, y que tampoco quebranta el derecho a la seguridad social, pues no se puede pretender que éste sea ilimitado, de modo de querer obtener sólo los derechos que emanan del contrato sin cumplir con sus obligaciones, que incluyen el pago por las prestaciones a que se puede acceder.

Se ordenó traer los autos en relación y en audiencia de 12 de octubre de 2010 se procedió a la vista de la causa, en forma conjunta con las causas roles N° 1.657 y N° 1.626, oyéndose la relación, sin que alegaran abogados por las partes involucradas en el presente requerimiento, y

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.** Que, conforme con el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimeros de la Constitución Política de la República, según se señala en la parte expositiva de esta sentencia, en la acción deducida en autos se solicita inaplicar –en lo pertinente– el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, sobre Instituciones de Salud Previsional, porque su aplicación al caso específico de que se trata, resultaría contraria a los reseñados derechos reconocidos por la Constitución;

**SEGUNDO.** Que, por sentencia de 6 de agosto de 2010 (Rol N° 1.710), expedida con arreglo al artículo 93, incisos primero, N° 7°, y decimosegundo, de la Constitución, este Tribunal ya se pronunció sobre la materia, declarando inconstitucionales los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del referido precepto legal, precisamente por contravenir la Carta Fundamental;

**TERCERO.** Que, por ende, a partir de la publicación del aludido fallo en el Diario Oficial, ocurrida el 9 de agosto de 2010, las reglas sobre alzas que preveían los N°s 1 al 4 del inciso tercero del cuestionado artículo 38 ter, correspondiente al artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, perdieron validez general, de modo que no pueden seguir aplicándose, tal como razonó esta Magistratura en ese mismo veredicto (cc. centesimosexagesimonoveno al centesimoseptuagesimoprimeros) y en su posterior sentencia recaída en los autos Rol N° 1.552;



**CUARTO.** Que, así las cosas, en procura de hacer eficaz lo resuelto en la mencionada sentencia de inconstitucionalidad y a fin de evitar cualquier posibilidad de que la norma legal objetada pueda, eventualmente, aplicarse por los tribunales que conocen de la gestión pendiente y que, al hacerlo, se vulnera la Constitución, el presente recurso de inaplicabilidad será acogido.

Y TENIENDO, ADEMÁS, PRESENTE lo prescrito en los artículos 6<sup>º</sup> y 7<sup>º</sup> de la Carta Fundamental, así como las disposiciones pertinentes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

**QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS UNO.** Se deja sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 46. Oficiase al efecto a la Corte de Apelaciones de Santiago.

Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán no comparte los considerandos tercero y cuarto y tiene adicionalmente presente las siguientes motivaciones:

1<sup>º</sup>. Que con fecha 6 de agosto de 2010 esta Magistratura señaló, en los autos de inconstitucionalidad Rol N<sup>º</sup> 1.710, que **“los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.993, son inconstitucionales”**. Como se sabe, dicho precepto decía relación con la circunstancia de que cada rango de edad que fijare la Superintendencia en sus instrucciones se debía sujetar a las siguientes reglas **“1. El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad; 2. Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años; 3. La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan; 4. La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo.”**;

2<sup>º</sup>. Que en dicha sentencia se sostuvo que **“como corolario del análisis efectuado, este Tribunal ha logrado convicción en cuanto a que los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 no cumplen los supuestos descritos en el considerando precedente y, por consiguiente, son incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, y lesionan, asimismo, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, en el sentido que todos ellos se encuentran reconocidos y asegurados en nuestra Carta Fundamental”** (c. centesimocuadragesimocuarta). Por lo mismo se dejó constancia de que **“esta Magistratura estima necesario, además, hacer presente que la determinación de la estructura de las tablas de factores y la fijación de los factores de cada una de ellas deberán ajustarse a lo que**

establezcan, en uso de sus facultades, los órganos colegisladores para dar cabal cumplimiento a lo resuelto en este fallo” (c. centesimosexagesimotercero). Se trata de un llamado al legislador futuro;

3°. Que en más de un centenar de pronunciamientos (STC Roles N<sup>os</sup> 742, 757, 761, 837, 845, 847 a 874, 876, 878, 879, 880, 882 a 942, 949 a 962, 971, 973, 974, 975 y 978, entre otros) esta Magistratura sostuvo la improcedencia de las acciones de inaplicabilidad presentadas respecto de un precepto declarado íntegramente inconstitucional. Fundó lo anterior en atención a que *“no le corresponde pronunciarse sobre un requerimiento recaído sobre preceptos legales que no tienen carácter de tales por encontrarse derogados a la fecha en que éste fue presentado”*. Se hizo presente los efectos derogatorios de la declaración, entendiéndose que por lo mismo la sentencia sólo produce consecuencias a futuro, entendiéndose por tales *“a las situaciones que ocurran con posterioridad a su publicación en el Diario Oficial”*. De forma tal que carecería de *“facultades para declarar la inaplicabilidad de un precepto legal que no tiene existencia constitucional y que, además y a mayor abundamiento, como su principal consecuencia, ya no puede tener efecto alguno en la decisión del fondo de la materia en litis”*. Sin embargo, este previniente concurrió a dicha decisión en el entendido que el conflicto constitucional no resultaba factible al haber dejado de existir el precepto legal en cuestión, presupuesto básico de la inaplicabilidad, razón por la cual el precepto legal no podía aplicarse a partir de dicha decisión;

4°. Que en estos autos se ha acogido la acción de inaplicabilidad, remitiéndose en el considerando tercero a lo resuelto en los autos Rol N<sup>o</sup> 1.552. En esta última decisión esta Magistratura hizo presente que la sentencia de inconstitucionalidad *“ha venido a afectar la totalidad de los contratos de salud en curso al 9 de agosto, donde fueron incorporadas las reglas sobre alzas que prevenían los N<sup>os</sup> 1 a 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>o</sup> 18.933, puesto que –a contar de esa data– tales reglas perdieron validez general y, por tanto, no pueden seguir aplicándose”*. De modo tal que no resulta posible *“que un precepto invalidado por esta Magistratura (...) pueda seguir rigiendo hacia el futuro bajo la premisa de haberse encontrado vigente al momento de perfeccionarse la antedicha relación contractual”*; concluyéndose que los contratos de salud a partir de la fecha de la sentencia no pueden estar afectos a lo dispuesto en el precepto legal declarado inconstitucional y por lo mismo *“no tiene dicho precepto efecto ultractivo por el hecho de que hallara vigente al momento de perfeccionarse las mencionadas convenciones”*;

5°. Que, como lo señaló este previniente en todas las causas a que alude el considerando tercero de este voto, de conformidad a lo establecido en el artículo 94 de la Constitución Política de la República, inciso tercero, el precepto legal declarado inconstitucional, en este caso los números 1 a 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, *“se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”*;

6°. Que en cuanto a los antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento de la disposición, es del caso reiterar la discusión suscitada en torno a la controversia, a objeto de precisar el propósito del constituyente;

7°. Que, en primer trámite constitucional, en el Senado, se consagraba que la norma legal que fuera declarada inconstitucional “*se entenderá derogada desde dicha publicación*”. En la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, el Senador señor Espina propuso una disposición según la cual “*la declaración de inconstitucionalidad no operará con efecto retroactivo respecto de todas aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada*”. Sobre el punto el Subsecretario del Interior de la época, señor Jorge Correa Sutil, opinó que, “*si bien intenta reafirmar la validez de aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada antes de una declaración de inconstitucionalidad, no impide que se susciten dudas en relación a actos, negocios, contratos y otros instrumentos suscritos con anterioridad a dicha declaración*”. Por su parte, el senador Larraín consideró innecesaria esta indicación pues “*las proposiciones que ella contiene son igualmente aplicables en virtud de los principios generales de derecho en esta materia, que son de común e indubitada aplicación en nuestro medio*”. Del mismo modo, los senadores Moreno y Silva Cimma “*coincidieron en cuanto a que tales disposiciones serían innecesarias*”. Así las cosas, se dejó expresa constancia en relación a que “*los fallos del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional un precepto legal producen efectos desde su publicación en el Diario Oficial y, en caso alguno, en forma retroactiva*”;

8°. Que, en segundo trámite, en la Cámara de Diputados también se discutió acerca del alcance de la inconstitucionalidad. Así, en sesión de 23 de marzo de 2005, la diputada señora Guzmán destacó la relevancia de la inconstitucionalidad, como una “*forma más consistente para asegurar la igualdad ante la ley*”. Por su parte, el diputado señor Bustos señaló la conveniencia de “*establecer un recurso de inconstitucionalidad en que la disposición quede erga omnes como tal y, por lo tanto, inválida jurídicamente*”. El texto aprobado en segundo trámite establecía que el precepto legal declarado inconstitucional quedaría sin efecto “*de pleno derecho*”;

9°. Que, con posterioridad, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se hizo presente ciertas dudas que se suscitaban en lo concerniente al momento a partir del cual el precepto declarado inconstitucional quedaba sin efecto, estimando que “*la redacción de esta norma no debería admitir la posibilidad que las resoluciones que el Tribunal Constitucional adopte en estos casos produzcan efectos retroactivos*”, solicitando al Ejecutivo recoger estas observaciones en el veto que el Presidente de la República podía formular;

10°. Que, por lo mismo, el efecto de las sentencias del Tribunal Constitucional fue materia de un veto presidencial, precisándose –en sus motivaciones– que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal

“sólo tiene carácter **derogatorio** y, por ende, su declaración de inconstitucionalidad **no tiene efecto retroactivo**”. De modo tal que la disposición señala que el precepto declarado inconstitucional “se entenderá derogado desde la publicación en el *Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo*”. En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se consignó que este veto correspondía a “ajustes que se han efectuado a diversos numerales del artículo 82”. Esta materia fue aprobada en la Sala sin discusión y por unanimidad. La Cámara de Diputados a su turno también lo aprobó, destacándose por los diputados Guzmán y Bustos la relevancia de la acción de inconstitucionalidad;

**11°.** Que sobre el punto la doctrina especializada ha señalado que la decisión del constituyente en cuanto al efecto derogatorio y no retroactivo, ex nunc, “es compleja y no exenta de críticas”, habida consideración de que ello “tiene enormes implicancias y se relaciona con juicios sentenciados conforme a preceptos legales declarados inconstitucionales; con procesos en marcha, y derechos, situaciones o posiciones adquiridas en dicho período conforme a un precepto legal inconstitucional”, incluso en materias tan relevantes como la penal; sin embargo, concluye, “la Constitución es categórica: **prohíbe aplicar efectos retroactivos a una sentencia de inconstitucionalidad**” (Gastón Gómez Bernal, La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional, en Reforma Constitucional, 2005, página 683). Otro autor ha puntualizado, con motivo de la prohibición de efecto retroactivo de la sentencia de inconstitucionalidad, que la regla constitucional “parece excesivamente rígida, ya que en algunos casos excepcionales se puede requerir que la sentencia pueda generar efectos ex tunc. Un caso concreto donde parece razonable la aplicación de criterios ex tunc es cuando se impugna la inconstitucionalidad de un precepto legal por vicios de procedimiento o forma; declarada la inaplicabilidad en concreto y solicitada la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, parece difícil sostener que una norma que no pudo nacer constitucionalmente pueda considerarse válida e integrante del ordenamiento jurídico hasta el momento de la expulsión por fallo del Tribunal Constitucional; parece que en tal caso se justifica los efectos ex tunc, **dejando a salvo los derechos adquiridos y la cosa juzgada**” (Humberto Nogueira Alcalá, El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad de las leyes en la reforma constitucional de 2005. De las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias, en La Constitución Reformada de 2005, páginas 444 y 445);

**12°.** Que de lo dicho se desprende que el propósito del constituyente fue evitar que la decisión de inconstitucionalidad pudiera tener efectos retroactivos, de forma tal de no alterar situaciones jurídicas consolidadas o amparadas por sentencia o resolución que produzca efectos de cosa juzgada. Como señaló esta misma Magistratura, en los autos de inconstitucionalidad: “de lo expresado anteriormente, debe concluirse que el artículo 94 de

la Constitución, al referirse a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, y señalar que la norma declarada inconstitucional se entenderá derogada, alude a una **especie de derogación sui generis**, que debe distinguirse de la derogación efectuada por el legislador, toda vez que no responde a razones de mérito sino a la verificación de un vicio constitucional de orden público; por lo mismo, un efecto ultratractivo de las normas derogadas es limitado y sólo opera para el futuro” (c. vigesimoséptimo). De este modo, “la sentencia que dicte el Tribunal Constitucional no puede afectar situaciones consolidadas, esto es, nacidas y concluidas bajo el imperio de la o las normas declaradas inconstitucionales” (c. centesimosexagesimooctavo). En otras palabras, el hecho de que su sentencia carezca de efectos retroactivos significa que “**no afecta situaciones acaecidas ni actos realizados con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial**” (Rol N<sup>º</sup> 597, c. quinto);

13°. Que así las cosas, teniendo presente la circunstancia de que los numerales 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 han sido derogados como consecuencia de la sentencia dictada por este Tribunal, en conformidad a lo prescrito en el artículo 94 de la Constitución Política de la República, debe concluirse que la disposición no puede recibir aplicación en la causa *sub lite*, tal como se señaló en los autos Rol N<sup>º</sup> 685;

14°. Que, por último, a este Tribunal, como también lo ha señalado esta Magistratura, no le corresponde pronunciarse sobre la validez de los pactos contractuales suscritos con anterioridad a la publicación en el Diario Oficial de la sentencia de inconstitucionalidad, lo que es de resorte y competencia exclusiva del juez de la instancia (Rol N<sup>º</sup> 685, c. decimotercero). Por lo mismo, tal como lo comunicó este Tribunal frente a una consulta formulada por la Corte Suprema, en resolución de 17 de julio de 2007, “la sentencia de inconstitucionalidad dictada por este organismo y a la que alude el oficio, no puede, ni pueden producir, ningún efecto respecto de la **facultad privativa que tiene vuestra Excelencia para resolver, en ejercicio de su competencia, la causa sub lite**”. De igual forma como también le corresponderá a la judicatura ordinaria determinar si el precepto legal no resulta aplicable a la litis en atención a la fecha de suscripción de los contratos respectivos de salud, tal como lo ha señalado este Tribunal (STC Roles N<sup>OS</sup> 1.544, 1.644 y 1.646) y la propia Sala Constitucional de la Corte Suprema (Rol N<sup>º</sup> 7779-2008).

**Acordada con el voto en contra de la Ministra señora Marisol Peña Torres** quien estuvo por rechazar el requerimiento de autos por las siguientes consideraciones:

1°. Que, tal como se indica en la parte expositiva, el requirente, señor Gonzalo Toro Bonifetti, suscribió un contrato de salud con la Isapre Banmédica S.A., en abril del año 2008. Mediante carta de enero de 2010, ésta

le comunicó el cambio en su tramo de edad y la consiguiente variación de su factor de riesgo aumentando consecuencialmente su plan de salud de 2,79 a 2,88 unidades de fomento mensuales;

2°. Que la sentencia de este Tribunal que pronunció la inconstitucionalidad de cuatro numerales del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 fue dictada el 6 de agosto de 2010, entendiéndose derogada aquella parte del precepto legal indicado desde la publicación de dicha sentencia en el Diario Oficial, lo que ocurrió el 9 de agosto de ese mismo año, por aplicación de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 94 de la Carta Fundamental;

3°. Que la disposición constitucional recién mencionada señala expresamente: “(...) *el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo.*” (El subrayado es nuestro). Cabe entender, entonces que, por expresa disposición constitucional, la sentencia que pronuncia la inconstitucionalidad de un precepto legal no puede hacerse extensiva a situaciones acaecidas con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial, pues ello implicaría violentar la voluntad del Constituyente que optó por otorgarle efectos *ex nunc* a dicha sentencia y no efectos *ex tunc* como ocurre con otros ordenamientos normativos en el Derecho Comparado;

4°. Que el problema a determinar, en relación con el caso concreto que en esta oportunidad se decide, es si el efecto no retroactivo de las sentencias de inconstitucionalidad es de carácter absoluto o puede matizarse en algunos casos sin violentar la voluntad del Constituyente;

5°. Que, sobre este punto, conviene recordar que el propio creador de la jurisdicción constitucional concentrada, el jurista Hans Kelsen, sostenía que “*sería conveniente en interés de la propia seguridad jurídica, no atribuir, en principio, ningún efecto retroactivo a la anulación de normas generales. Al menos dejar subsistir todos los actos jurídicos anteriormente realizados con base a la norma en cuestión. Pero ese interés no existe cuando los hechos anteriores a la anulación no han sido todavía objeto –al momento en que la anulación se produce– de ninguna decisión de autoridad pública, los cuales si se evitara todo efecto retroactivo a la resolución de anulación, deberían ser juzgados en virtud de que la norma general es anulada pro futuro, esto es, para los hechos posteriores a su anulación– de acuerdo con la norma anulada (....).*” (“La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”. Traducción de Rolando Tamayo Salmorán revisada por Domingo García Belaúnde. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 10, julio-diciembre 2008, p. 25);

6°. Que si bien el Constituyente del año 2005 optó por conferir un efecto “derogatorio” y no “anulatorio” a la declaración de inconstitucio-

nalidad de un precepto legal –lo que naturalmente no tiene el mismo alcance–, la doctrina especializada ha estimado que la regla constitucional que contempla el efecto no retroactivo de la aludida declaración parece excesivamente rígida, ya que en algunos casos excepcionales se puede requerir que la sentencia pueda generar efectos *ex tunc* (Nogueira Alcalá, Humberto. “El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias.” En: Francisco Zúñiga (Coord.). Reforma constitucional. Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 615);

7°. Que, en ese sentido, durante la discusión de la reforma constitucional del año 2005, el senador Alberto Espina promovió una indicación tendiente a agregar al entonces inciso tercero del artículo 83 (hoy 94) de la Constitución, la siguiente oración: “*La declaración de inconstitucionalidad no operará con efecto retroactivo respecto de todas aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada.*” (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 8 de marzo de 2003);

8°. Que, por su parte, el Subsecretario del Interior, Jorge Correa Sutil, acotaba, respecto de este punto que: “*la indicación 269 (del Ejecutivo), si bien intenta reafirmar la validez de aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada antes de una declaración de inconstitucionalidad, no impide que se susciten dudas en relación a actos, negocios, contratos y otros instrumentos suscritos con anterioridad a dicha declaración.*” (El subrayado es nuestro).

Por su parte, en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se estimó conveniente dejar expresa constancia de que los fallos del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional un precepto legal producen efectos desde su publicación en el Diario Oficial y “*en ningún caso* en forma retroactiva”. (El subrayado es nuestro). (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 8 de marzo de 2003).

De esta forma, al rechazarse las indicaciones que tendían a matizar el efecto no retroactivo de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de un precepto legal, sólo cabe concluir que el Tribunal Constitucional no puede, en ningún caso, atribuirles dicho efecto;

9°. Que, así, y en lo que a la resolución de este conflicto de constitucionalidad atañe, no cabe, a juicio de esta disidente extender los efectos de la sentencia recaída en el Rol 1.710 a un contrato celebrado con anterioridad a su dictación, con mayor razón cuando el conflicto se ha originado, por un alza en el precio del plan de salud, derivada de ese contrato, que se ha reclamado, también, con anterioridad a la fecha de publicación de dicha sentencia en el Diario Oficial;

**10°.** Que distinta es la necesidad que asiste a este Tribunal de examinar si el precepto legal impugnado en estos autos –el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 introducido por la Ley N° 20.015– puede recibir aplicación en el recurso de protección que sustancia la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el rol de ingreso N° 797-2010 teniendo presente que, al momento de su interposición, dicho precepto legal no se encontraba derogado y que, además, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2° de la Ley N° 20.015, “*los contratos de salud previsional que se celebren con posterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley deberán ajustarse a ella.*”;

**11°.** Que, en esa línea de razonamiento debe recordarse la jurisprudencia de esta Magistratura en el sentido que basta que el precepto legal impugnado tenga la posibilidad de aplicarse en la gestión pendiente de que se trata –y, eventualmente, de forma inconstitucional– para que este Tribunal deba entrar a pronunciarse sobre su inaplicabilidad.

Se ha sostenido, en efecto, que “*(...) para fundar una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es suficiente que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto, correspondiendo al Tribunal únicamente verificar la posibilidad de que el precepto legal sea aplicado a un caso, para quedar obligado a pronunciarse sobre la acción deducida, y que la acción de inaplicabilidad es un medio de accionar en contra de la aplicación de normas legales determinadas contenidas en una gestión judicial y que puedan resultar derecho aplicable (roles 501, 505, 790, y 943, entre otros).*” (STC Rol N° 1.295, c. cuadragésimosegundo);

**12°.** Que, desde este punto de vista, el requirente sostiene que “*siendo una de las razones que motiva el recurso de protección interpuesto ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, precisamente la arbitrariedad que supone el ostensible e inexorable aumento de precio de los planes de salud a medida que las personas envejecen, de la simple lectura del texto transcrito se desprende que la norma impugnada resulta directamente aplicable para resolver la cuestión debatida en dicha gestión pendiente.*” (Página 3 del requerimiento).

En el referido recurso de protección argumenta, por su parte, que “*se me ha informado a través de carta que llego (sic) al domicilio del recurrente con fecha 1 de Febrero de 2010, que a partir de la remuneración del mes de Abril de 2010, pretende aumentar 0,3m% (sic) el precio total del plan de salud Andes Austral sin establecer las razones de tal alza.*”

La aludida carta de adecuación, que rola a fs. 19 de estos autos, de 19 de enero de 2010, indica que “*se ha producido una variación en los tramos de edad suyo y/o de sus beneficiarios definidos en su plan de salud, los cuales deben ajustarse en esta oportunidad*”. Continúa precisando que: “*En su caso la(s) persona(s) que tiene(n) variación en el rango de edad es (son) las(s) siguiente(s): GONZALO JAVIER TORO BONIFETTI, cambió del factor 0,90 al factor 1,00.*”;



**13°.** Que, así, la acción de inaplicabilidad deducida en esta oportunidad se funda en el hecho de que, de aplicarse por la Corte de Apelaciones de Santiago, el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 o Ley de Isapres, para fallar el recurso de protección deducido por el Sr. Toro Bonifetti, se producirá una vulneración de los derechos asegurados en los numerales 2<sup>º</sup> (igualdad ante la ley); 9<sup>º</sup> (derecho a la protección de la salud); 18<sup>º</sup> (derecho a la seguridad social) y 24<sup>º</sup> (derecho de propiedad) del artículo 19 de la Constitución Política. Entonces, la sola posibilidad de que dicha aplicación produzca un resultado contrario a la Constitución es suficiente para que, conforme a su jurisprudencia reiterada, este Tribunal deba decidir su inaplicabilidad a la luz de las circunstancias propias del control concreto que ella supone;

**14°.** Que yerra, entonces, el requirente cuando afirma, en su libelo, que, a la luz de lo resuelto en la sentencia Rol N<sup>º</sup> 976 de esta Magistratura, si “*existe una inconstitucionalidad del artículo 38 ter (...), no serán necesarias pruebas para el caso concreto, pues es contraria en forma abstracta y por ende para todos los casos particulares.*” (Página 4 del requerimiento).

Esta forma de razonar es contraria al texto inequívoco del artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, de la Carta Fundamental, según el cual, el Tribunal Constitucional debe decidir la inaplicabilidad de un precepto legal “*cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.*” (El subrayado es nuestro). De ello se deduce que lo que puede resultar contrario a la Carta Fundamental es la aplicación que un determinado precepto legal recibirá en una gestión judicial concreta, a la luz de las particulares circunstancias que la rodean. Sólo así puede comprenderse por qué, en la jurisprudencia de esta Magistratura un mismo precepto legal, en algunos casos, ha sido declarado inaplicable y en otros, no (artículo 299, N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup>, del Código de Justicia Militar);

**15°.** Que, sobre la base explicada, y para decidir el conflicto de constitucionalidad que debe resolverse debe considerarse que esta Magistratura ha acogido, en reiteradas oportunidades, acciones de inaplicabilidad referidas al artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, que es la misma norma impugnada en esta ocasión. De hecho, y antes de pronunciarse la inconstitucionalidad de dicha norma, con efectos *erga omnes*, decidió la inaplicabilidad de dicho precepto legal en los roles N<sup>OS</sup> 976, 1.218, 1.287 y 1.273;

**16°.** Que, como esta Ministra disidente señaló en su voto particular recaído en la sentencia Rol N<sup>º</sup> 1.710, tales acciones de inaplicabilidad se dedujeron teniendo como gestión pendiente, sendos recursos de protección deducidos ante diversas Cortes de Apelaciones, reclamando de la ilegalidad y arbitrariedad en que había incurrido la Isapre respectiva, al subir, unilateralmente, el precio del plan de salud por aplicación de la tabla de factores contenida en el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933

introducido por la Ley N° 20.015. Ello coincide con la gestión pendiente en este requerimiento de inaplicabilidad.

Pero, además, esta misma disidente precisó, en aquel voto particular, que *“las referidas acciones de inaplicabilidad fueron deducidas por personas afiliadas a diversas Instituciones de Salud Previsional (Isapres), quienes fueron notificadas, mediante la respectiva carta de adecuación de una alza en el precio de su plan de salud como consecuencia de la modificación experimentada en el valor de éste, no en su precio base, sino que en la aplicación de la tabla de factores a que alude el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, en base a los factores de edad y sexo, respectivamente.”* Se indicó, también, que *“los diversos requirentes de inaplicabilidad, en cada uno de esos procesos, fueron personas de 60 años de edad o más.”*;

**17°.** Que las declaraciones previas de inaplicabilidad recaídas en los Roles N°s 976, 1.218, 1.287 y 1.273 contaron con el voto de esta Ministra disidente sobre la base que la vulneración, en cada una de las gestiones judiciales pendientes, de los derechos constitucionales mencionados se producía porque el alza en el precio del respectivo plan de salud, como consecuencia de la aplicación de la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, se producía considerando el factor edad a que ella alude, de forma que personas que objetivamente se encontraban en condiciones de particular vulnerabilidad, no sólo por su edad, sino por su condición de “cotizantes cautivos”, eran discriminadas y desprotegidas desde el punto de vista de la seguridad social, haciendo además ilusorio su derecho a elegir el sistema de salud al que habían decidido estar adscritas;

**18°.** Que un razonamiento congruente con tal juicio y que además resulte acorde a la naturaleza propia de un control concreto que importa la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad exige examinar si, en la especie, se dan condiciones similares a las que motivaron la decisión de esta magistrada en las sentencias previas de inaplicabilidad a que se ha hecho referencia;

**19°.** Que, en tal sentido, del contrato de salud acompañado a estos autos por la Isapre Banmédica, de 25 de abril de 2008, puede desprenderse que el cotizante y requirente de inaplicabilidad, señor Gonzalo Javier Toro Bonifetti, tiene 31 años de edad y que, según la tabla de factores, incorporada a dicho contrato referido al plan de salud Andes Austral I, la adecuación en el precio de su plan, comunicada por carta de 19 de enero de 2010, se debe, precisamente a que él cambió de tramo de edad. En efecto, en el tramo que va desde los 25 a los 30 años de edad, el factor que debía aplicarse al precio base era de 0,90. En cambio, al cumplir 31 años, cambia al tramo que va desde los 30 a menos de 35 años, donde el factor corresponde a 1,00.

Por otra parte, su único beneficiario, el menor Amaro Tomás Toro Valenzuela, cumplió 5 años de edad en agosto de este año, correspon-

diendo que cambie del tramo de 2 a menos de 5 años, que tiene asignado un factor de 0,60, al tramo que va desde los 5 a menos de 10 años, donde el factor baja a 0,50;

**20°.** Que, por tanto, a la luz de los hechos que se han reseñado, no se aprecia cómo, en este caso concreto, la aplicación del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 puede producir un resultado contrario a la igualdad ante la ley, pues no existe una desigualdad esencial que grave al requirente en forma distinta y discriminatoria respecto de otros cotizantes jóvenes que tengan una situación familiar similar. Lo anterior, entendiendo, como lo ha hecho este Tribunal, que la discriminación que vulnera la igualdad ante la ley es aquella carente de razonabilidad, que no respeta la igualdad de trato que la Constitución ha querido cautelar entre aquellos que se encuentran en una misma situación. Resulta evidente que una persona joven que inicia una vida familiar no está afectada por la condición de vulnerabilidad propia de los mayores de 60 años de edad, afectados por dolencias físicas inherentes a la edad y que, en muchos casos, sólo perciben ingresos provenientes de sus pensiones de jubilación;

**21°.** Que, en idéntico sentido, esta Ministra disidente estima que no existe afectación del derecho a la protección de la salud, particularmente en lo que se refiere a la libre elección del sistema de salud, pues, a diferencia de lo que sostiene el requirente, en su recurso de protección, no se ha acreditado en autos que estemos frente a un “cotizante cautivo” (definido en la letra i) del artículo 170 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, de 2005, del Ministerio de Salud) que se encuentre impedido de emigrar hacia otra institución de salud previsional que le resulte más adecuada a la realidad de sus ingresos o, incluso, al sistema público representado por el Fondo Nacional de Salud (FONASA);

**22°.** Que, asimismo, no se aprecia cómo, en la especie, podría producirse una afectación del derecho a la seguridad social, asegurado a toda persona para protegerla de las contingencias derivadas, entre otros factores, de la edad, y que disminuyan su capacidad de afrontarlas por sí misma cuando, como se ha dicho, nos encontramos frente a una persona joven, de 31 años de edad, con un solo beneficiario pequeño adscrito a su plan de salud, sin que uno u otro padezcan dolencias especiales que hayan sido demostradas en este proceso constitucional. Estas particulares condiciones del requirente y de su beneficiario permiten afirmar que ni uno ni otro se encuentran en una condición de particular vulnerabilidad que ameritara un trato especial y diferente al de sus iguales;

**23°.** Que, finalmente, tampoco puede estimarse infringido el derecho de propiedad del requirente, pues el alza operada en el precio de su plan de salud, producto del cambio del factor etéreo del propio actor, y que va desde 2,79 UF a 2,887 UF, no parece tener la entidad suficiente como para sostener que produce una merma significativa de su patrimonio,

aun cuando éste es un aspecto que deberá ser apreciado, latamente, por el juez del fondo.

Aún más, la variación del precio del plan de salud, como consecuencia del cambio de edad del requirente (de 30 a 31 años de edad) parece verse compensada con la disminución equivalente que éste debe experimentar producto del cambio en la edad de su único beneficiario (que entra al tramo que va desde los 5 a los 10 años de edad).

Redactó la sentencia el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado y, la prevención y la disidencia, sus respectivos autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

### **Rol N° 1.677-2010**

Se certifica que la Ministra señora Marisol Peña Torres concurrió al acuerdo y a la sentencia, pero no firma por encontrarse en comisión de servicio en el exterior.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander e Iván Aróstica Maldonado. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

### **ROL N° 1.678-2010**

#### **REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 212 DEL CÓDIGO CIVIL, DEDUCIDO POR ALBERTO MICHEL HADDAD VALECH**

Santiago, veintitrés de julio de dos mil diez.

Proveyendo la presentación de fojas 130: a lo principal, por cumplido lo ordenado. Al otrosí, estése al mérito de autos.

Proveyendo la presentación de fojas 138: téngase presente.

Proveyendo la presentación de fojas 140: téngase presente.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1°. Que, con fecha 7 de abril de 2010, el abogado Cristián Ramírez Tagle, en representación de don Alberto Michel Haddad Valech, requirió a esta Magistratura Constitucional la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 212 del Código Civil, en relación con los autos caratulados “Haddad con Robin”, sobre impugnación de paternidad, de los cuales conoce actualmente la Corte Suprema bajo el Rol N<sup>º</sup> 3678-2010, por haberse deducido recursos de casación en la forma y en el fondo en contra de la sentencia de segunda instancia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 15 de marzo de 2010;

2°. Que el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6°, de la Ley Fundamental, establece que es atribución de este Tribunal Constitucional *“resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”*

A su turno, el inciso decimoprimer del mismo precepto fundamental señala: *“En el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.”*;

3°. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, que en su artículo 47 F establece: *“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:*

1° *Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado;*

2° *Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;*

3° *Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya pues- to término a ella por sentencia ejecutoriada;*

4° *Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal;*

5° *Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y*

6° *Cuando carezca de fundamento plausible.*

*Declarada la inadmisibilidad por resolución que deberá ser fundada, ésta será*

notificada a quien haya recurrido, al juez que conozca de la gestión judicial pendiente y a las demás partes que intervengan en ella, y el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.

*La resolución que declare la admisibilidad o inadmisibilidad del requerimiento no será susceptible de recurso alguno.”;*

4°. Que para entrar a pronunciarse acerca de la admisibilidad del requerimiento presentado, por resolución de 9 de junio de 2010, este Tribunal solicitó al actor adjuntar copia de los recursos de casación en la forma y en el fondo a que se ha hecho referencia en el considerando primero;

5°. Que por presentación de 15 de junio de 2010, el requirente dio cumplimiento a lo ordenado, acompañando copia del escrito correspondiente presentado ante la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 1 de abril de este año;

6°. Que fundamentando el recurso de casación en el fondo el actor señala que **“ni el tenor ni el sentido del artículo 212 (del Código Civil) cubre la hipótesis de hecho del caso en análisis, resultando inaplicable para el caso de autos, no obstante el esfuerzo interpretativo del juez, que debe buscar la o las normas que le permitan dar solución al asunto controvertido”** (fojas 134).

Agrega que *“del análisis de lo señalado en los artículos 212, 213, 214 y 215 (del Código Civil), el legislador no previó la acción de impugnación para el padre del hijo matrimonial que tuvo conocimiento, con posterioridad a los plazos de caducidad del artículo 212 del Código Civil, que no es el padre biológico de los menores”* (fojas 134);

Indica mas adelante que *“el hecho que no exista norma que resuelva la cuestión planteada y, considerando que el artículo 212 del Código Civil está establecido para una hipótesis diversa, exige al Tribunal crear una solución que sea acorde con el contexto normativo y el espíritu del legislador en materia de filiación y acciones de impugnación, a las que se refiere el Párrafo 3° del Título VIII del Libro I del Código Civil.*

*Surge así la necesidad de crear una solución de equidad, para el caso en análisis, ya que al no existir norma que resuelva el conflicto planteado, será el Tribunal el encargado de resolverla”* (fojas 134 vta.)*(el destacado es nuestro);*

7°. Que de los antecedentes reseñados se desprende que el asunto sometido actualmente a la decisión jurisdiccional de la Corte Suprema se refiere al ordenamiento jurídico que ha de aplicarse para resolver la demanda de impugnación de paternidad deducida por don Alberto Michel Haddad Valech en contra de doña Rossana Inés Robin Ramírez, a fin de que se declare que no es el padre biológico de los hijos matrimoniales comunes, Munira Cecilia y Francisco Alberto, ambos de apellidos Haddad Robin;

8°. Que, en consecuencia, el conflicto cuya resolución se solicita a esta Magistratura no implica una cuestión de constitucionalidad, en relación

con el artículo 212 del Código Civil, que quede comprendida dentro de sus atribuciones, de acuerdo con lo que dispone el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, de la Carta Fundamental, sino un asunto que, según los propios dichos del requirente, debe ser resuelto por los jueces que conocen de la causa en que incide el requerimiento, los cuáles han de determinar la forma de decidir la controversia sometida a su decisión, competencia que este Tribunal está obligado a respetar en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 7<sup>º</sup> de la Constitución y en conformidad con el principio de deferencia razonada hacia los poderes del Estado;

9<sup>º</sup>. Que de lo antes expuesto debe concluirse que la acción deducida en estos autos carece de fundamento plausible, razón por la cual debe ser declarada inadmisibile.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, e inciso decimoprimer, de la Constitución, 47 F, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup> y demás normas pertinentes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE DECLARA:** inadmisibile el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas uno.

**Acordada con el voto en contra del Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto** quien estuvo por declarar admisible el requerimiento interpuesto, por estimar que plantea una cuestión de constitucionalidad que es de competencia de esta Magistratura.

Notifíquese por carta certificada.

Póngase en conocimiento de la Corte Suprema.

Archívese.

### **Rol N<sup>º</sup> 1.678-2010**

El Ministro señor José Luis Cea Egaña concurrió a la presente resolución pero no firma por haber cesado en el cargo.

El Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto concurrió a la presente resolución pero no firma por encontrarse ausente por razones médicas.

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor José Luis Cea Egaña, y los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, señora Marisol Peña Torres y señores Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

ROL Nº 1.679-2010

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 2331 DEL CÓDIGO  
CIVIL, DEDUCIDO POR FELIPE CAMIROAGA FERNÁNDEZ

Santiago, quince de marzo de dos mil once.

VISTOS:

Con fecha 7 de abril de 2010, el señor Felipe Camiroaga Fernández ha interpuesto ante esta Magistratura Constitucional requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 2331 del Código Civil en la causa Rol 14.645-2008, sobre indemnización de perjuicios, seguida ante el Décimo Juzgado Civil de Santiago, caratulada “Camiroaga Fernández, Felipe, con Passalacqua Campos, Ítalo” y que se encuentra pendiente en la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol de ingreso Nº 4502-2009, por recursos de apelación y de casación en la forma deducidos por las partes.

El precepto legal cuya aplicación se estima inconstitucional dispone:

*“Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación.”.*

Entre los antecedentes fácticos que el requirente expone en su libelo, señala que los días 5 y 7 de mayo del año 2008, el señor Passalacqua Campos habría difundido información falsa respecto de su hermano en el programa de televisión “SQP”, lo cual le habría ocasionado daño en su honra, lo que motivó la interposición de la respectiva demanda de indemnización de perjuicios ante el tribunal civil competente, el 20 de junio de 2008. Explica el requirente que dicha demanda tiene por exclusiva finalidad perseguir la reparación de los daños morales o extrapatrimoniales que habría sufrido a causa de las expresiones proferidas por el demandado, los que estimó en la suma de \$50.000.000.

A continuación, puntualiza que el 30 de junio de 2009, el juez de primera instancia acogió la demanda de indemnización de perjuicios sólo parcialmente al condenar al demandado al pago de una suma equivalente a \$5.000.000, por concepto de daño moral, decisión que fue recurrida por ambas partes, de casación en la forma y de apelación, y que la resolución de dichos recursos se encontraría pendiente ante la Corte de Apelaciones respectiva.

Señala asimismo el requirente, que el artículo 2331 del Código Civil tendría incidencia decisiva en la resolución de la mencionada gestión



pendiente, ya que de aplicarse el precepto en cuestión en la resolución de los recursos interpuestos en contra del fallo de primera instancia en la causa invocada, no podría concederse la indemnización de perjuicios por concepto de daño moral que su parte ha demandado.

En cuanto al conflicto constitucional que se somete al conocimiento y resolución de esta Magistratura, el señor Felipe Camiroaga indica que la aplicación del artículo 2.331 del Código Civil en el proceso que se sigue ante la justicia civil al que ha hecho alusión, infringiría principalmente los artículos 1<sup>º</sup>, 4<sup>º</sup>, 5<sup>º</sup>, inciso segundo, 6<sup>º</sup>, inciso segundo, y 19, N<sup>OS</sup> 1<sup>º</sup>, 4<sup>º</sup>, y 26<sup>º</sup>, de la Constitución Política de la República. Aduce, en síntesis, que dicho precepto legal al limitar las indemnizaciones pecuniarias, concediéndolas sólo cuando resulte acreditado el respectivo daño emergente o el lucro cesante, impediría el íntegro resarcimiento del daño efectivamente ocasionado a la víctima o afectado por expresiones contrarias a su honra, vulnerándose, en su esencia el derecho fundamental asegurado en el numeral 4<sup>º</sup> del artículo 19 constitucional.

El ordenamiento jurídico, expone el requirente, consagraría una obligación general de indemnizar tanto el daño moral como el daño patrimonial que se cause a otro como consecuencia de una lesión a algún derecho constitucional. Tal obligación genérica se encontraría reconocida por una parte, en los artículos 1<sup>º</sup>, 4<sup>º</sup>, 5<sup>º</sup> y 19 de la Constitución, que consagrarían principios tales como el reconocimiento de la dignidad humana, la servicialidad del Estado, el respeto y promoción de los derechos esenciales de la persona y el principio de responsabilidad. Por otra parte, tal obligación general de indemnizar se reconocería a nivel legal en los artículos 2314 y 2329 del Código Civil. En seguida, añade el requirente, el artículo 19, N<sup>º</sup> 4<sup>º</sup>, de la Constitución Política asegura a todas las personas “el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”, lo cual es una manifestación de la dignidad de la persona y, por lo mismo, su protección se encuentra estrechamente ligada con los artículos 1<sup>º</sup> y 19, N<sup>º</sup> 1<sup>º</sup>, de la misma Ley Fundamental, como lo ha declarado esta Magistratura Constitucional en sus sentencias roles N<sup>OS</sup> 943 y 1.185.

A fojas 134 y 260 de autos consta que por resolución de 13 de abril de 2010, la Segunda Sala de esta Magistratura admitió a tramitación el requerimiento deducido disponiéndose, entre otras medidas, la suspensión del procedimiento en el que incide, y que el 17 de junio de 2010, éste fue declarado admisible. Pasados los autos al Pleno del Tribunal el requerimiento fue puesto en conocimiento de los órganos constitucionales interesados y de la parte demandada en la gestión *sub lite*, siendo esta última la única que formuló observaciones mediante escrito ingresado el 10 de agosto de 2010.

En dicha presentación el señor Ítalo Passalacqua Campos formuló observaciones al requerimiento deducido, instando por su rechazo, toda

vez que, a su juicio y contrariamente a lo planteado por el actor en este proceso constitucional, el artículo 2331 del Código Civil protegería la integridad física y psíquica de las personas. Sobre el particular, argumenta que de no existir dicho precepto legal, sólo debería indemnizarse el daño causado cuando se verifiquen los delitos de injuria o calumnia.

Respecto del carácter decisivo del precepto impugnado en la gestión pendiente, se sostiene que éste no habría sido invocado como fundamento de los recursos pendientes ante la Corte de Apelaciones de Santiago, por lo que mal podría sostenerse que su aplicación ha de resultar decisiva en la resolución de los mismos. Además, indica que de acuerdo al artículo 2314 del Código Civil, precepto que sirve de fundamento a la demanda del requirente, para que exista derecho a indemnización de perjuicios deben darse al menos dos requisitos copulativos, cuales serían la comisión de un delito o cuasidelito civil y que tal acción produzca daño y que el artículo 2331 del Código Civil sería precisamente la norma que tipifica el delito civil de imputaciones injuriosas que alega el demandante.

Finalmente, se vale de los argumentos sostenidos en los votos disidentes a las sentencias roles N<sup>os</sup> 943 y 1.185, de este Tribunal, para afirmar que el artículo 19, N<sup>o</sup> 4<sup>o</sup>, de la Constitución, no contiene mandamiento alguno que guíe la labor del legislador en cuanto al desarrollo de las modalidades bajo las cuales habrá de llevarse a cabo el aseguramiento de esta garantía y, *“por consiguiente, es materia de la potestad legislativa determinar los alcances de la responsabilidad indemnizatoria derivada de una eventual lesión a dicho bien jurídico, como lo es asimismo establecer los deslindes de su tutela penal a través de la configuración de los delitos de injuria, calumnia y difamación, entre otros”*. Añade en el mismo punto que cuando el constituyente quiso regular la procedencia y las condiciones de la indemnización lo hizo expresamente, indicando como ejemplo el artículo 19, N<sup>o</sup> 7<sup>o</sup>, letra i), de la Carta Fundamental, y que sería perfectamente posible que la ley conciba formas distintas de reparación respecto de un bien inmaterial como lo es la honra de una persona y que, en cualquier caso, ninguna de las fórmulas que el mismo legislador pudiera diseñar para dar protección al derecho a la honra, incluida la prevista en el artículo 2331 del Código Civil, no contradicen la Carta Fundamental.

Se ordenó traer los autos en relación y en audiencia de 3 de noviembre de 2010, se procedió a la vista de la causa, oyéndose la relación y los alegatos de la abogada Claudia Moya por la parte del señor Ítalo Passalacqua Campos. Conforme se indicó en certificación que rola a fojas 300, la causa quedó en estado de acuerdo, a partir del 7 de diciembre de 2010.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.** Que el artículo 93, inciso primero, N<sup>o</sup> 6<sup>o</sup>, de la Constitución Política de la República dispone que es atribución del Tribunal

Constitucional “resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”;

**SEGUNDO.** Que la misma norma constitucional expresa, en su inciso undécimo, que, en este caso, “la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto” y agrega que “corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley.”;

**TERCERO.** Que, de este modo, para que prospere la acción de inaplicabilidad es necesario que concurran los siguientes requisitos: a) que se acredite la existencia de una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial; b) que la solicitud sea formulada por una de las partes o por el juez que conoce del asunto; c) que la aplicación del precepto legal en cuestión pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto y sea contraria a la Constitución Política de la República; d) que la impugnación esté fundada razonablemente, y e) que se cumplan los demás requisitos legales;

**CUARTO.** Que la gestión pendiente en la que incide el requerimiento materia de este proceso constitucional corresponde a la causa Rol 14.645-2008, caratulada “Camiroaga Fernández, Felipe, con Passalacqua Campos, Ítalo”, seguida ante el Décimo Juzgado Civil de Santiago, y que se encuentra con recursos de apelación y casación en la forma actualmente pendientes ante la Corte de Apelaciones de la misma ciudad bajo el Rol de ingreso N<sup>º</sup> 4502-2009, en la cual el actor, Felipe Camiroaga Fernández, ha demandado al señor Ítalo Passalacqua Campos su responsabilidad extracontractual por los hechos que se describieron en la parte expositiva de esta sentencia. En síntesis, en dicha causa el requirente exige que se le indemnice el daño moral que habría sufrido a causa de expresiones que estima difamatorias vertidas por el demandado, emitidas en un programa de televisión;

**QUINTO.** Que, como también se indicó, el requirente ha solicitado a esta Magistratura emitir pronunciamiento sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil, sosteniendo, en síntesis, que la aplicación de este precepto a la gestión pendiente individualizada infringiría los artículos 1<sup>º</sup>, 4<sup>º</sup>, 5<sup>º</sup>, inciso segundo, 6<sup>º</sup>, inciso segundo, y 19, N<sup>os</sup> 1<sup>º</sup>, 4<sup>º</sup> y 26<sup>º</sup>, de la Constitución Política de la República;

**SEXTO:** Que, en primer lugar, cabe considerar que el artículo 2331 del Código Civil cuya inaplicabilidad se solicita declarar en este proceso, dispone:

*“Art. 2331. Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos*

*de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación.”.*

Desde ya se observa que la norma transcrita contiene a su vez dos disposiciones que regulan la procedencia de la indemnización por daño ocasionado por imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona. La primera de ellas establece la imposibilidad de demandar indemnización pecuniaria, a menos que se pruebe daño emergente o lucro cesante; la segunda, consagra lo que la doctrina denomina *exceptio veritatis*, señalando que no habrá lugar a la indemnización de daño contra imputaciones injuriosas cuando se probare la verdad de las mismas;

**SÉPTIMO.** Que, como de forma reiterada y en diferentes ocasiones se ha señalado, a este Tribunal no le corresponde determinar qué norma legal debe ser aplicada por el juez de fondo para resolver la controversia sometida a su resolución, así como tampoco le compete determinar si debe o no aplicarse un determinado precepto legal a una gestión pendiente (entre otros, STC Rol N° 1.513 y, recientemente, STC Rol N° 1.463). Se ha sostenido que basta que la aplicación del precepto legal en cuestión “pueda” resultar decisiva en la gestión pendiente (STC Rol N° 1.405); o bien que el juez de fondo tenga la “posibilidad” de aplicar dicho precepto (STC roles N°s 501, 505, 634, 709 y 943);

**OCTAVO.** Que, dado que en el caso *sub lite* el requirente señor Felipe Camiroaga, quien trabaja en un canal de televisión, ha demandado que se le indemnice el daño moral ocasionado por el señor Passalacqua, en su calidad de periodista, al haber proferido expresiones lesivas a su derecho a la honra a través de un medio de comunicación masiva, corresponde señalar que no compete a este Tribunal Constitucional zanjar debates doctrinarios respecto de la aplicación del artículo 2331 del Código Civil en relación con la Ley N° 19.733, sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, especialmente relevante para el proceso en cuestión;

**NOVENO.** Que debe dejarse establecido que el pronunciamiento que este Tribunal emita no prejuzga en modo alguno sobre la decisión del juez de fondo en consideración a la verificación de los supuestos fácticos del caso que está llamado a resolver;

**DÉCIMO.** Que, en el mismo sentido, corresponde advertir que tampoco compete a esta Magistratura subsanar los eventuales errores que cometan o hayan cometido los litigantes de la causa que sirve de fundamento al requerimiento de inaplicabilidad en la defensa de sus intereses particulares y que pudieran incidir en la decisión que ha de adoptar el juez de fondo. Lo que se resuelva en esta sede es de exclusivo alcance respecto a la eventual aplicación del precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita. Por consiguiente, la determinación de la responsabilidad que

le corresponda asumir al demandado en la gestión *sub lite* habrá de efectuarse en atención a la prueba rendida por las partes y los niveles de cuidado que el juez identifique como exigibles a las mismas según las particularidades del caso concreto, ponderando, por una parte, el ejercicio de la libertad de expresión por parte del demandado versus la eventual afectación a la honra del demandante;

**DECIMOPRIMERO.** Que, a su vez, el pronunciamiento que este Tribunal emitirá es independiente de la efectiva procedencia de una indemnización por concepto de daño moral en dicha causa. Tal como se ha señalado en oportunidades anteriores, *“la inaplicación del precepto no implica emitir pronunciamiento alguno acerca de la concreta procedencia de la indemnización del daño moral en la gestión que ha originado el requerimiento de autos, la que habrá de determinar el juez de la causa, teniendo presentes las restricciones y el modo en que, conforme a la ley y demás fuentes del derecho, procede determinar la existencia del injusto, el modo de acreditar el daño moral efectivamente causado, el modo y cuantía de su reparación pecuniaria y demás requisitos que en derecho proceden.”* (Prevención en STC Rol N<sup>º</sup> 943 de 2007, y recientemente STC Rol N<sup>º</sup> 1.463);

**DECIMOSEGUNDO.** Que el artículo 2331 del Código Civil establece una excepción perentoria al resarcimiento del daño moral, lo que ha llevado a esta Magistratura a declarar su inaplicabilidad en varias oportunidades, y también a iniciar, de oficio, un procedimiento para analizar su inconstitucionalidad, ejerciendo la atribución prevista en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 7<sup>º</sup>, de la Constitución Política; mismo que actualmente se encuentra pendiente bajo el Rol N<sup>º</sup> 1.723;

**DECIMOTERCERO.** Que al fijar las condiciones de procedencia de la indemnización en casos de afectación a la honra el legislador debe respetar la esencia de los derechos involucrados, de conformidad al artículo 19, N<sup>º</sup> 26<sup>º</sup>, de la Constitución;

**DECIMOCUARTO.** Que, como se desprende del tenor literal del artículo 2331 del Código Civil, su aplicación en la gestión pendiente impediría –a priori– toda reparación del daño moral por afectaciones a la honra. Con ello se establece un impedimento absoluto para obtener indemnización por el daño moral cuando éste haya tenido su origen en imputaciones injuriosas, como es justamente el supuesto de hecho invocado en autos por el requirente. El precepto no considera ningún tipo de excepción ni atiende a casos en que pudiera estimarse procedente una indemnización parcial;

**DECIMOQUINTO.** Que el precepto legal cuestionado, al impedir siempre la indemnización del daño moral por afectaciones al derecho a la honra ocasionadas por imputaciones injuriosas, establece una distinción claramente arbitraria que afecta en su esencia ese derecho al obstaculizar su reparación.

Sobre esta materia este Tribunal ha expresado: “*En efecto, el legislador no es libre para regular el alcance de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce y asegura a todas las personas. Por el contrario, y como lo dispone el artículo 19, N° 26°, de la misma, debe respetar la esencia del derecho de que se trata como también evitar la imposición de condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio*” (STC Rol N° 943, c. trigesimosegundo);

**DECIMOSEXTO.** Que en igual sentido, en el presente caso, el precepto legal cuya aplicación se cuestiona resulta desproporcionado, pues impide de modo absoluto y a priori la indemnización del daño moral cuando se estima lesionado el crédito u honra de una persona por imputaciones injuriosas y el juez de fondo pudiera determinar su procedencia. Con ello, de aplicarse el precepto en la gestión pendiente, se afectaría en su esencia un derecho amparado por la Constitución (artículo 19, N° 4°), vulnerando así lo prescrito por el artículo 19, N° 26°, de la Carta Fundamental;

**DECIMOSÉPTIMO.** Que cabe reiterar asimismo, lo señalado por este Tribunal en su STC Rol N° 1.185: “*el efecto natural de la aplicación del artículo 2331 del Código Civil es, precisamente, privar a los atentados contra el derecho a la honra que no constituyan delitos específicos que se persigan criminalmente, de la protección de la ley, pues, mientras las lesiones a otros derechos igualmente no constitutivas de delitos dan lugar a indemnización por todos los daños patrimoniales y morales causados, de acuerdo a la regla general del artículo 2329 del Código Civil, las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho a la indemnización del daño moral, que es naturalmente el que producen esta clase de atentados y, ordinariamente, el único*”;

**DECIMOCTAVO.** Que, conforme a lo razonado, se concluye que la aplicación del artículo 2331 del Código Civil en la gestión judicial pendiente invocada en este proceso, resultaría contraria a la Constitución y así se declarará.

**Y TENIENDO, ADEMÁS, PRESENTE** lo preceptuado en los artículos 19, N°s 4° y 26°, y 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimeros, de la Carta Fundamental, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia,

**SE RESUELVE:**

Que se acoge el requerimiento de fojas uno, declarando inaplicable el artículo 2331 del Código Civil en la causa *sub lite*.

Se deja sin efecto la suspensión del procedimiento decretada en resolución de fojas 134 de estos autos, debiendo oficiarse al efecto a la Corte de Apelaciones de Santiago.

**Los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios (Presidente) e Iván Aróstica Maldonado** dejan constancia de que no suscriben los considerandos séptimo, noveno, décimo y decimoprimero de la sentencia.

**El Ministro señor Mario Fernández Baeza** concurre a la sentencia compartiendo solamente sus considerandos decimocuarto y decimoquinto y tiene presente, además, los razonamientos siguientes:

1°. Que el artículo 2331 del Código Civil es una norma anacrónica, dictada un siglo y medio antes de que en la Constitución Política de Chile se estableciera en su artículo 19, número 4°, que *“la Constitución asegura a todas las personas (...) el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”*.

2°. Que la referida descontextualización no sólo es cronológica, sino referida a los elementos que concurren a su configuración jurídica. En efecto, el daño inferido a una persona por un acto injurioso materializado a través de los medios de comunicación masivos audiovisuales modernos, es de tal entidad, que el descrédito consecuente es prácticamente imposible de reparar, incluso con los instrumentos de aclaración que en la legislación especial cándidamente se dispone.

3°. Que la ausencia de una hipotética sanción pecuniaria en el monto que el descrédito de una persona amerite, o sea alto, no hace sino alentar el desdén por aquel efecto con que pueden actuar los medios de comunicación, dotados hoy en día del máximo poder que entidad alguna hubiese detentado en una sociedad libre y con Estado de derecho vigente. Al revés, la posibilidad concreta de acarrear el pago de indemnización constituiría un freno efectivo a la posibilidad de verificar tales actos injuriosos.

4°. Qué es más esencial para la democracia el derecho a la honra que el derecho a la libertad de información, resulta de considerar a la primera como parte constitutiva de la dignidad de la persona. ¿De qué serviría a la noble causa democrática que pudiese, en nombre de la libertad de expresión, causar impunemente el descrédito de las personas, especialmente de quienes tienen o han tenido a su cargo las más altas dignidades públicas?

5°. Que el anacronismo mencionado –y por lo tanto la derogación tácita que afecta al precepto impugnado de autos por contradecirse con la norma constitucional posterior– es tan evidente que el actual debate jurídico sobre estas materias se encuentra situado en preguntarse cómo es posible proteger la vida privada de las personas frente a los ataques provenientes de las plataformas mediales electrónicas, antes de discutir sobre las diferenciaciones que presentan los dos incisos del precepto decimonónico cuestionado como ocurre en el caso de autos.

6°. Que el anacronismo descrito afectará inevitablemente a toda acción de inaplicabilidad que se interponga reclamando el resultado contrario a la Constitución que acarrearía su aplicación, como es el caso de autos.

**Los Ministros señor Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney**, concurren a lo resuelto en la sentencia previniendo que la aplicación de la expresión “, *a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria,*”, contenida en el artículo 2331 del Código Civil impugnado, al caso concreto de que se trata, es la que, especial y particularmente, produciría efectos contrarios a la Constitución Política, teniendo presente las siguientes consideraciones:

**1º.** Que, toda vez que el requirente ha invocado como infringido el artículo 19, Nº 4º, de la Constitución, cabe hacer algunas precisiones sobre éste. Desde luego, recordar que dicho precepto no consagra un derecho absoluto. Su protección admite límites, muchos de los cuales se relacionan con la libertad de expresión, consagrada en el artículo 19, Nº 12º, de la Constitución, y que constituye uno de los pilares de la democracia, el derecho a informar y ser informado y los deberes de tolerancia y crítica que implica la vida en sociedad. Por eso la Ley Nº 19.733, sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, junto con establecer el derecho de aclaración o rectificación para toda persona ofendida o injustamente aludida en un medio de comunicación, no lo reconoce “*con relación a las apreciaciones personales que se formulen en comentarios especializados de crítica política, literaria, histórica, artística, científica, técnica y deportiva, sin perjuicio de la sanción a que puedan dar lugar esos artículos, si por medio de su difusión se cometiere alguno de los delitos penados en esta ley.*” (Artículo 21 de la Ley Nº 19.733);

**2º.** Que en autos, pese a que la información que el requirente estima atentatoria contra su honra se difundió a través de un medio de comunicación social (programa de televisión “SQC”), no consta que se haya ejercido la acción penal que confiere el artículo 29 de la Ley Nº 19.733, sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo;

**3º.** Que, por otra parte, si bien a esta Magistratura no le corresponde evaluar el mérito de las decisiones legislativas, la restricción de derechos prevista por la ley debe satisfacer un mínimo test de proporcionalidad, sobre todo cuando importan establecer un tratamiento diferenciado, como ocurre en el caso de la norma impugnada en este proceso de inaplicabilidad;

**4º.** Que, atendido lo expresado, para examinar la pertinencia constitucional de la regla establecida por el artículo 2331 del Código Civil en materia de reparación del daño causado, es necesario, en primer lugar, analizar si la restricción del derecho a la honra persigue un fin legítimo; en segundo lugar, determinar si la norma resulta adecuada e idónea para alcanzar dicho fin y, por último, clarificar si la diferencia es razonable en relación con el fin propuesto (Así lo ha indicado reiteradamente este Tri-



bunal, entre otras, en STC roles N<sup>os</sup> 790, 986, 1.046, 1.061, 1.182, 1.234, 1.276, 1.361 y 1.463);

5°. Que cabe tener presente que el legislador puede legítimamente regular las condiciones de procedencia o los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual, ya sea estableciendo plazos de prescripción, configurando presunciones legales de responsabilidad o determinando –por ejemplo– que para demandar la responsabilidad deben cumplirse determinados presupuestos procesales. También, por lo tanto, puede regular la procedencia de la indemnización del daño moral. El principio de responsabilidad que impregna todo nuestro ordenamiento jurídico adquiere las más variadas formas a través de estatutos jurídicos especiales de responsabilidad (así se ha señalado por este Tribunal en STC roles N<sup>os</sup> 1.185 y 1.463).

En las últimas décadas existen numerosos ejemplos de regulación especial de la responsabilidad extracontractual. Así ha ocurrido con las normas sobre la responsabilidad de las Municipalidades y de la Empresa de Ferrocarriles del Estado; la Ley N<sup>º</sup> 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; la Ley N<sup>º</sup> 18.302, sobre Seguridad Nuclear; la Ley N<sup>º</sup> 18.916, que fija el Código Aeronáutico; la Ley N<sup>º</sup> 16.744, sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; la Ley N<sup>º</sup> 18.290, del Tránsito; la legislación sobre protección agrícola, navegación, el Código de Minería; el DFL N<sup>º</sup> 458, de 1975 del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, Ley General de Urbanismo y Construcciones; la Ley N<sup>º</sup> 19.628, sobre Protección de Datos Personales; la Ley sobre Mercado de Valores y la Ley sobre Sociedades Anónimas, entre otros cuerpos legales, sin olvidar la Ley N<sup>º</sup> 19.733, sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo. Asimismo, en otros cuerpos legales, el legislador ha establecido que sólo procederá la indemnización por determinados tipos de daños, como ocurrió en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, controlada constitucionalmente sin objeción a este respecto mediante la Sentencia Rol N<sup>º</sup> 293, de 1999, por lo que no cabe afirmar la existencia de un derecho constitucional absoluto al daño moral;

6°. Que así, preciso es considerar que el precepto legal impugnado contiene dos normas: la primera de ellas establece la imposibilidad de demandar una indemnización pecuniaria, a menos que se pruebe daño emergente o lucro cesante; la segunda, consagra lo que la doctrina denomina *exceptio veritatis*, señalando que no habrá lugar a la indemnización de daño contra imputaciones injuriosas cuando se probare la verdad de las mismas;

7°. Que, como se ha expresado, si bien estos previnientes concurren a lo resuelto en el fallo, estiman que el reproche de constitucionalidad recae principalmente en la parte del artículo 2331 del Código Civil que dispone: “, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apre-

*ciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria,*” y tienen presente para ello, además, que en el proceso *sub lite* no ha habido una impugnación explícita y directa de la constitucionalidad de la *exceptio veritatis* prevista en el mismo precepto legal.

**El Ministro señor Enrique Navarro Beltrán**, por su parte, deja constancia de que no comparte lo expresado en los considerandos octavo, decimoquinto y decimosexto del fallo.

**Acordada con el voto en contra del Ministro señor Francisco Fernández Fredes**, quien estuvo por rechazar el requerimiento atendiendo a las consideraciones siguientes:

1°. Que la Constitución Política de la República ha confiado al legislador determinar las formas concretas en que se regulará la protección de la vida privada y de la honra de la persona y de su familia. En efecto, en la norma del numeral 4° del artículo 19 constitucional no se contiene mandamiento alguno que guíe la labor del legislador en cuanto al desarrollo de las modalidades bajo las cuales habrá de llevarse a cabo el aseguramiento de esta garantía. Por consiguiente, es materia de la potestad legislativa determinar los alcances de la responsabilidad indemnizatoria derivada de una eventual lesión a dicho bien jurídico, como lo es asimismo establecer los deslindes de su tutela penal a través de la configuración de los delitos de injuria, calumnia y difamación, entre otros.

2°. Que cuando el constituyente quiso determinar la procedencia y condiciones de la indemnización del daño moral en circunstancias particularmente graves, lo hizo expresamente en el literal i) del número 7° del artículo 19 de la Ley Fundamental, donde directa e inequívocamente se regula el resarcimiento de este tipo de daño, cumplidas que sean ciertas exigencias, cuando se trata del llamado “error judicial”.

3°. Que tratándose, en la especie, de un tipo de daño que no tiene expresión o trasunto pecuniario, es perfectamente posible que el legislador conciba otras formas eficaces para darle adecuado resguardo a un bien tan inmaterial como la honra de una persona, distintas de su resarcimiento en dinero, como podría ser, verbigracia, la imposición al autor del agravio de la obligación de publicar, a su costa, el texto íntegro de la sentencia condenatoria, con lo cual podría entenderse que se está resarcido el buen nombre del ofendido en forma más idónea (desde el punto de vista del fin que se persigue) que imponiendo una indemnización pecuniaria al ofensor.

4°. Que, en cualquier caso, ninguna de las fórmulas que el legislador pudiera diseñar para dar protección al derecho a la honra de las personas, incluida la que en concreto consagra el impugnado artículo 2331 del Código Civil, entra en contradicción con la preceptiva constitucional concernida, la que, como ha quedado expuesto por este disidente, no in-

cursona en predeterminar formas y alcances concretos de la protección que preconiza y asegura.

Redactó la sentencia el Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney, al igual que la tercera prevención. Las otras prevenciones y la disidencia fueron redactadas por los Ministros que respectivamente las suscriben.

Notifíquese, regístrese y archívese.

### **Rol N<sup>º</sup> 1.679-2010**

Se certifica que los Ministros señores Mario Fernández Baeza y Francisco Fernández Fredes concurrieron a la vista de la causa y al acuerdo, pero no firman, el primero, por encontrarse con permiso y el segundo, por estar haciendo uso de feriado legal.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

## **ROL N<sup>º</sup> 1.680-2010**

### **REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 500 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, DEDUCIDO POR HÉCTOR EDUARDO OLHABERRY RIOSECO**

Santiago, veintiocho de abril de dos mil diez.

**Proveyendo el escrito de fojas 56:** Téngase por acompañado el certificado que indica, bajo apercibimiento legal.

#### **VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1<sup>º</sup>. Que, con fecha 7 de abril de 2010, Héctor Eduardo Olhaberry Rioseco ha deducido un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad “*con relación a los autos sobre proceso laboral monitor (sic), seguido*

ante el 1º JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE SANTIAGO”, caratulado “CISTERNAS CON OLHABERRY”, RUC: 09-4-00299950-9, RIT M-665-2009, respecto del artículo 500 del Código del Trabajo...”, según se expresa en el petitorio del libelo;

2º. Que el artículo 93, inciso primero, Nº 6º, de la Ley Fundamental establece que es atribución de este Tribunal Constitucional “resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”.

A su turno, el inciso undécimo del mismo precepto fundamental señala: “En el caso del número 6º, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.”;

3º. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Así, el inciso primero del artículo 47 D de dicho texto legal establece que: “Para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 47 A y 47 B. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales”.

Por su parte, los artículos 47 A y 47 B de la legislación aludida establecen:

“Artículo 47 A. En el caso del número 6º del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.

Si la cuestión es promovida por una parte ejerciendo la acción de inaplicabilidad, se deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.

Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.

El tribunal deberá dejar constancia en el expediente de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes del proceso”.

*“Artículo 47 B. El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas”.*

El artículo 47 F de la misma ley establece, por su parte, que: *“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:*

*1° Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado;*

*2° Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;*

*3° Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada;*

*4° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal;*

*5° Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y*

*6° Cuando carezca de fundamento plausible.*

*Declarada la inadmisibilidad por resolución que deberá ser fundada, ésta será notificada a quien haya recurrido, al juez que conozca de la gestión judicial pendiente y a las demás partes que intervengan en ella, y el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.*

*La resolución que declare la admisibilidad o inadmisibilidad del requerimiento no será susceptible de recurso alguno.”;*

**4°.** Que el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento deducido en la Primera Sala de esta Magistratura;

**5°.** Que, atendido el mérito de los antecedentes tenidos a la vista, esta Sala ha logrado convicción en cuanto a que la acción constitucional deducida no puede prosperar, siendo impertinente, por ende, que ésta sea previamente acogida a tramitación;

**6°.** Que, en primer lugar, quien interpone la acción no es persona legitimada, conforme a lo establecido en la normativa constitucional transcrita en el considerando 2° de esta resolución, en relación con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 32 C y en el numeral 1° del artículo 47 F, ambos de la Ley N<sup>º</sup> 17.997.

En efecto, de la copia de la resolución que rola acompañada a fojas 38 se desprende que la causa judicial en la que incide el requerimiento deducido, según se indica en el libelo, se inició por demanda en procedimiento monitorio intentada ante el Primer Juzgado de Letras del Trabajo, por doña Cinthy Cisternas Colters, en contra de su ex empleador, señor Gastón Olahaberry Riquelme. Este último aparece representado

en dicho proceso judicial por don Héctor Olhaberry Rioseco, según se advierte en la copia del documento agregado a fojas 27. Sin embargo, al intentar ante esta Magistratura la acción de inaplicabilidad de autos, el señor Héctor Olhaberry Rioseco lo hace por sí, no en representación de quien es parte en la referida gestión judicial. Tampoco acompaña antecedente alguno que permita tener por acreditada su personería para representar, ante este Tribunal Constitucional, al señor Gastón Olahaberry Riquelme, si así fuera su intención;

7°. Que, a mayor abundamiento, del certificado que rola a fojas 57 también resulta claro que en este caso no existe gestión judicial pendiente en la que pueda recibir aplicación el artículo 500 del Código del Trabajo, que constituye el precepto de jerarquía legal que se ha impugnado, incumpléndose, por consiguiente, otra de las exigencias de admisibilidad de esta clase de requerimientos;

8°. Que, habiéndose verificado que la acción no satisface los requisitos referidos, este Tribunal debe declararla inadmisibile.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en los artículos 93, inciso primero, Nº 6°, e inciso undécimo, de la Constitución, 47 A al 47 N y demás normas pertinentes de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE DECLARA INADMISIBLE el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas uno.**

Al primer otrosí, ténganse por acompañados los documentos que indica, bajo apercibimiento legal; al segundo otrosí, atendido lo resuelto a lo principal, no ha lugar a la suspensión del procedimiento solicitada; al tercer otrosí, téngase presente.

Notifíquese por carta certificada al requirente, al Primer Juzgado de Letras del Trabajo, que conoce de la gestión judicial invocada en el libelo, y a las partes de esa misma causa que se individualizan en el certificado de fojas 57.

Archívese.

**Rol Nº 1.680-2010**

Se certifica que el Ministro señor Marcelo Venegas Palacios (Presidente) concurrió al acuerdo, pero no firma por encontrarse haciendo uso de feriado legal.

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

ROL N<sup>º</sup> 1.681-2010REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 125, N<sup>º</sup> 1, Y 17  
DE LA LEY GENERAL DE PESCA, DEDUCIDO POR LA CORTE  
DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN

Santiago, once de mayo de dos mil diez.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1°. Que, mediante Oficio N<sup>º</sup> 248, fechado el 1° de abril de 2010 e ingresado el día 8 del mismo mes y año, el señor Presidente de la Il<sup>ta</sup>. Corte de Apelaciones de Concepción ha remitido, en fojas 352, *“la causa Civil Rol Corte N<sup>º</sup> 1189-2009 (Rol N<sup>º</sup> 34714 del Juzgado de Letras de Lota), caratulada “SERVICIO NACIONAL DE PESCA CON SOCIEDAD MARTÍNEZ E HIJOS LIMITADA”, materia Infracción a la Ley de Pesca y Acuicultura”, a los efectos de que se cumpla lo resuelto en dicho proceso con fecha 30 de marzo de 2010: “Atendido lo dispuesto en el artículo 93, N<sup>º</sup> 6, de la Constitución Política de la República, para resolver, elévense previamente los antecedentes al Tribunal Constitucional, a objeto de que se pronuncie sobre el requerimiento formulado por la apelada. Se deja sin efecto el decreto “en relación”.”.*

La resolución transcrita, a su vez, proveyó el escrito de fojas 347, en el cual, con fecha 29 de marzo de 2010, una de las partes del proceso solicitó que esa Corte de Apelaciones *“haga uso de las facultades concedidas por la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional requiriendo a éste que se pronuncie sobre el grave conflicto de constitucionalidad planteado en esta presentación”;*

2°. Que, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6°, de la Constitución Política, es atribución de este Tribunal: *“Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”;*

A su turno, el inciso decimoprimerº del mismo precepto señala: *“En el caso del N<sup>º</sup> 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”;*

3°. Que la normativa aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, la cual razona en el sentido de que el pronunciamiento sobre la admisibilidad de una acción de esta índole exige, previamente, resolver sobre su admisión a trámite. Así, el inciso primero del artículo 47 D de dicho texto legal establece que: *“Para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 47 A y 47 B. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales”*.

Por su parte, los artículos 47 A y 47 B de la legislación aludida establecen:

*“Artículo 47 A. En el caso del número 6° del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.*

*Si la cuestión es promovida por una parte ejerciendo la acción de inaplicabilidad, se deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.*

*Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.*

*El tribunal deberá dejar constancia en el expediente de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes del proceso”*.

*“Artículo 47 B. El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas”;*

4°. Que el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del oficio citado en el considerando 1° de esta resolución en la Primera Sala de esta Magistratura;

5°. Que el examen de la acción constitucional interpuesta permite concluir que ella no satisface las exigencias previstas en los artículos 47 A y 47 B, transcritos precedentemente, para que pueda ser acogida a tramitación;

6°. Que, en efecto, el oficio individualizado en el considerando 1° de esta resolución no contiene todas las menciones exigidas en la primera norma legal referida;



7°. Que, por otra parte, tampoco se pueden entender satisfechas las exigencias previstas en el referido artículo 47 B de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura.

Lo anterior, por cuanto, si bien conforme a los preceptos constitucionales y legales transcritos precedentemente, tratándose del ejercicio de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, son sujetos legitimados tanto las partes de un proceso judicial pendiente como el juez que está conociendo de él, cuando cualquiera de ellos decide accionar ante este Tribunal debe hacerlo interponiendo el correspondiente requerimiento, previo a la resolución de la respectiva gestión pendiente;

8°. Que, como ya lo ha señalado esta Magistratura en resoluciones dictadas en los roles N<sup>OS</sup> 1.324 y 1.670, si son las partes del proceso las que decidieran requerir la inaplicabilidad de una determinada norma de jerarquía legal que pueda ser derecho aplicable para la resolución de un asunto, deberán hacerlo directamente ante este Tribunal cumpliendo con todos los presupuestos procesales establecidos por la Carta Fundamental y en las disposiciones pertinentes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997. Si, en cambio, es el juez el que se encuentra enfrentado a una duda acerca de si la aplicación de un determinado precepto legal en el proceso que sustancia puede resultar contraria a la Constitución, es él quien debe directamente requerir ante este Tribunal Constitucional manifestando en forma expresa su voluntad de obtener una sentencia que se pronuncie sobre la materia, constituyéndose, de esta forma, en sujeto activo de la acción de inaplicabilidad. Asimismo, tal decisión debe traducirse en un requerimiento formal de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que cumpla con los requisitos exigidos por las normas constitucionales y legales aludidas precedentemente;

9°. Que, por lo razonado, las partes de una gestión judicial pendiente no se encuentran constitucionalmente habilitadas para formular ante el juez que conoce de ella un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, mismo que debe plantearse directamente por aquéllas ante este Tribunal o bien asumirlo como propio el juez que conoce de un asunto para formularlo en los términos descritos en el considerando anterior;

10°. Que el incumplimiento de los requisitos referidos obliga a este Tribunal a no admitir a tramitación la presentación y así se declarará.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en los artículos 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6°, e inciso decimoprimerero de la Constitución Política de la República, y en los artículos 47 A, 47 B, 47 D y demás disposiciones pertinentes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

Que no se acoge a tramitación la presentación de fojas uno, teniéndose por no presentada, para todos los efectos legales. Devuélvanse a la Corte de Apelaciones requirente los antecedentes remitidos.

**Acordada con el voto en contra del Ministro señor Mario Fernández Baeza**, quien estuvo por admitir a tramitación el requerimiento de la Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción sobre la base de los argumentos siguientes:

1°. Que la innovación introducida en la Constitución por la reforma de 2005, en orden a entregar al Tribunal Constitucional la atribución de conocer la acción de inaplicabilidad según su nueva formulación, trajo consigo la incorporación del juez que conoce del asunto como órgano legitimado para deducirla. Así quedó establecido en el inciso decimoprimero del artículo 93 de la Constitución y regulado en los artículos 47 A y 47 B de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, según su reforma a través de la Ley N° 20.381, de 28 de octubre de 2009.

2°. Que la mencionada calidad de órgano legitimado conferida al juez que conoce el asunto *sub lite*, presenta una serie de características procesales y sustantivas que son necesarias de dilucidar. Desde luego, las exigencias formales que la ley orgánica citada dispone para plantear la cuestión difieren tratándose del juez o de las partes. En el caso del juez, el inciso tercero del citado artículo 47 A señala: “*Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.*”.

3°. Que en el artículo 47 B de la citada Ley N° 17.997 se agregan exigencias comunes al juez y a las partes accionantes de inaplicabilidad: “*El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen una infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman trasgredidas.*”.

4°. Que esta segunda exigencia requiere un entendimiento distinto según quien interpone la acción. Obviamente, si quien acciona es una de las partes el sentido de la norma será literal, pues se entiende que el planteamiento de la cuestión contiene la pretensión del requirente de obtener la declaración de inaplicabilidad del precepto impugnado. Pero si quien acciona es el juez que conoce de la gestión pendiente, el entendimiento de la exigencia del artículo 47 B no puede ser literal, sino que sometido a las reglas de interpretación prescritas en el segundo inciso del artículo

19 del Código Civil, así como en el inciso primero del artículo 22 y en el artículo 24 del mismo cuerpo legal.

5°. Que, en efecto, el juez accionante puede plantear la cuestión de rechamamiento, requiriendo del Tribunal Constitucional la declaración de inaplicabilidad del precepto impugnado, pero sólo **si ninguna de las partes del asunto sub lite le ha formulado la cuestión formalmente**. Similar limitante rige en el evento de que al juez le asaltara la duda sobre el resultado contrario a la Constitución que un precepto produciría de aplicarlo en la causa y decidiera someterla a la resolución de esta Magistratura.

6°. Que si una de las partes ha mencionado la cuestión de inaplicabilidad al juez que conoce del asunto, como sucede en este caso, y sin perjuicio de la forma empleada, el magistrado no puede hacer suyo tal planteamiento antes de dictar sentencia, sin caer en la causal de implicancia del número 8° del artículo 195 del Código Orgánico de Tribunales o en la causal de recusación establecida en el número 10 del artículo 196 del mismo Código.

En consecuencia, a juicio de este Ministro disidente, en este caso la Corte de Apelaciones de Concepción ha planteado la cuestión con arreglo a un correcto entendimiento de los preceptos arriba señalados y, por lo tanto, de acuerdo al artículo 47 D, inciso primero, de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, su requerimiento debe ser acogido a tramitación.

7°. Que, en efecto, consta en autos que el Presidente de la Corte de Apelaciones de Concepción envió al Presidente de esta Magistratura el Oficio N° 248, de fecha 1° de abril de 2010, en el que se señala que ese tribunal de alzada resolvió remitir al Tribunal Constitucional la causa Civil Rol Corte N° 1189-2009, *“para su cumplimiento”*. La aludida resolución, que se acompaña en autos, señala: *“Atendido lo dispuesto en el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República, para resolver, elévase previamente los antecedentes al Tribunal Constitucional, a objeto de que se pronuncie sobre el requerimiento formulado por la apelada.”*

8°. Que el requerimiento de la apelada en el aludido proceso es del tenor siguiente: *“Que vengo en solicitar a US. ILTMA. que haga uso de las prerrogativas concedidas por el artículo 3 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional en relación con el artículo 93 de la Constitución Política de la República...”* y, junto con exponer los hechos del asunto, presenta la vulneración que la aplicación del artículo 125, números 1° y 17°, de la Ley General de Pesca, produciría a los artículos 6°, 7° y 19, números 3° y 26, de la Constitución.

9°. Que la modalidad adoptada por el tribunal de alzada de Concepción para accionar de inaplicabilidad ante este Tribunal Constitucional, junto con eludir los riesgos de antijuridicidad descritos en los considerandos 5 y 6 de esta disidencia, ha preservado los siguientes elementos y requisitos para que el requerimiento sea acogido a tramitación: i) La

existencia de la gestión pendiente en la que el precepto impugnado podría aplicarse con resultados contrarios a la Constitución; ii) La cuestión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ha podido “*ser planteada*” por el “*juez que conoce del asunto*”, según se formula en el inciso decimoprimerero del artículo 93 de la Constitución, sin menoscabo de su competencia para seguir conociendo del mismo asunto; iii) El Tribunal Constitucional ha recibido una exposición clara de los hechos y fundamentos de la acción, cómo ellos producirían la infracción constitucional, así como la indicación de los vicios de constitucionalidad que se invocan y las normas constitucionales que se estiman trasgredidas.

Comuníquese a la Il. Corte de Apelaciones de Concepción requiriente.

Archívese.

### **Rol N° 1.681-2010**

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

## **ROL N° 1.682-2010**

### **CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY QUE PERMITE PRORROGAR LOS PLAZOS DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES Y QUE MODIFICA LA DECLARACIÓN DE LA MUERTE PRESUNTA EN LAS COMUNAS AFECTADAS POR EL TERREMOTO**

#### **Ley N° 20.436, del 23 de abril de 2010**

Santiago, quince de abril de dos mil diez.

#### **VISTOS Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.** Que, por Oficio N° 164, de 7 de abril de 2010, ingresado a esta Magistratura el día 9 del mismo mes y año, el Senado ha remitido

copia debidamente autenticada del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que modifica plazos en materia de actuaciones judiciales y declaración de muerte presunta en las zonas afectadas por el terremoto (Boletín N<sup>º</sup> 6.856-07), con el objeto de que este Tribunal, conforme a la atribución que le ha sido conferida en el N<sup>º</sup> 1<sup>º</sup> del inciso primero del artículo 93 de la Constitución Política, ejerza el control preventivo de constitucionalidad respecto de las normas que regulan materias propias de ley orgánica constitucional que aquél contiene;

**SEGUNDO.** Que en el mismo oficio referido precedentemente se señala que los artículos 1<sup>º</sup> y 2<sup>º</sup> del proyecto de ley remitido fueron aprobados en el carácter de normas orgánicas constitucionales;

**TERCERO.** Que el N<sup>º</sup> 1<sup>º</sup> del inciso primero del artículo 93 de la Ley Fundamental establece que, entre otras, es atribución de este Tribunal “*ejercer el control de constitucionalidad (...) de las leyes orgánicas constitucionales*”. A su vez, el inciso segundo del mismo precepto fundamental dispone: “*En el caso del número 1<sup>º</sup>, la Cámara de origen enviará al Tribunal Constitucional el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquél en que quede totalmente tramitado por el Congreso.*”;

**CUARTO.** Que, en razón de lo establecido en las disposiciones referidas precedentemente, corresponde a esta Magistratura, en la oportunidad que en ellas se señala, pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas de la iniciativa legislativa remitida a control en estos autos, que estén comprendidas dentro de las materias que el constituyente ha reservado a una ley orgánica constitucional;

**QUINTO.** Que el artículo 77 de la Constitución Política dispone:

*“Art. 77. Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República. La misma ley señalará las calidades que respectivamente deban tener los jueces y el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas ministros de Corte o jueces letrados.*

*La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, sólo podrá ser modificada oyendo previamente a la Corte Suprema de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva.*

*La Corte Suprema deberá pronunciarse dentro del plazo de treinta días contados desde la recepción del oficio en que se solicita la opinión pertinente.*

*Sin embargo, si el Presidente de la República hubiere hecho presente una urgencia al proyecto consultado, se comunicará esta circunstancia a la Corte.*

*En dicho caso, la Corte deberá evacuar la consulta dentro del plazo que implique la urgencia respectiva.*

*Si la Corte Suprema no emitiere opinión dentro de los plazos aludidos, se tendrá por evacuado el trámite.*

*La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, así como las leyes procesales que regulen un sistema de enjuiciamiento,*

*podrán fijar fechas diferentes para su entrada en vigencia en las diversas regiones del territorio nacional. Sin perjuicio de lo anterior, el plazo para la entrada en vigor de dichas leyes en todo el país no podrá ser superior a cuatro años.”;*

**SEXTO.** Que el texto del proyecto de ley sometido a control preventivo de constitucionalidad es el siguiente:

**“PROYECTO DE LEY:**

***Artículo 1°.** En los procedimientos judiciales en trámite o que deban tramitarse ante los tribunales ordinarios, especiales y arbitrales de las Regiones del Maule y del Biobío; así como ante los treinta juzgados de letras en lo civil con asiento en la comuna de Santiago, los cuatro juzgados de letras en lo civil con competencia sobre las comunas de San Miguel, San Joaquín, La Granja, La Pintana, San Ramón, Pedro Aguirre Cerda, La Cisterna, El Bosque y Lo Espejo, los dos juzgados de letras con asiento en la comuna de San Antonio, los dos juzgados de letras en lo civil con asiento en la comuna de Rancagua y el juzgado con competencia común con asiento en la comuna de Peralillo, los plazos establecidos para diligencias, actuaciones, ejercicio de acciones o derechos y la prescripción extintiva de los mismos, que se encontraban pendientes al 27 de febrero de 2010, se entenderán prorrogados desde la fecha indicada hasta treinta días después de la publicación de la presente ley. De igual forma, los plazos que se hayan iniciado o se iniciaren entre el día 28 de febrero de 2010 y los diez días posteriores a la fecha de publicación de la presente ley, se entenderán prorrogados hasta treinta días después de dicha publicación.*

*Las normas de prórroga contenidas en el inciso anterior no serán aplicables en materia penal, salvo respecto del plazo establecido en el artículo 248 del Código Procesal Penal y de los plazos establecidos en los artículos 424 al 549, ambos inclusive, del Código de Procedimiento Penal.*

*En los tribunales de familia y laborales de las Regiones del Maule y del Biobío, el Juez Presidente, a propuesta del Administrador, establecerá a la brevedad un procedimiento objetivo y general para fijar nuevas fechas para las audiencias que se requieran producto de la prórroga decretada, para lo cual deberá tenerse especialmente en cuenta la urgencia del asunto, las materias involucradas, y el tipo de audiencia que deberá fijarse nuevamente.*

*En los tribunales del país no incluidos en el inciso primero, las partes, sus abogados, mandatarios, y demás intervinientes que hayan estado impedidos entre el 27 de febrero de 2010 y la fecha de publicación de la presente ley, con ocasión de la catástrofe del 27 de febrero y sus consecuencias, de cumplir plazos establecidos para diligencias, actuaciones o ejercicio de acciones o derechos ante ellos, podrán reclamar del impedimento dentro de los diez días siguientes a la publicación de esta ley. El tribunal resolverá de plano o previa tramitación incidental y apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica.*

*La prórroga regulada en el inciso primero se aplicará también a los plazos establecidos para requerir inscripciones conservatorias y efectuar publicaciones en el Diario Oficial y en el Boletín Oficial de Minería, de actuaciones y trámites correspondientes a las Regiones del Maule y del Biobío.*

**Artículo 2<sup>º</sup>.** *Transcurridos noventa días desde el 27 de Febrero de 2010, cualquiera que tenga interés en ello podrá pedir la declaración de muerte presunta de los desaparecidos con ocasión de la catástrofe ocurrida en esa fecha, que se encontraban en las Regiones de Valparaíso, Libertador Bernardo O'Higgins, del Maule y del Biobío.*

*Será juez competente para conocer del procedimiento el del último domicilio del causante o cualquier otro con competencia en materia civil de la región en que se presume haya desaparecido.*

*El juez fijará como día presuntivo de la muerte el 27 de febrero de 2010, e inmediatamente oficiará al Servicio del Registro Civil con el fin de que éste proceda a la inscripción de la muerte presunta.*

*En lo que no fuere contrario a lo establecido en los incisos anteriores, regirá lo dispuesto en el párrafo tercero del título II del Libro I del Código Civil.*

*Todas las gestiones, trámites y actuaciones a que dieren lugar las declaraciones de muerte presunta a que se refiere este artículo y que digan relación con los desaparecidos con motivo de la catástrofe ocurrida el 27 de Febrero del 2010 gozarán de privilegio de pobreza, por el solo ministerio ley.*

**Artículo 3<sup>º</sup>.** *El que solicitare la declaración de muerte presunta, a que se refiere el artículo precedente, conociendo el paradero de la persona que se declara desaparecida o el hecho de que sobrevivió al día 27 de febrero de 2010, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.*

*La misma pena se aplicará al que consintiere en que otro solicite la declaración de su muerte conforme al artículo 2<sup>º</sup> de esta ley.”;*

**SÉPTIMO.** Que del análisis de la iniciativa legal transcrita se concluye que, por no regular materias que el constituyente ha reservado a ley orgánica constitucional, este Tribunal no emitirá pronunciamiento preventivo de constitucionalidad respecto de sus artículos 1<sup>º</sup>, 2<sup>º</sup>, a excepción de su inciso segundo, y 3<sup>º</sup>;

**OCTAVO.** Que, por el contrario, examinará el inciso segundo del artículo 2<sup>º</sup> del proyecto de ley remitido, en cuanto éste confiere competencia a los tribunales que menciona y, por consiguiente, constituye una materia propia de la ley orgánica constitucional a que se refiere el inciso primero del artículo 77 de la Carta Fundamental;

**NOVENO.** Que consta de los antecedentes tenidos a la vista que la norma del proyecto de ley examinada por este Tribunal ha sido aprobada en ambas Cámaras del Congreso Nacional con las mayorías requeridas por el inciso segundo del artículo 66 de la Constitución Política de la República y que, respecto de ella, no se ha suscitado cuestión de constitucionalidad;

**DÉCIMO.** Que igualmente consta en autos que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 77 de la Carta Fundamental;

**DECIMOPRIMERO.** Que la norma orgánica constitucional que contiene el inciso segundo del artículo 2<sup>º</sup> de la iniciativa legal examinada no es contraria a la Constitución Política y así se declarará.

Y **VISTO** lo dispuesto en los artículos 77, 92 y 93, inciso primero, N° 1°, de la Constitución Política de la República y lo prescrito en los artículos 34 al 37 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

**SE DECLARA:**

1. Que esta Magistratura no emitirá pronunciamiento sobre los artículos 1°, 2°, a excepción de su inciso segundo, y 3° del proyecto de ley remitido, por cuanto no regulan materias que el constituyente ha reservado a una ley orgánica constitucional.

2. Que el inciso segundo del artículo 2° del proyecto de ley remitido es constitucional.

**El Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto** estuvo por considerar que todo el inciso cuarto del artículo 1° de la iniciativa legal remitida es materia de la ley orgánica constitucional de organización y atribuciones de los tribunales de justicia, por lo cual disiente en esta parte de lo resuelto en el numeral 1) de la sentencia.

**El Ministro señor Enrique Navarro Beltrán** disiente de lo resuelto en el numeral 1) en la parte que declara que el Tribunal no ejercerá el control de constitucionalidad que le corresponde en virtud del artículo 93, inciso primero, N° 1°, de la Constitución Política, del artículo 1° del proyecto de ley remitido, por considerar que la frase: “*El tribunal resolverá de plano o previa tramitación incidental y apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica*”, del inciso cuarto de dicha disposición, le entrega atribuciones a los tribunales que individualiza y, por consiguiente, regula una materia propia de la ley orgánica constitucional aludida en el artículo 77 de la Carta Fundamental, tal como lo ha manifestado este Tribunal en sentencias anteriores y como lo estimaron las comisiones de ambas cámaras del Congreso Nacional que emitieron informe durante la tramitación de esta iniciativa legal.

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben y las disidencias, su autores.

Devuélvase el proyecto al Senado, rubricado en cada una de sus hojas por la Secretaria del Tribunal, oficiándose.

Regístrese, déjese fotocopia del proyecto y archívese.

**Rol N° 1.682-2010**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señores José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic



Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

## ROL N<sup>º</sup> 1.683-2010

### REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 365 DEL CÓDIGO PENAL, DEDUCIDO POR JORGE WASHINGTON SEPÚLVEDA ÁLVAREZ

Santiago, cuatro de enero de dos mil once.

#### VISTOS:

Con fecha 13 de abril de 2010, Pablo Ardouin Bórquez, Defensor Penal Público, en representación de Jorge Washington Sepúlveda Álvarez, ha deducido ante este Tribunal Constitucional un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal, en la causa RIT N<sup>º</sup> 1287-2008, RUC N<sup>º</sup> 0800242317-1, seguida ante el Juzgado de Garantía de Cañete.

El precepto legal impugnado dispone que: *“El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio”*.

Como antecedentes de la gestión pendiente y conforme consta de la acusación del Ministerio Público, de fecha 10 de septiembre de 2009, que se encuentra agregada a los autos, durante el mes de diciembre de 2005, en el domicilio que se indica de la comuna de Cañete, el imputado señor Sepúlveda Álvarez habría accedido carnalmente por vía anal al sujeto de sexo masculino, de iniciales A.M.M.A., nacido el año 1991 y menor de 18 años de edad a esa fecha.

En virtud de estos hechos, la Fiscalía dedujo acusación en contra del imputado como autor del delito contemplado en el mencionado artículo 365, en grado de consumado, solicitando que se le impusiera la pena de 540 días de reclusión menor en su grado mínimo, más las accesorias legales.

Atendida la pena solicitada, el Juez ordenó tener la acusación como requerimiento y continuar el proceso de conformidad a las reglas del procedimiento simplificado, encontrándose actualmente pendiente la audiencia de juicio oral.

Indica el requirente que la aplicación del artículo 365 del Código Penal en la gestión *sub lite* genera efectos contrarios a la Constitución, en cuanto vulnera la dignidad, el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación arbitraria, la libertad, el derecho a la vida privada y a la intimidad, y el contenido esencial de los derechos, consagrados en los artículos 1º, inciso primero, y 19 N°s 2º, 4º, 7º y 26º de la Carta Fundamental; y en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2.1 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 7º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, estos últimos en relación con el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución.

Señala el actor que el artículo 1º de la Constitución reconoce la dignidad de la persona humana como valor constitucional básico y que ello implica reconocer a todas las personas su ejercicio, lo que tiene un correlato en todos los ámbitos de la vida, incluyendo el ejercicio de la sexualidad.

Sostiene el requirente que la igualdad es otro valor esencial reconocido en el artículo 1º de la Carta, como consecuencia de la dignidad de la persona humana y como regla de interpretación configurativa del juicio de igualdad. Esta igualdad tiene dos dimensiones: la de eliminar toda discriminación arbitraria, y la de generar las intervenciones necesarias para corregir las desigualdades de hecho.

De conformidad al artículo 19, N° 2, de la Constitución, debe existir una misma ley para todos los habitantes de la República y una igualdad de todos ante el derecho, lo que impide establecer estatutos legales diferenciados en consideración a condiciones o atributos de carácter estrictamente personal.

Señala que el eje del principio de igualdad es lo diferente, no lo igual, que el juicio de igualdad sólo debe considerar las diferencias que resulten esenciales, y que la discriminación sea injusta no depende del hecho de la diversidad sino del reconocimiento de la inexistencia de buenas razones para un tratamiento desigual.

Agrega que discriminar consiste en conferir un trato de inferioridad a quien se encuentra en la misma situación que aquél con el que se le compara, que discriminar es dar un trato arbitrario, y que lo que repugna al derecho, más que la discriminación en sí misma, es la arbitrariedad que ella contiene, en cuanto acto o proceder contrario a la justicia, a la razón o a las leyes, dictado por la sola voluntad o el capricho.

Indica que, en relación con lo dispuesto en los artículos 24 y 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, acarreado también obligaciones para

el Estado que debe respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la legislación interna que apruebe.

En este sentido, citando al profesor Humberto Nogueira, sostiene que “*la prohibición de diferenciar respecto de aspectos subjetivos de la persona constituye un límite a la función legislativa, ejecutiva y judicial, como asimismo a la autonomía privada*”. Agrega que la norma impugnada, precisamente, basa la diferencia en aspectos subjetivos del ser humano, cuestión que en un Estado democrático de derecho está proscrita.

Por otra parte, señala el actor que la autodeterminación sexual de las personas, como bien jurídico protegido, ha tenido reconocimiento expreso en la legislación moderna, y alude al caso de Alemania, en que en el año 1994 se modificó el Código Penal, eliminando la prohibición de la homosexualidad masculina con menores púberes y sustituyéndola por una regla general de protección de abuso de menores.

Sostiene que la autodeterminación sexual es una consagración del derecho a la libertad, contenido en el artículo 19, N<sup>º</sup> 7, de la Constitución, ya que la configuración de delitos sexuales tiene un correlato normativo, precisamente, en los delitos contra la libertad.

Agrega que la obligación de practicar o tolerar determinadas conductas sexuales no queridas es coacción y eso es un atentado contra la libertad. Lo curioso es que en el caso de la sodomía no se atenta contra la libertad, pues a diferencia de otros delitos sexuales no hay coacción, sino simplemente una relación sexual. Concluye que la afectación a la libertad viene dada por el constreñimiento estatal como mandato de abstención de quien quiere tener una vida sexual plena.

Agrega el requirente que la autodeterminación sexual puede considerarse también como parte del derecho a la privacidad consagrado en el artículo 19 N<sup>º</sup> 4<sup>º</sup> de la Carta Fundamental, derecho que posee un carácter defensivo, en cuanto esencialmente posibilita la exclusión de terceros respecto de ámbitos de la vida que la persona no tiene interés que sean conocidos, y que comprende el desarrollo de un plan de vida autónomo sin intervención estatal.

Añade que lo que el Estado considere como conducta sexual culturalmente aceptable es algo que queda entregado a la moral social, y que la tipificación de las prácticas homosexuales consentidas implica un atentado a la privacidad. Indica que la intromisión en los actos que tienen lugar en la intimidad del hogar con respecto a las parejas homosexuales es algo propio de un Estado totalitario donde la observancia de los derechos fundamentales es inexistente.

Menciona, también, el requirente, que el artículo 19, N<sup>º</sup> 26, de la Ley Fundamental restringe la capacidad del legislador de limitar los derechos, límite que viene dado por el contenido esencial de los mismos, y añade que la aplicación de la norma impugnada en el caso concreto cons-

tituye un ejemplo evidente de afectación sustancial de los derechos a que se ha aludido.

Indica el actor que el texto actual del precepto impugnado –en que el legislador penaliza las relaciones libres y consentidas entre dos varones cuando quien es accedido carnalmente es mayor de 14 y menor de 18 años, y quien accede es mayor de edad– tiene su origen en la Ley Nº 19.617 y es reflejo de la represión sexual que existe en nuestra legislación, donde la justificación moral encubierta de unos pocos impide la participación consentida de personas en una relación homosexual.

Sostiene que de la historia fidedigna de esta disposición –conforme a la discusión que tuvo lugar en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados y en la Comisión Mixta– se desprende que se alzaron ciertas voces siendo las más radicales, por un lado, las que proponían derogar esta figura por tratarse de conductas cuya lesividad social es inexistente, en que no existe propiamente un bien jurídico protegido y porque se contravenían disposiciones constitucionales, como la tipicidad, la falta de fundamento razonable y la igualdad, al encontrarse exento de sanción el lesbianismo, equivalente femenino de la conducta; y, por otra parte, las que proponían sancionar la sodomía por ser un delito en cuanto implica la realización de un acto contra natura e intrínsecamente negativo, además de considerar que su despenalización llevaría a plantear diferentes derechos civiles de los homosexuales y a la consideración jurídica de sus relaciones anormales, alterando la convivencia del cuerpo social.

Agrega el requirente que el criterio que primó al establecer el texto actual del artículo 365 fue subjetivo, decidiéndose la mantención del tipo penal como un “*mal menor*” justificado por la finalidad “*ejemplificadora*” de la ley, vulnerándose de esta forma la garantía constitucional de la igualdad ante la ley.

En cuanto a la forma en que la aplicación del precepto impugnado al caso concreto resulta contraria a la Constitución, sostiene el actor que la aplicación del artículo 365 en la gestión pendiente genera abiertamente una discriminación arbitraria, pues se sancionará a su representado por una relación sexual con una persona de su mismo sexo menor de 18 y mayor de 14 años, libremente consentida y en que no concurren las circunstancias del estupro o de la violación, pero no serán sancionadas penalmente las relaciones sexuales libremente consentidas entre un hombre y una mujer cuando cualquiera de ellos sea menor de 18 y mayor de 14; entre dos mujeres siendo una de ellas menor de 18 y mayor de 14, ni entre un hombre mayor de 18 y un hombre menor de dicha edad y mayor de 14, cuando sea este último quien acceda carnalmente.

Así, afirma que la diferencia que hace la norma cuestionada constituye una persecución de una minoría, sancionando el ejercicio legítimo de la autodeterminación sexual, y que si la libertad sexual o la indemnidad sexual fuera el bien jurídico protegido, habría una inconsistencia evidente del le-

gislador al no considerar la homosexualidad femenina en el tipo penal y al preterir la conducta en que el menor es el que accede carnalmente.

Agrega que nos encontramos frente a una discriminación arbitraria en razón de género, pues respecto de los hombres mayores de 14 y menores de 18 años, algunas partes de su cuerpo son individuales y otras estatales, y que la diferencia anotada no es ni razonable ni objetiva.

Por otro lado, indica que la privacidad no sólo se afecta por la comisión del tipo penal, sino que en un segundo momento se afectará por el proceso penal ya que tanto el imputado como la presunta víctima deberán revelar detalles íntimos, en circunstancias que si los hechos hubiesen tenido lugar entre un hombre y una mujer no tendrían por qué hacerlo.

Como consideración final, indica el actor que esta Magistratura –que ejerce privativamente el control concentrado de constitucionalidad– ha resuelto que su competencia limita en el mérito de la norma sometida a revisión. Sin embargo, ello no la inhibe del deber de resolver si los actos se ajustan o no a la Constitución, de modo tal que, requerida para que se pronuncie acerca de la plausibilidad de las razones que se tuvieron en cuenta para dar el trato diferenciado al que se ha hecho mención, procede que asuma la defensa de la Carta Fundamental, incluso respecto de la ley, que sólo manifiesta la voluntad soberana cuando respeta la supremacía constitucional.

Por resolución de fecha 11 de mayo de 2010, la Primera Sala de este Tribunal Constitucional admitió a tramitación el requerimiento interpuesto y ordenó la suspensión del procedimiento en la gestión en que incide. Posteriormente, por resolución del día 27 del mismo mes y año, dicha Sala lo declaró admisible. Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, el requerimiento fue puesto en conocimiento de los órganos constitucionales interesados y del Ministerio Público (Fiscalía Local de Cañete), sin que se formularan observaciones dentro de plazo.

Se ordenó traer los autos en relación y en audiencia de fecha 9 de septiembre de 2010 se procedió a la vista de la causa, oyéndose la relación y el alegato del abogado de la Defensoría Penal Pública, Fernando Mardones Vargas, por el requirente, y

#### CONSIDERANDO:

### I

#### EL CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD SOMETIDO A ESTA MAGISTRATURA

**PRIMERO.** Que el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, de la Constitución Política de la República dispone que es atribución del Tribunal Constitucional “*resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplica-*

bilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”;

**SEGUNDO.** Que la misma norma constitucional expresa, en su inciso undécimo, que, en este caso, “la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto” y agrega que “corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley”;

**TERCERO.** Que, como se ha indicado en la parte expositiva, Jorge Washington Sepúlveda Álvarez, debidamente representado por el Defensor Penal Público, Pablo Ardouin Bórquez, ha solicitado a esta Magistratura la declaración de inaplicabilidad del artículo 365 del Código Penal, en la causa RIT N° 1287-2008, RUC 0800242317-1, seguida ante el Juzgado de Garantía de Cañete. Ésta es precisamente la gestión pendiente que autoriza interponer la presente acción constitucional;

**CUARTO.** Que la gestión judicial individualizada precedentemente tiene su origen en la causa criminal incoada por el fiscal del Ministerio Público de Cañete, en la cual se solicita la aplicación, al requirente, de una pena de 540 días de reclusión menor en su grado mínimo más accesorias legales, especialmente las previstas en los artículos 370 y 372 del Código Penal, en la calidad de autor del delito previsto en el artículo 365 del Código Penal;

**QUINTO.** Que el precepto cuya inaplicabilidad se solicita señala:

*“Art. 365. El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio”;*

**SEXTO.** Que, como se lee en el requerimiento y ha sido ratificado en estrados, la inaplicabilidad del precepto legal indicado se funda en que su aplicación en la gestión judicial ya descrita vulneraría los artículos 1°, inciso primero, y 19, N°s 2°, 4°, 7° y 26°, de la Carta Fundamental. Además, se estiman transgredidas las disposiciones contenidas en los artículos 1.1. y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en los artículos 2.1 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 7° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, estos últimos en relación con el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución;

## II

## ANTECEDENTES RESPECTO DEL DELITO DE SODOMÍA

**1. Evolución del artículo 365 del Código Penal.**

**SÉPTIMO.** Que, como señala el Informe en Derecho, “La inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal”, acompañado a estos autos, cuyos autores son varios profesores de Derecho, el referido precepto ha tenido tres redacciones. La redacción original (1875-1972) se limitaba a sancionar con pena de presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años) a “*el que se hiciere reo de sodomía*”, figura conocida como “sodomía simple”. Hasta ese momento existía consenso en que la conducta punible era la sexualidad realizada entre varones libremente, siendo ambos igualmente culpables. Como sostiene Luis Rodríguez Collao, “*la supresión de la figura de la sodomía simple obviamente se debe a los reparos que ella merecía por vulnerar el principio de taxatividad (pues no mencionaba con exactitud el hecho incriminado) y el principio de lesividad, porque en una relación sexual libremente consentida entre personas adultas no existe un bien jurídico necesitado de protección (...)*.” (“Delitos sexuales.” Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 249).

La redacción intermedia del artículo 365 del Código Penal (1972-1999) se debe a la modificación introducida por la Ley N<sup>º</sup> 17.727, de 1972, que agregó dos nuevos incisos al precepto original sancionando con penas afflictivas y de crimen los supuestos de comisión de sodomía con los medios o en las circunstancias características del delito de violación, esto es, el uso de fuerza o intimidación, privación de razón o sentido de la víctima o su condición de menor impúber, considerando como tal al menor de 14 años. Esta figura fue conocida como “violación sodomítica”.

La tercera redacción del precepto que se analiza es la que introdujo la Ley N<sup>º</sup> 19.617, de 1999, cuyo contenido y alcances se analizarán enseguida;

**2. Redacción actual del artículo 365 del Código Penal.**

**OCTAVO.** Que la Ley N<sup>º</sup> 19.617, de 1999, modificó el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales, en materias relativas al delito de violación.

La tramitación del proyecto que culminó con la dictación de la referida ley se inició con un Mensaje enviado a la Cámara de Diputados en agosto de 1993, habiendo sido despachado sólo en junio de 1999.

Así, durante casi seis años, el tema fue objeto de acalorados debates parlamentarios, en los cuales diversas posiciones fueron expuestas y de-

batidas y numerosos temas fueron analizados, tales como la despenalización o retipificación de la sodomía, el verbo rector a emplear, la edad del sujeto pasivo, la no concurrencia de otros delitos y la posibilidad de contemplar a la mujer como el sujeto activo del delito. Finalmente, conforme señaló el senador Larraín, se optó por la restricción del delito al acceso carnal de un varón a otro menor de 18 años sin que medien las circunstancias que configuran violación o estupro, pues esta tipificación “*permitted resolver de alguna manera las diferencias de opinión*” existentes sobre la materia. (Diario de Sesiones del Senado. Legislatura 339ª. Extraordinaria, Sesión Nº 13, de 22 de diciembre de 1998, p. 27);

**NOVENO.** Que, pese a la divergencia de opiniones sobre los distintos temas debatidos, del estudio de la historia legislativa se desprende que la protección del menor de edad comprometido en la sodomía fue una consideración transversal y permanente, conforme se demostrará a continuación.

El Mensaje del Ejecutivo, con el cual se inició la tramitación legislativa de la referida norma (Boletín Nº 1048-07), proponía la modificación al delito de sodomía solamente como una consecuencia de la ampliación del delito de violación, el cual pasaría a abarcar tanto a hombres como mujeres en cuanto posibles víctimas. Por eso se derogaban los incisos segundo y tercero del artículo 365, que regulaban el delito de violación sodomítica, toda vez que se incluía esa figura en la nueva redacción del artículo 361, relativo a la violación, y que era del siguiente tenor:

*“Artículo 361. La violación de una persona será castigada con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio.*

*Comete violación el que tuviere acceso carnal sin la voluntad de la otra persona sea por la vía vaginal, anal o bucal. En especial, se comete violación en alguno de los siguientes casos:*

- 1º Cuando se usare fuerza o intimidación.*
- 2º Cuando la persona se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa, y se abusa de su enajenación.*
- 3º Cuando por enfermedad o cualquiera otra causa no pudiera resistir.*
- 4º Cuando la víctima sea menor de doce años cumplidos, aun cuando sea con su voluntad.*

*El juez podrá aplicar la pena inferior en un grado en el caso del cónyuge que comete el delito mediante la circunstancia primera, segunda o tercera.”;*

**DÉCIMO.** Que de la lectura de dicho Mensaje se desprende que la protección de los menores de edad fue considerada un factor determinante para la proposición de la modificación legislativa en cuestión.

Se afirmaba, en tal sentido, que el 71,5% de las víctimas de delitos de violación, estupro, violación sodomítica y abusos deshonestos eran menores de edad. Esta cifra de descomponía en 7,3 % de menores de 4 años, 31% de menores de 9 años y 57,3% de menores de 14 años. La cifra res-



tante (aproximadamente un 5%) correspondía a los menores entre 18 y 14 años.

En el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, evacuado durante el primer trámite constitucional, se sostuvo, en relación con el mismo punto que *“este tipo de víctimas (se refería a los menores de edad), en general, no se sienten agredidas como las personas adultas, que tienen conciencia de la situación que se produce. Sólo tienden a darse cuenta de que fueron objeto de un delito o agresión sexual cuando ya son adultos.”* (Informe de 10 de mayo de 1995, p. 2).

Por esa razón y considerando las distintas valoraciones formuladas durante el debate respecto del delito de sodomía, la Comisión propuso, en un primer momento, suprimir la disposición original del inciso primero del artículo 365 del Código Penal y establecer, en su reemplazo, una disposición nueva que sancionara al adulto que tuviere relaciones sexuales con un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación, estupro o abusos sexuales (Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, de 10 de mayo de 1995, p. 15);

**DECIMOPRIMERO.** Que, de la misma forma, durante el primer trámite constitucional, el diputado Ignacio Walker aclaró que el proyecto de ley sólo despenalizaba las relaciones homosexuales entre adultos, libremente consentidas y en privado, y agregó que sólo se mantenía la penalización cuando la víctima es un menor de 18 años de edad porque *“consideramos que a esa edad hay suficiente evolución psicosexual, una madurez”* (Cámara de Diputados. Legislatura 331. Sesión 08. Fecha 13 de junio de 1995. Discusión general, p. 80).

Por otro lado, durante el segundo trámite constitucional en el Senado, según se desprende del Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, la representante del Ministerio de Justicia, doña Clara Szczaransky, expresó su opinión en el sentido de que era conveniente la solución de la Cámara de Diputados de limitar la tutela penal a las relaciones sodomíticas de un adulto con un menor, destinada a proteger el libre desarrollo sexual de éste y a asegurar su indemnidad (Informe de 22 de enero de 1997, p. 32);

**DECIMOSEGUNDO.** Que, por su parte, durante el trámite de Comisión Mixta, se optó por la redacción de la Cámara en lugar de la del Senado, esto es, por retipificar el delito de sodomía en lugar de mantenerlo con la redacción previa a este proyecto de ley. Para arribar a esta decisión se tuvo presente que el propósito del proyecto era proteger a los menores de edad, el que se conseguía con la nueva redacción y, además, no era afectado por la despenalización de la sodomía consentida entre adultos.

Asimismo, la Comisión Mixta discutió sobre la edad a partir de la cual la sodomía pasaba a ser impune. Se propusieron tres límites: 14, 16 y 18

años. Las dos primeras propuestas tenían en consideración la edad que exige la ley para ser responsable penalmente. Así, la diputada Guzmán proponía 14 años porque un proyecto de ley sobre tribunales de familia ya ingresado había propuesto ese límite y otros diputados proponían 16 años porque ésa era la edad en que en la época de discusión de esa ley se examinaba el “discernimiento del menor”. Sin embargo, finalmente la votación se inclinó por fijar la edad de despenalización de la sodomía en los 18 años por 4 votos contra 3. En este mismo tema, se discutió si se debía exigir una “diferencia apreciable de edad” entre el hechor y la víctima para que tuviera lugar este delito. En ese sentido, se propuso contemplar una excusa legal absoluta para aquellos casos en que la diferencia de edad fuera inferior a 4 años. Esta idea también fue rechazada por la Comisión por 4 votos contra 3.

En la discusión en Sala, realizada con ocasión del Informe de la Comisión Mixta, la diputada Guzmán señaló que el delito se había retipificado, puntualizando que ahora se sancionaba el acceso carnal a un varón menor de edad y subrayando que con ello se protege al menor de edad, por su mayor vulnerabilidad. A su turno, el diputado Bustos explicó que la sodomía se limitaba a los casos de abusos sobre la libertad de otra persona y queda sólo restringida a aquellos casos en que hay un abuso sobre el menor (Informe de 15 de diciembre de 1998, pp. 16 y 18, respectivamente);

**DECIMOTERCERO.** Que, de todo lo señalado hasta ahora, se puede concluir que los parlamentarios se hicieron cargo de los puntos polémicos relativos a la sodomía y las discusiones fueron permeadas por la preocupación respecto a la protección del menor y su indemnidad sexual, culminando con la consagración de la actual redacción del artículo 365 del Código Penal;

**DECIMOCUARTO:** Que, a su turno, la doctrina especializada, sin perjuicio de eventuales críticas al tipo legal en cuestión, coincide en que el bien jurídico que se protege es la indemnidad sexual del individuo (Rodríguez Collao, ob. cit., p. 251). Más específicamente, se trata de amparar la indemnidad sexual de los menores de 18 años (Aguilar Aranela, Cristián. “Manual de delitos sexuales”, Ed. Metropolitana, 2006, pp. 113 y ss. En el mismo sentido, Garrido Montt, Mario, “Derecho Penal”. Tomo III. Parte Especial. Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., 2002, pp. 428-433).

Para Antonio R. Bascuñán, el bien jurídico protegido es el desarrollo libre de perturbaciones de la autodeterminación sexual del menor (“Delitos contra la autodeterminación sexual”. Material de Estudio, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pp. 76 y ss.). A su turno, el profesor Garrido Montt señala que lo que se busca es el amparo del normal desarrollo del menor y la consolidación de su sexualidad, entendiéndose que la conducta tipificada constituye un peligro potencial para el desarrollo sexual normal de los menores de edad (ob. cit.). Luis Rodríguez Collao

explica, por su parte, que “*de acuerdo con el sentido que corresponde atribuir al propósito de tutela que subyace en esta figura, un menor asumirá dicho papel (de víctima del delito) cuando en razón de su edad y estado de experiencia personal, esté en situación de poder ser afectado psíquica o emocionalmente en un sentido que pueda alterar el normal desarrollo de su sexualidad.*” (Ob. cit., p. 253).

Cristián Aguilar Aranela (ob. cit.) y el propio Luis Rodríguez Collao (ob. cit.) van incluso más lejos, toda vez que consideran a la sodomía como una genuina hipótesis de corrupción de menores;

**DECIMOQUINTO.** Que, conforme se desprende de la historia fidedigna del precepto impugnado y de lo afirmado por la doctrina especializada, el tipo que contempla el artículo 365 del Código Penal tiene como objeto la protección de los menores de edad, de su bienestar físico y psicológico y de su indemnidad sexual.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, indemnidad significa “*estado o situación de quien está libre de daño o perjuicio*”.

En el caso de la sodomía, el legislador entendió que la práctica de actos sexuales entre un hombre mayor y un menor de 18 años de su mismo sexo, acarrearía daños o perjuicios a este último, en lo que dice respecto a su desarrollo psicosocial;

**DECIMOSEXTO.** Que, en lo que se refiere al verbo rector y a los elementos del tipo constitutivo del delito de sodomía, puede observarse que el primero está definido por las expresiones “*el que accediere carnalmente*” contenidas en el artículo 365 del Código Penal, debiendo entenderse que se trata del acceso carnal de un varón a otro varón. Como explica Rodríguez Collao, “*el tipo exige que el hechor y la víctima sean personas del mismo sexo, y no siendo posible (por la naturaleza de las cosas) que aquella conducta sea ejecutada por una mujer, es suficientemente claro que lo que aquí se sanciona es el acceso carnal de un varón a otro varón.*” (Ob. cit., p. 251).

En segundo lugar, debe tratarse del acceso carnal que se realiza por vía anal. Esta es la opinión de Rodríguez Collao, para quien ha de darse una interpretación estricta al precepto de que se trata. Precisa que “*el tipo de corrupción de menores no indica la vía a través de la cual ha de realizarse el acceso carnal (...). Para comenzar, como la violación y el estupro especifican las cavidades a través de las cuales ha de realizarse el acceso, el solo hecho que el tipo de corrupción de menores no haga lo propio, es demostrativo de una voluntad más restrictiva para el caso de este último. Pero lo más importante es que las prácticas de sexo oral, en estricto rigor, no constituyen una forma de penetración, salvo que expresamente se les dé ese carácter en virtud de una ficción, como efectivamente lo hacen los artículos 361 y 363.*” (Ob. cit., pp.351-352).

Otros autores, como Raimundo González, sostienen, en cambio, que “*el acceso carnal, al referirse al sujeto activo hombre, es la penetración anal o bucal.*” En este caso, sigue explicaciones entregadas por el profesor Gustavo Labatut antes de la reforma operada por la Ley N<sup>º</sup> 19.617 en el año 1999.

(“Tesis de los delitos de violación, incesto y sodomía según la Ley 19.617”. Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, noviembre de 2000, pp. 65 y 73);

**DECIMOSEPTIMO.** Que tratándose, ahora, de los sujetos del delito, se ha sostenido que, atendida la naturaleza de la conducta exigida, el sujeto activo debe ser un varón, bastando que sea imputable. En relación con el sujeto pasivo debe tratarse de un varón también, que tenga más de doce años, pero menos de dieciocho. (Rodríguez Collao, ob. cit., p. 252).

En rigor, el artículo 365 del Código Penal sólo se refiere “a una persona menor de dieciocho años de edad”, lo que obliga a efectuar una interpretación sistémica de este precepto con el resto de la normativa contenida en el Código Penal.

Así, podría concluirse que, en realidad, debe tratarse de un menor de dieciocho pero mayor de 14 años de edad, pues de lo contrario se aplicaría el tipo previsto en el artículo 362 del Código Penal: “*el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años*” sin concurrir las circunstancias propias del delito de violación tipificado en el artículo 361. Esta interpretación se confirma si se observa que los artículos 365 bis, 366, 366 bis y 366 quáter introducen la edad de corte de las conductas respectivas en los 14 años de edad.

Con todo, la exigencia de que el menor de edad asuma el papel de víctima del delito es un elemento objetivo del tipo contenido en el artículo 365 del Código Penal, sin cuya concurrencia aquél no puede tenerse por configurado (Rodríguez Collao. Ob. cit., p. 253).

Finalmente, el tipo de la sodomía se completa con la exigencia de que el acceso carnal se realice “*sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro*”. Es decir, ello exige que el menor de edad que es accedido no actúe presionado –física o moralmente– por su pareja sexual, que no se encuentre en una situación de desvalimiento ni en una posición de dependencia respecto del otro individuo, y que no sea, en fin, ignorante o inexperto en materias sexuales, porque en todos esos casos el título de castigo se desplazaría hacia los delitos de violación o estupro. (Rodríguez Collao. Ob. cit., p. 252);

### III CONSIDERACIONES EN TORNO AL MÉRITO DE LA OBRA DEL LEGISLADOR

**DECIMOCTAVO.** Que, en este punto del análisis, resulta necesario detenerse en una de las argumentaciones esgrimidas por el requirente recordando la jurisprudencia asentada por esta Magistratura –que ejerce privativamente el control concentrado de constitucionalidad– en cuanto

a que su competencia limita en el mérito de la norma sometida a revisión. Ello no la inhibiría, a su juicio, del deber de resolver si los actos se ajustan o no a la Constitución, de modo tal que, requerida para que se pronuncie acerca de la plausibilidad de las razones que se tuvieron en cuenta para dar el trato diferenciado al que alude, procede que asuma la defensa de la Carta Fundamental, incluso respecto de la ley, que sólo manifiesta la voluntad soberana cuando respeta la supremacía constitucional;

**DECIMONOVENO.** Que, efectivamente, este Tribunal ha sostenido reiteradamente que el control constitucional que ejerce limita en el mérito del acto impugnado o controlado, criterio con el que coinciden los más importantes Tribunales Constitucionales del mundo y también la doctrina especializada.

En este contexto, se ha afirmado que “(...) *el Tribunal Constitucional no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control. Sólo debe resolver si dichos actos se ajustan o no a los preceptos constitucionales. De una parte, debe velar por que la ley (...) no vulnere los límites constitucionales y, de otra, no puede inmiscuirse en la esencia del ejercicio de la función pública que le corresponde al Congreso Nacional (...)*” (STC Rol N<sup>º</sup> 591, c. noveno).

Ha agregado que “*en el caso del legislador, tal esfera de autonomía comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito y oportunidad que llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa. Sólo cuando el Parlamento exceda su ámbito de competencia, infringiendo los márgenes contemplados en la Constitución, o violente el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que éste haya incurrido.*” (Ídem);

**VIGÉSIMO.** Que los márgenes constitucionales a que se ha aludido antes dicen relación, básicamente, con los derechos fundamentales que la Constitución asegura a todas las personas, ya no sólo desde un punto de vista subjetivo, mirado desde la perspectiva del titular del derecho, sino que también desde un prisma objetivo que supone aceptar que tales derechos constituyen hoy la piedra angular de todo el ordenamiento jurídico positivo;

**VIGESIMOPRIMERO.** Que, en relación con la política criminal, esta Magistratura ha sostenido, asimismo, que ésta “*se formula y se ejecuta en un determinado contexto social y es producto de la decisión de los órganos colegisladores que responden a sus demandas. (...) Desde luego, la primacía del legislador para establecer la política criminal está sujeta a límites provenientes del principio de humanidad y de las normas emanadas de él que han sido consagradas en los textos de derecho positivo nacional e internacional. La prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, así como las condiciones de dignidad en que los condenados deben cumplir sus penas, representan fronteras nítidas dentro de las cuales se puede mover el establecimiento de la política criminal en*

*cualquier país o comunidad civilizada. Dentro de tales marcos, se entiende como tolerable la fijación de sanciones de acuerdo a los fines de convivencia establecidos por los órganos legítimos y a los efectos de que su mayor severidad o laxitud, según el caso, resulte más eficaz en el logro de los objetivos propuestos (...).*” (STC Rol N° 825, c. noveno, y Rol N° 1.328, c. decimocuarto);

**VIGESIMOSEGUNDO.** Que, en consecuencia, el examen que se realizará a continuación tiende a determinar si la tipificación del delito de sodomía que efectúa el artículo 365 del Código Penal puede importar, en su aplicación al caso concreto de que se trata, una vulneración de determinados derechos fundamentales, como los que han sido invocados por el requirente. Esta forma de proceder no vulnera, por lo dicho, el respeto al mérito inherente a las decisiones que adopta el legislador ni a las decisiones de política criminal que le son privativas, sino que sólo constituye una expresión del mecanismo de los *checks and balances* que son indispensables en un Estado de Derecho;

#### IV

#### VULNERACIÓN DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY

**VIGESIMOTERCERO.** Que, desde el punto de vista de las infracciones constitucionales, el requirente aduce, en primer término, que la aplicación del artículo 365 del Código Penal en la causa que sustancia el Juzgado de Garantía de Cañete, RIT N° 1287-2008, RUC N° 0800242317-1, genera una discriminación arbitraria, pues se sanciona a su representado por sostener una relación sexual con una persona de su mismo sexo menor de 18 y mayor de 14 años, relación que ha sido libremente consentida y en la que no concurren las circunstancias del estupro o la violación. En consecuencia, se establece una diferencia carente de justificación entre aquella situación y la que se produce entre un hombre y una mujer cuando cualquiera de ellos sea menor de 18 y mayor de 14; o con la situación de dos mujeres siendo una de ellas menor de 18 y mayor de 14; o la de un hombre mayor de 18 y otro menor de dicha edad y mayor de 14, cuando es este último quien accede carnalmente. Nos encontraríamos, entonces, ante una discriminación arbitraria en razón de género que constituiría una inconsistencia evidente del legislador al no considerar, dentro del tipo penal, a la homosexualidad femenina y al preterir la conducta en que el menor es el que accede carnalmente;

**VIGESIMOCUARTO.** Que la evolución jurisprudencial de la igualdad ante la ley en esta Magistratura ha sido ampliamente recordada en la sentencia Rol N° 1.414, de la cual se pasan a reproducir algunos considerandos:

*“(...) este Tribunal, en diversos pronunciamientos, entendió que la igualdad ante la ley “consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las*

*personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición". Así, se ha concluido que "la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad". (Sentencias roles N<sup>OS</sup> 28, 53 y 219)." (c. decimocuarto).*

*" (...) como lo ha anotado esta Magistratura, "la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario (Rol N<sup>º</sup> 986/2008)." (c. decimoquinto);*

*" (...) como también lo ha señalado el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos (roles 755 y 790), el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el alemán y el español, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser objetiva. De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador." (c. decimosexto);*

*" (...) como también lo ha hecho presente esta Magistratura (roles N<sup>OS</sup> 755, 790, 1138 y 1140), la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados" (c. decimoséptimo);*

**VIGESIMOQUINTO.** Que para el adecuado análisis de la alegación del requirente, es conveniente recordar que el precepto impugnado sanciona las relaciones sexuales entre un adulto mayor de edad y un menor de 18 y mayor de 14 años. En el caso concreto, a la fecha de los hechos, diciembre de 2005, el requirente, nacido el 16 de julio de 1972, tenía 33 años de edad y el menor accedido, de iniciales A.M.M.A, nacido el 16 de septiembre de 1991, había recién cumplido 14 años;

**VIGESIMOSEXTO.** Que, tratándose de menores de edad, el establecimiento de una protección especial en materia de delitos sexuales no es una práctica extraña al derecho penal chileno, conforme se observa en los artículos 366 quinquies, 367 y 367 bis del Código del ramo.

Asimismo, en diversas ocasiones se consagra una protección especial a las víctimas cuya edad se encuentra en el tramo de 14 a 18 años, como se desprende de los artículos 363, 365 bis N° 3, 366, inciso segundo, 366 quáter, inciso tercero, y 367 ter del Código Penal;

**VIGESIMOSÉPTIMO.** Que, en otro orden de materias, diversos preceptos legales han consagrado también una protección especial a la infancia y a la juventud. Este es el caso, entre otros, de los artículos 222, 226, 227, 234 y 236 del Código Civil; de los artículos 13, incisos tercero y final; 14, 15, 16, 17 y 18 del Código del Trabajo; de los artículos 3° y 4° de la Ley N° 19.620, sobre adopción de menores; del artículo 3° de la Ley N° 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar; de los artículos 16 y 68 a 80 de la Ley N° 19.968, que crea los Juzgados de Familia; del artículo 2° de la Ley N° 20.084, sobre Responsabilidad Penal Adolescente; de los artículos 1°, inciso final, 12, incisos segundo y tercero, y 13, inciso primero, de la Ley N° 18.838, que crea el Consejo Nacional de Televisión, y de los artículos 1°, inciso final, y 10 a 13 de la Ley N° 19.846, sobre Calificación de la Producción Cinematográfica;

**VIGESIMOCTAVO.** Que, de acuerdo a lo que se expuso anteriormente, en el caso del artículo 365 del Código Penal el fin perseguido por el legislador fue la protección de la integridad física y psíquica y de la indemnidad sexual de los menores de edad, entendida como la necesidad de precaver daños o perjuicios al desarrollo psicosocial de quien, por las propias circunstancias de su madurez física y emocional, no está en plenas condiciones de comprender el alcance de sus actos, sino hasta llegar a la etapa adulta. De esta forma, por mucho que la relación aparezca como consentida –a diferencia de la violación sodomítica comprendida hoy en el tipo de la violación–, el legislador ha entendido que dicho consentimiento prestado por un menor de 18 y mayor de 14 años de edad no puede tener el mismo alcance que el de una persona adulta, pues aquél no posee conciencia clara de los efectos, incluso físicos, que su conducta puede generar.

Además, tratándose la sodomía de un delito de mera actividad, cuya antijuridicidad radica en la posición desmedrada en que la conducta realizada deja al menor, discurre justificadamente el legislador al estimar que la penetración que sufre no puede ser un episodio inocuo o baladí para éste, sino que, por el contrario, lo determina o condiciona, de alguna manera relevante, al momento de tener que definir, con plena libertad, su propia identidad sexual.

En este sentido, desde la doctrina especializada se ha sostenido que *“el adolescente es, a su propia manera, inocente e inexperto, a pesar de la madurez de sus capacidades y apetitos. Su curiosidad sobre el sexo es avasalladora, pero aún no están claros sobre los significados sexuales y los códigos de propiedad sexual. Tienen menos control de sus impulsos y también se encuentran menos claros sobre sus orien-*



*taciones sexuales, además de ser vagos en cuanto a su responsabilidad sexual (...)* El compañero adolescente es, en algunos sentidos, él mismo, un niño (...).” (David Finkelhor. “El abuso sexual al menor: causas, consecuencias y tratamiento psicosexual.” Editorial Pax, México, 1980, p. 114).

Así, la finalidad perseguida por el legislador, en el artículo 365 del Código Penal, es objetiva y concordante con el resto de la legislación que se ha citado como protectora de la niñez. Su concreción es consonante, a su vez, con lo dispuesto en el inciso final del artículo 1<sup>º</sup> de la Carta Fundamental que impone al Estado el deber de “dar protección a la población”, lo que adquiere una especial connotación cuando se trata de los más desvalidos.

Asimismo, se ajusta a lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, especialmente en cuanto a la prevalencia del “interés superior del niño”, entendiendo por tal a “*todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.*” (Artículo 1<sup>º</sup> de la Convención sobre los Derechos del Niño, promulgada por Decreto Supremo N<sup>º</sup> 380, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 14 de agosto de 1990 y publicada en el Diario Oficial de 27 de septiembre del mismo año).

Como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el interés superior del niño justifica la necesidad de que le sea dada una protección especial, en vista de su falta de madurez física y mental, debilidad o inexperiencia (OC-17/02 de 28 de agosto de 2002). (El subrayado es nuestro);

**VIGESIMONOVENO.** Que, en efecto, la referida Convención dispone, en su artículo 3.1, que: “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”.

En un intento de definición, la profesora Gloria Baeza Concha señala que el “*interés superior del niño*” es “*el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar*”. La autora entiende que “*el bienestar de un niño estará dado, mirado desde un prisma legal, al lograr la aplicación de las normas de la Convención, en especial la del artículo 3<sup>º</sup>, ya citado, que exige la consideración de este “interés superior del niño” al tomar cualquier determinación, sea en el ámbito público, privado, judicial, administrativo o legal*” y señala que “*el concepto abarca además la obligación de elegir las alternativas que permitan el desarrollo moral e intelectual del niño dentro de la sociedad*”. (“El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”. En: Revista Chilena de Derecho. Vol. 28, no. 2, abril-junio 2001, pp. 355-362).

A su turno, Gonzalo Aguilar Cavallo señala que “*aun cuando algunos*

autores señalan que la geometría variable del concepto hace difícil su definición, Zermatten propone que el principio significa que “el interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida para cuando varios intereses entran en convergencia”. (“El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Revista de Estudios Constitucionales, Año 6, N° 1, 2008, pp. 223-247).

Conforme señala Miguel Viveros Vergara, cuando se trata del interés superior del niño, “lo prudente y razonable según un buen padre de familia o las buenas intenciones no son suficientes” (“La legislación y el interés superior del niño”. En: Revista Universitaria No. 64, 1999, pp. 54-58);

**TRIGÉSIMO.** Que este principio ha sido recogido también por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, según la cual: “[l]as razones básicas de esta protección a los niños y a los adolescentes son: i) el respeto de la dignidad humana que, conforme a lo previsto en el Art. 1° de la Constitución, constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho colombiano; ii) su indefensión o vulnerabilidad, por causa del proceso de desarrollo de sus facultades y atributos personales, en su necesaria relación con el entorno, tanto natural como social, y iii) el imperativo de asegurar un futuro promisorio para la comunidad, mediante la garantía de la vida, la integridad personal, la salud, la educación y el bienestar de los mismos” (Sentencia C-318/03). (El subrayado es nuestro).

El principio de protección especial “ya había sido consagrado en el orden internacional por la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959. La Declaración Universal de Derechos Humanos insiste en este principio al señalar que “[...] la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales”. Además, la Declaración y Programa de Acción de Viena durante la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos reiteró este principio al indicar que el niño merece “una mayor protección” (...) En el ámbito regional americano, el artículo 19 de la Convención Americana dispone que “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”” (Aguilar Cavallo, Gonzalo. Ob. cit., pp. 223-247);

**TRIGESIMOPRIMERO.** Que, ante todo lo expuesto, forzoso es concluir que el precepto impugnado no contiene una discriminación arbitraria o carente de razonabilidad, ya que se fundamenta en los principios del interés superior del niño y de protección especial, contemplados en instrumentos de derecho internacional que son parte del ordenamiento jurídico chileno, en los términos del artículo 5° de la Constitución Política

Chilena, y que obligan a los órganos del Estado –entre ellos, el legislador– a su respeto y promoción.

El legislador, en opinión de estos sentenciadores, ha obrado dentro de la órbita de sus potestades constitucionales al referir la protección del menor, en materia de autodeterminación e indemnidad sexual, a las relaciones sodomíticas en que juega un papel pasivo, por entender, razonablemente, que se trata de un tipo de relación lesiva de su dignidad como persona, afincada en la inmadurez de su desarrollo psíquico y sexual;

**TRIGESIMOSEGUNDO.** Que corresponde, enseguida, hacerse cargo del argumento esgrimido por el requirente en el sentido de que se vulneraría también la igualdad ante la ley desde el momento en que el precepto legal impugnado sólo sanciona el acceso carnal consentido entre varones del mismo sexo cuando el accedido es menor de 18 y mayor de 14 años de edad, sin hacer lo mismo respecto de las mujeres.

Un primer argumento para desechar tal alegación es de carácter biológico. Dice relación con el verbo rector de la conducta descrita en el artículo 365 del Código Penal. Durante la discusión de la Ley N<sup>º</sup> 19.617, el argumento que se sostuvo en la elaboración del segundo informe del Senado era que el término “acceso carnal” se refiere a la penetración genital o coito. Por tanto, sólo puede “acceder carnalmente” aquel agente que posea un órgano genital masculino, esto es, el varón. En cambio, los términos “por vía vaginal o anal” (utilizados en los artículos 361, 362 y 363 del Código Penal) no se refieren a los órganos del autor del delito sino a los de la víctima, razón por la cual tanto la mujer como el varón pueden ser víctimas idóneas de violación o estupro (Lucía Carolina Valdivia Cerón. “Elementos para la interpretación histórica de los delitos sexuales”. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Valparaíso, 2001, pp. 25-26).

Luego, la tipificación del delito de sodomía no discrimina respecto de las mujeres, pues no podría concebirse que una relación sexual entre ellas pudiera contemplar “acceso carnal” en el sentido de penetración por un órgano genital distinto;

**TRIGESIMOTERCERO.** Que, en segundo término, el fin perseguido por el legislador al establecer el delito de sodomía en el artículo 365 del Código Penal fue el de proteger a los menores de 18 y mayores de 14 años de edad que no gozan de la madurez suficiente para comprender los alcances y consecuencias en su propia vida de un “acceso carnal” libremente consentido. Como se ha recordado, *“este tipo de víctimas (los menores de edad), en general, no se sienten agredidas como las personas adultas, que tienen conciencia de la situación que se produce. Sólo tienden a darse cuenta de que fueron objeto de un delito o agresión sexual cuando ya son adultos”*. Además, en un contexto de excepción respecto de la autonomía para consentir sexualmente, la protección especial que brinda la figura tipificada en el artículo 365 del

Código Penal se justifica desde que la voluntad de la víctima no es garantía suficiente de eliminación del menoscabo que, claramente, experimenta.

La discusión parlamentaria sostenida a raíz del proyecto de ley modificatorio del Código Penal en la materia que nos ocupa, y que dio lugar a la Ley N<sup>o</sup> 19.617, de 1999, discurreó entre dos ejes: la idea de la despenalización del delito de sodomía y la consagración de un tipo penal que, como se ha dicho, protegiera a los menores de edad como víctimas de este delito. Se convino en que los adultos que consintieran privadamente en ejecutar este tipo de actos quedaban al margen de cualquier tipo de penalidad, basado en opiniones como la del diputado José Antonio Viera-Gallo, quien afirmó que *“ninguna sociedad democrática puede considerar delito las relaciones sexuales libremente consentidas entre personas maduras, que no producen ningún tipo de escándalo público y no lesionan ningún valor de bien común.”* (Cámara de Diputados. Legislatura 331<sup>a</sup>. Sesión 8, de 13 de junio de 1995, p. 86). (El subrayado es nuestro).

En consecuencia, la penalización del delito de sodomía no se debe a la inclinación sexual del agresor y de la víctima. Se debe al impacto que produce la penetración anal en el desarrollo psicosocial del menor varón, lo que no podría predicarse, en los mismos términos, de una relación entre mujeres en las mismas condiciones.

Por lo demás, del hecho de que la ley penal no pueda perseguir la sola condición u orientación sexual de nadie, no se sigue que deba dispensar un estatuto uniforme e indiscriminado de impunidad respecto a todas sus conductas o manifestaciones concretas. Menos, cuando ciertas y determinadas prácticas conllevan –en sí mismas– el peligro de causar perniciosas e irreversibles consecuencias para otros.

El impacto inmediato de la experiencia, el grave riesgo de corrupción y la consiguiente afectación del libre desarrollo de la sexualidad son, así, claros fundamentos del artículo 365 del Código Penal. Ello tiende, como se ha dicho, a proteger el interés superior del niño y a asegurar su mayor realización material y espiritual posible, como ordena el inciso cuarto del artículo 1<sup>o</sup> de la Carta Fundamental, al definir el bien común o fin del Estado; lo anterior, con independencia de la inclinación sexual o el consentimiento mutuo que se presten los partícipes del acto. En el caso del agresor, nunca podría aceptarse que la relación sodomítica con un menor de edad fuere la vía para reafirmar su particular opción sexual. Efectivamente, en ese supuesto, la víctima –menor de edad– pasaría a ser un simple medio u objeto para satisfacer la autodeterminación sexual del varón mayor de edad, lo que repugna a la concepción constitucional de persona, como sujeto esencialmente digno, consagrada en el inciso primero del artículo 1<sup>o</sup> de la Constitución.

Debe tenerse presente, por último, que las hipótesis de penetración anal, vaginal o bucal de hombres o mujeres en forma no consentida se

encuentran comprendidas en las figuras típicas de los artículos 361, 362 y 363 del Código Penal, incluyendo el caso de las víctimas menores de edad;

**TRIGESIMOCUARTO.** Que, por lo expresado, no puede estimarse, tampoco, que exista una discriminación arbitraria y, por ende, carente de razonabilidad, en la tipificación del delito de sodomía, al que se refiere la gestión judicial pendiente. Ello, porque, como se ha expresado, revela la intención actual del legislador de proteger la indemnidad de un menor de edad varón, por el impacto que la conducta típica reviste en su desarrollo psicosocial;

## V

### VULNERACIÓN DE LA PRIVACIDAD

**TRIGESIMOQUINTO.** Que el requirente entiende, por otra parte, que el precepto impugnado vulnera la garantía del artículo 19, N<sup>º</sup> 4<sup>º</sup>, de la Constitución, en cuanto la “autodeterminación sexual” debe ser considerada como parte del derecho a la privacidad que esa norma asegura;

**TRIGESIMOSEXTO.** Que esta Magistratura ha señalado que “*el respeto y protección de la dignidad y de los derechos a la privacidad de la vida y de las comunicaciones, son base esencial del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto, así como de su manifestación en la comunidad a través de los grupos intermedios autónomos con que se estructura la sociedad*” (STC Rol N<sup>º</sup> 389 c. vigesimoprimer).

Asimismo, ha enfatizado que “*la privacidad, en sus variados rubros, por integrar los derechos personalísimos o del patrimonio moral de cada individuo, merecen reconocimiento y protección excepcionalmente categóricos tanto por la ley, como también por los actos de autoridad y las conductas de particulares o las estipulaciones celebrados entre éstos*” (STC Rol N<sup>º</sup> 521, c. vigesimo.);

**TRIGESIMOSÉPTIMO:** Que, por otro lado, sin dejar de reconocer la efectividad e importancia de la consagración constitucional del derecho a la privacidad, este Tribunal ha subrayado “*el carácter no absoluto de los derechos fundamentales, es decir, de aquellos que están reconocidos por el ordenamiento jurídico positivo, nacional e internacional. Es así como los derechos fundamentales pueden estar afectos a límites inmanentes o intrínsecos, dados por su propia naturaleza (como el derecho a la libertad personal que no puede invocarse por las personas jurídicas) o a límites extrínsecos, que se imponen por el Constituyente o el legislador, en atención a la necesidad de preservar ciertos valores vinculados a intereses generales de la colectividad (la moral, la seguridad nacional, el orden público, la salubridad pública) o a la necesidad de proteger otros derechos que representan asimismo valores socialmente deseables (por ejemplo, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación)*” (STC Rol N<sup>º</sup> 1.365, c. vigesimoprimer);

**TRIGESIMOCTAVO.** Que el derecho a la privacidad, entendido por nuestro Constituyente como “*la posición de una persona o entidad colectiva*

*personal en virtud de la cual se encuentra libre de intromisiones o difusiones cognitivas de hechos que pertenecen a su interioridad corporal y psicológica o a las relaciones que ella mantiene o ha mantenido con otros, por parte de agentes externos que, sobre la base de una valoración media razonable, son ajenos al contenido y finalidad de dicha interioridad o relaciones”* (Corral Talciani, Hernán, citado por Vivanco M., Ángela. Curso de Derecho Constitucional, Tomo II. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, p. 345), no puede ser concebido como un derecho absoluto, protegido contra cualquier tipo de limitación legal;

**TRIGESIMONOVENO.** Que la primera hipótesis en la cual se admite la intromisión estatal en la vida privada de sus administrados es la práctica de hechos delictuales.

Conforme relata Ángela Vivanco, *“en el caso de Diane Pretty, en abril del presente año [2006], se discutió si la negativa de proporcionarle suicidio asistido por parte del Estado inglés – al tratarse de una figura prohibida por la Suicide Act de 1961 – podía considerarse un atentado contra la vida privada y familiar, y el tribunal [la Corte Europea de Derechos Humanos] desestimó tal pretensión, considerando que la privacidad no incluye el derecho a ser muerto por un tercero ni alcanza a conductas criminales de otras personas, aun consentidas”* (Curso de Derecho Constitucional, Tomo II. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, P. 345).

En el ámbito de los delitos sexuales, el Supremo Tribunal Federal de Brasil señaló que *“la inviolabilidad de la intimidad no es un derecho absoluto a ser utilizado como garantía a la permisión de la práctica de delitos sexuales, principalmente frente a otros principios consignados en la Carta Magna. Así, la propia Constitución, en su artículo 227, §4º, es enfática al determinar que “la ley sancionará severamente el abuso, la violencia y la explotación sexual del niño y del adolescente”, actos que se practican, en la mayoría de las veces, en la intimidad”* (Sentencia HC 79285 / RJ, de 31/08/1999).

En ese mismo sentido, se destaca la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso X e Y versus Holanda (1985), concerniente a abuso sexual en perjuicio de una niña de 16 años de edad y con discapacidad mental, –con consecuencias traumáticas para la víctima directa, agravando sus disturbios mentales–. La Corte señaló que el concepto de “vida privada” (bajo el artículo 8 de la Convención Europea) abarcaba la integridad física y moral de la persona (inclusive su vida sexual). En el caso, –agregó la Corte– *“valores fundamentales y aspectos esenciales de la vida privada”* estaban en cuestión, y requerían la adopción de medidas positivas por parte del Estado para asegurar el respeto por la vida privada también en la esfera de las relaciones inter-individuales. La Corte concluyó que el Estado demandado había violado el artículo 8 de la Convención, por cuanto las disposiciones pertinentes del Código Penal holandés no aseguraban a la víctima una “protección práctica y eficaz”. (European Court

of Human Rights, case of X and Y versus The Netherlands, Judgment of 26.03.1985, Series A, n. 91, pp. 11-14, esp., párrafos 7-8, 22-23, 26-27 y 30. Citado en Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002);

**CUADRAGÉSIMO.** Que, en segundo lugar, se permiten limitaciones al derecho a la privacidad en vista de la necesidad de proteger un bien jurídico superior.

En Chile, éste es el caso de la Ley N<sup>º</sup> 19.846, sobre calificación de la producción cinematográfica, que establece la calificación por edades, consignándose las recomendaciones respectivas dentro de cada categoría.

Las categorías contempladas son las de “todo espectador”, “mayores de 14 años” y “mayores de 18 años”. Además de la calificación, se agregan expresiones orientadoras como “contenido educativo”, “inconveniente para menores de siete años” y “contenido pornográfico o excesivamente violento”, esta última para mayores de 18 años.

Este sistema configura una intervención en la vida privada de los consumidores de la producción cinematográfica, pero, por otro lado, potencia la protección de la infancia y la adolescencia, así como su desarrollo psicológico y social, conforme destaca el inciso segundo del artículo 1<sup>º</sup> del mencionado cuerpo normativo;

**CUADRAGESIMOPRIMERO.** Que, en vista de una finalidad fundada y razonable, el ordenamiento jurídico chileno contempla la posibilidad de que el derecho a la privacidad esté afecto a limitaciones legales. En el caso de autos, conforme se indica en el acápite anterior, el artículo 365 del Código Penal fue dictado con la importante finalidad de resguardar la integridad física, síquica y espiritual del adolescente, como es el caso del menor A.M.M.A., víctima, en la especie, del delito contemplado en el referido precepto legal.

En ese contexto, la protección de la privacidad cede frente a un menor de edad que no tiene la madurez ni la capacidad suficiente para ponderar las consecuencias de una conducta que pugna con la actual escala de valores preponderante en la sociedad chilena –según se desprende del debate parlamentario– y, por lo mismo, puede ocasionar dificultades, problemas y conflictos a lo largo de toda su vida personal y social;

**CUADRAGESIMOSEGUNDO.** Que, habida consideración a lo expresado, este Tribunal desechará la alegación consistente en que la aplicación del artículo 365 del Código Penal, en la gestión criminal pendiente a que se refieren estos autos, vulnera el derecho a la privacidad consagrado en el artículo 19, N<sup>º</sup> 4, de la Carta Fundamental y así se declarará;

VI  
 VULNERACIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL  
 Y DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA

**CUADRAGESIMOTERCERO.** Que el requirente afirma, en otro orden de ideas, que *“la autodeterminación sexual de las personas es una consagración del derecho a la libertad, consagrado en el artículo 19, N° 7, de la Constitución Política pues la configuración de delitos sexuales tiene un correlato normativo, precisamente, en los delitos contra la libertad”*;

**CUADRAGESIMOCUARTO.** Que, de la lectura de las Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, encargada de la redacción del anteproyecto de la Constitución Política de 1980, se desprende que la definición del contenido de la garantía del artículo 19, N° 7°, fue objeto de intenso debate.

El comisionado Ortúzar entendía *“la garantía relacionada con la libertad personal en el sentido de que nadie puede ser detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto”* (Sesión 84ª, p. 27). Agregaba que *“por de pronto, tanto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre proclamada por las Naciones Unidas, contemplan este derecho. El artículo 1° de la Declaración Americana, suscrita en Bogotá, establece: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de las personas”. Exactamente lo mismo dice el artículo 3° de la Declaración Universal: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”*” (Sesión 84ª, p. 29).

En su participación, el profesor Guzmán Dinator subrayó que el recurso adecuado para proteger la libertad personal del ciudadano es el de *“habeas corpus”* (Sesión 96ª, p. 381);

**CUADRAGESIMOQUINTO.** Que durante la discusión sostenida al interior de la Comisión de Estudio se destacaron dos posturas distintas: de un lado, el profesor Silva Bascuñán afirmaba que *“son tres los grandes aspectos muy íntimamente vinculados, pero que en cierta medida se llegan a confundir y que conviene esclarecer: lo que es la libertad individual, lo que es la libertad de locomoción y lo que es la seguridad individual o garantías de la detención. (...) ¿Y qué es lo que fundamentalmente el constituyente debe asegurar en relación con la libertad individual? La facultad de cada persona para actuar en la forma en que ella cree que es más favorable al desarrollo de su personalidad, sin más limitaciones fundamentales —le parece— que lo que esté expresamente prohibido por la ley y lo que vaya en perjuicio de terceros. Ésa es la esencia de la libertad individual. Estima que, dentro de nuestra tradición jurídica, (...) lo anterior se debe consagrar en forma positiva, garantizando el libre ejercicio de la actividad individual en pro del desarrollo pleno de cada persona, de acuerdo con el concepto que cada cual tenga de sus vocaciones y aptitudes (...) Enseñada, le parece conveniente tratar el tema de la libertad de permanencia en cualquier parte del*



territorio y la facultad de trasladarse de un punto a otro; de salir del territorio de la República y de entrar en él, con una referencia a las restricciones que podrían establecerse en cuanto a la libertad de locomoción. (...) Lo tercero es lo que propiamente se llama la seguridad individual, o sea, la garantía que tiene la persona de no ser repentinamente impedida en el ejercicio de su libertad individual mediante una detención que la imposibilite para actuar en todos los aspectos en que ella quiere desarrollar su actividad.” (Sesión 106<sup>a</sup>, p. 607). (Las negritas son nuestras);

**CUADRAGESIMOSEXTO.** Que, a su turno, el señor Evans “en principio se declara de acuerdo en hacer esa distinción, pero desea ver cómo la concreta, toda vez que sobre este particular tiene algunas reservas (...), en el sentido de que decir que la libertad personal implica la habilitación para el pleno desarrollo de la personalidad es, a su juicio, francamente discursivo e innecesario, ya que cree que todas las garantías constitucionales habilitan al hombre, en mayor o menor grado, para el pleno desarrollo de su personalidad” (Sesión 106<sup>a</sup>, p. 614).

A propósito, el comisionado Ovalle afirmó que “la libertad personal, sin duda, asume dos aspectos esenciales, tomada la expresión en el sentido restrictivo como él la considera: la libertad de movimiento, de permanecer, de trasladarse, de salir y de entrar al territorio y el derecho a no ser detenido, preso, desterrado o extrañado sino en conformidad a la ley. Esos son los aspectos esenciales que en lo objetivo y material asume este derecho” (Sesión 106<sup>a</sup>, p. 616).

El comisionado Evans intervino nuevamente cuestionándose: “¿Es cierto que lo que la Constitución garantiza es la libertad? ¿O garantiza el derecho a la libertad y a la seguridad? El hombre tiene libertad. Pero **lo que el ordenamiento jurídico positivo le garantiza es el derecho a ejercer la libertad dentro de márgenes de seguridad para él y para los suyos.** ¿A desarrollar qué cosa? No a desarrollarse plenamente: a desarrollar su existencia; a desarrollar su vida”.

“Así es como enfoca la primera parte de lo que el señor Silva Bascuñán cree necesario introducir en la Constitución, lo cual se podría llamar “la esencia”, “el nudo de la libertad” y que él, personalmente, define como el derecho a desarrollar su vida en la comunidad en que nació y donde está viviendo: el derecho a desarrollar la vida”.

“En seguida, ¿cómo desarrolla el hombre su vida?: radicándose, residiendo — término que el señor Ovalle ha propuesto introducir en la Constitución y que él considera extraordinariamente acertado— pudiendo moverse, pudiendo salir; entrar; volver a su país, ausentarse de él, etcétera.”

“Y, además, el tercer elemento que en su opinión debe mantenerse, es el de que dentro de este derecho a la libertad y a la seguridad personales, como garantía de él, esté la consagración del principio de que nadie puede ser privado de su libertad a través de cualquier expresión, como la detención, la prisión preventiva, etcétera, sino en la forma prevista por la ley.” (Sesión 106<sup>a</sup>, p. 620). (Las negritas son nuestras).

El señor Ortúzar entendió que “la indicación del profesor Evans tiene la virtud, entonces, de precisar que la Constitución asegura a todos los habitantes de

la República el derecho a la libertad y la seguridad personales. O sea, cubre dos aspectos fundamentales: el de la libertad personal y el de la seguridad personal. ¿Para qué? Para desarrollar su existencia” (Sesión 106ª, p. 621);

**CUADRAGESIMOSÉPTIMO.** Que, a estas alturas del debate, el comisionado Silva Bascuñán señaló que, “para los efectos de la interpretación de la Constitución, desearía que el autor de la indicación, don Enrique Evans, expresara si la palabra “existencia” se refiere no sólo a la mera subsistencia física, sino que también a la plenitud de una vida realmente humana en todos los aspectos; o sea, a la personalidad, palabra que no se emplea en virtud de que la expresión “persona” está ya mencionada un poco antes. De manera que entiende que el término “existencia” equivale exactamente, en toda su amplitud, al desarrollo de la personalidad. En su indicación no se usa la palabra “personalidad”, porque antes se habla de la libertad personal” (Sesión 106ª, p. 624).

En respuesta, el señor Evans aseveró que “el término “existencia” comprende la vida, y la vida involucra todos los aspectos en que el hombre se desenvuelve: su vida espiritual, su vida cultural, su vida física, su vida deportiva, etcétera. Entonces, la expresión “vida” es demasiado escueta para ser puesta en el texto constitucional, y por eso prefirió el término “existencia”, que refleja todo lo que el hombre puede realizar, todo lo que el hombre aspira a realizar en su vida” (Sesión 106ª, p. 624).

El señor Ovalle expresó que no le gustaba la expresión “para desarrollar su existencia”, pues creía que “desde el momento que se consagra el derecho a la libertad y seguridad personal no es sólo para desarrollar su existencia: es para forjar su personalidad, para vivir conforme a esos principios” (Sesión 107ª, p. 639).

El comisionado Evans hizo presente que “en esta disposición **no se trata de la libertad en términos amplios, porque todo el cuadro de las garantías constitucionales consagra un conjunto de libertades, sino que se trata de la libertad personal.** Hay que poner este apellido, porque se está tratando de esa garantía. De manera que la expresión “personal” debe quedar.”

“En seguida, agrega, que no se trata de la seguridad en general, sino de la seguridad personal. De manera que el adjetivo “personales” referido a los sustantivos libertad y seguridad debe mantenerse.”

“A continuación explica que la expresión “el desarrollo de la existencia” se incorporó porque el señor Silva Bascuñán era partidario —conforme al concepto que desarrolló acerca de la libertad personal— de fijar la expresión genérica, la expresión madre de lo que es el sentido de la libertad personal. Y él hablaba del “desarrollo de la personalidad”. Y lo decía, recordando que hay constituciones que así lo establecen. Debe recordarse que se tuvo a la mano, entre otras, las Constituciones de Venezuela y de Alemania. Pero como el término “desarrollo de la personalidad” implicaba una repetición de la idea, de la expresión “personal”, que debe mantenerse porque se refiere a la libertad y a la seguridad, el señor Evans sugirió sustituir la expresión “desarrollo de la personalidad” por “desarrollo de la existencia”. Lo

*sugirió así porque, vuelve a repetir, el concepto “desarrollo de su existencia”, al hacerlo en libertad y en seguridad personal, está abarcando en ese desarrollo todas las expresiones posibles de su personalidad en el ámbito estrictamente privado, en el ámbito familiar, en el ámbito cultural, en el ámbito social, en el económico, en el de las ideas, en el de los bienes materiales. En todos los planos, desarrollar la existencia significa abarcar todo este conjunto de bienes jurídicos. De manera que por eso es partidario de no modificar lo propuesto por él.”* (Sesión 107<sup>a</sup>, p. 640). (Las negritas son nuestras);

**CUADRAGESIMOCTAVO.** Que, ante todo lo expuesto, se observa, en primer lugar, la existencia de consenso en el sentido de que la libertad personal consagrada en el numeral 7° del artículo 19 de la Constitución debe ser entendida como libertad ambulatoria. Pese a las discusiones sobre la posibilidad de que la garantía en comento fuera ampliada a otras esferas jurídicas, más allá de la libertad de locomoción, ésta fue la posición que finalmente predominó en la redacción de la Carta Constitucional, marcando una diferencia con otros ordenamientos constitucionales del mundo;

**CUADRAGESIMONOVENO.** Que, en ese sentido, entiende la doctrina que la libertad personal se identifica con la “*libertad física, de movimiento y de actividad del individuo, comprendiendo dos aspectos: uno interno, como es el derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de Chile, pudiéndose trasladar libremente dentro de él, y otro externo, como es el derecho de entrar y salir de su territorio (...)*.” (Vivanco M., Ángela. Curso de Derecho Constitucional, Tomo II. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, p. 326);

**QUINCUAGÉSIMO.** Que, desde este punto de vista, es posible afirmar que el Constituyente de 1980 no entendió el derecho a la libertad personal como comprensivo del derecho al libre desarrollo de la personalidad ni menos de la autodeterminación sexual. Como ha quedado en evidencia, la tesis original del comisionado Silva Bascañán de proceder en tal sentido fue expresamente descartada y asumida una configuración del derecho consagrado en el artículo 19, N<sup>º</sup> 7, de la Constitución, mucho más acotada;

**QUINCUAGESIMOPRIMERO.** Que el hecho de que el Constituyente haya adoptado la última alternativa reseñada no significa desconocer que el libre desarrollo de la personalidad constituye una expresión de la dignidad de toda persona, que se encuentra afirmada enfáticamente en el inciso primero del artículo 1° de la Carta Fundamental.

Sin embargo, de lo anterior no puede colegirse que el libre desarrollo de la personalidad constituya fundamento legítimo para atropellar los derechos de otros seres humanos igualmente dignos. Éste es, precisamente, el basamento constitucional del derecho penal. Lo que éste trata de resguardar son bienes jurídicos asociados a derechos de las personas que

pueden verse atropellados por la libre expresión de la personalidad de quien decide actuar en contra del estándar socialmente deseable para una convivencia pacífica y civilizada. El reproche social se manifiesta, precisamente, en la imposición de una pena a quien no ejerce su libertad en forma adecuada.

En consecuencia, quien practica el acceso carnal definido por el artículo 365 del Código Penal puede estar desarrollando libremente su personalidad, pero no puede desconocer que, al proceder de esa forma, se constituye en la causa de afectación de la indemnidad de un menor de edad y de su desarrollo psicosocial, que éste no es capaz de dimensionar en toda su magnitud al prestar su consentimiento voluntario;

**QUINCUAGESIMOSEGUNDO.** Que, habida consideración a lo expresado, este Tribunal decidirá que, en la gestión pendiente de que se trata, la aplicación del artículo 365 del Código Penal tampoco vulnera el derecho a la libertad personal asegurado en el artículo 19, N° 7°, de la Carta Fundamental, como asimismo que el valor de la dignidad humana, aludido en su artículo 1°, inciso primero, no puede estimarse menoscabado cuando las decisiones adoptadas en ejercicio de la libertad sustancial que a todos nos asiste, llegan a lesionar el desarrollo de la personalidad de quien, a su vez, está en la etapa inicial su vida. En consecuencia, así se declarará.

y VISTO lo dispuesto en los artículos 1°, inciso primero, 5°, inciso segundo, 19, N°s 2°, 4° y 7°, y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia,

**SE RESUELVE:**

**1. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS UNO.**

**2. QUE SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA A FOJAS 66, DEBIENDO OFICIARSE AL EFECTO.**

**3. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS AL REQUERENTE POR ESTIMAR QUE HA TENIDO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

**Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán** concurre a lo resuelto, pero no comparte los considerandos cuadragésimo y quincuagésimo, teniendo además presente lo siguiente:

## I IGUALDAD ANTE LA LEY

1<sup>º</sup>. Que, complementando lo afirmado en el capítulo IV del fallo, y tal como se señala en la sentencia y lo ha resuelto reiteradamente esta Magistratura (STC Roles N<sup>OS</sup> 231, 242, 465, 473, 541, 591,786 y 1.065, entre otros), el legislador posee un margen razonable de libertad para determinar las conductas típicas punibles, siempre y cuando ellas no importen infracción a los derechos fundamentales y a la Carta Política.

Dicho principio constituye una regla básica adoptada explícitamente por los más importantes Tribunales Constitucionales de Europa. Así, por ejemplo, el Consejo Constitucional Francés ha declarado su incompetencia para emitir pronunciamientos sobre cuestiones de mérito, consignando que “*la Constitución no le confiere al Consejo Constitucional un poder general para juzgar y decidir idéntico a aquél del Parlamento. Sólo le entrega competencia para decidir si una ley sometida a su control es consistente o no con la Constitución*”; concluyendo el Tribunal galo –en el ámbito de una modificación a la ley penal– que “*dentro de los márgenes de su misión, no le cabe al Consejo Constitucional reemplazar el **juicio del Parlamento** por el propio con respecto a la necesidad de las penas impuestas a los delitos*”. (Vid. David Dokhan, *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*, 2001, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, especialmente páginas 450 y siguientes). El Tribunal Constitucional español, por su parte, ha precisado que: “*La Constitución, como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales aquél puede convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad*”. Explicando dicho espacio de libertad legislativa, el Tribunal hispano ha añadido que: “*El legislador es libre, dentro de los límites que la Constitución establece, para **elegir la regulación de tal o cual derecho o institución jurídica que considere más adecuada a sus preferencias políticas**. Quien no puede dejarse llevar a este terreno es el Tribunal Constitucional*”. En el mismo sentido, en Alemania, se ha precisado que “*mientras no se oponga a mandatos o prohibiciones constitucionales, **el parlamento es libre en el empleo de sus facultades legislativas de configuración**, en la determinación de prioridades y en el recurso a medios presupuestarios; igualmente libre es el Gobierno en su política interior y exterior o la Jurisdicción a la hora de interpretar y aplicar el derecho ordinario. El Bundesverfassungsgericht no es competente para examinar si cualquiera de tales órganos ha observado adecuadamente sus responsabilidades o ha dado con la **fórmula de solución más justa***” (Helmut Simon, *La Jurisdicción Constitucional*, en *Manual de Derecho Constitucional*, varios autores, 1996, p. 851). De este modo, como lo ha consignado el Tribunal Constitucional alemán, el legislador goza de un espacio de reglamentación, valoración y examen propio que, en principio, no puede

ser revisado por los tribunales (Sentencia de la Segunda Sala, 29 de octubre de 1987, Tomo 77, página 170 II, en “50 años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán”, Jürgen Schwabe, 2003, p. 92). Por último, en el caso de Italia, el principio de la autonomía legislativa ha sido reconocido expresamente por la normativa que reglamenta las funciones del Tribunal Constitucional, particularmente el artículo 28 de la Ley 87, del 11 de marzo de 1953, que veda a dicho órgano de control constitucional “*cualquier valoración de naturaleza política y cualquier control sobre el uso del poder discrecional del Parlamento*”;

2°. Que ahora bien, en lo relativo a la interpretación del artículo 365 del Código Penal, norma que se impugna en estos autos, ella corresponde sea efectuada por el sentenciador de la instancia, para lo cual puede tenerse en consideración, en relación a la eventual afectación de la igualdad ante la ley, complementando lo expresado en los considerandos 32 a 34 de la presente sentencia, lo señalado por doctrina autorizada, conforme a la cual “*en el texto vigente se omite hacer referencia expresa a la voz ‘sodomía’ y se precisa que la acción sancionada es el acceso carnal a una persona menor de dieciocho años del mismo sexo, lo que significa que el legislador extendió el ámbito delictivo, además de la sodomía, al lesbianismo y, de otro lado, restringió el tipo penal, limitándolo a los menores de edad exclusivamente, de manera que el mismo comportamiento practicado por mayores de dieciocho años de edad es atípico*” (Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, p. 431);

3°. Que adicionalmente este previniente tiene presente que la acción impetrada, en los términos que se encuentra formulada, tiene más bien el carácter de hipotética, teórica y abstracta, lo que no se compadece con la naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad. Como lo ha señalado reiteradamente esta Magistratura, dicha acción tiene un carácter concreto, de suerte tal que, para ser acogida, la aplicación del precepto legal impugnado al caso específico ha de resultar contraria a la Constitución, tal como lo preceptúa el artículo 93, N° 6, de la Constitución Política de la República. En efecto, “*la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en un caso concreto y no necesariamente en su contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional*” (STC Rol N° 546). Lo anterior se desprende de la simple lectura del requerimiento. Tampoco las escuetas palabras (cuatro líneas) contenidas en el escrito presentado por parte del Ministerio Público, con motivo de la admisibilidad, permiten formarse cabal idea de cómo la aplicación del precepto legal en el asunto concreto produce efectos contrarios a la Constitución Política de la República;

## II DESARROLLO LIBRE DE LA PERSONALIDAD

4°. Que, por su lado, en relación a la infracción al libre desarrollo de la personalidad, analizada en el capítulo IV de la sentencia, este previniente tiene en consideración la circunstancia de que efectivamente nuestra Carta Fundamental, si bien no contiene un reconocimiento expreso al mismo, como es el caso de otros ordenamientos jurídicos, tales como la Ley Fundamental alemana (artículo 2º, N<sup>º</sup> 1) o la Constitución de España (artículo 10º, N<sup>º</sup> 1), lo cierto es que ello se deduce implícitamente de lo señalado en los artículos 1º y 19, N<sup>º</sup> 7, de la Constitución Política de la República;

5°. Que, en efecto, esta Magistratura ha señalado que si el Estado debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece, según su artículo 1º, inciso cuarto, *“puede sostenerse que tal deber abarca la protección de los intereses individuales legítimos que deben entenderse comprendidos dentro de un enfoque amplio del concepto ‘derecho’. Así, compete al ordenamiento jurídico contemplar tanto los mecanismos de defensa de los derechos propiamente tales o derechos subjetivos cuanto de los intereses legítimos cuya eficaz protección también favorece el libre y pleno desarrollo de la personalidad humana”* (STC Rol N<sup>º</sup> 634, c. vigesimoprimerero). Del mismo modo, se ha sostenido que la libertad supone cierto “poder de autodeterminarse” (STC Rol N<sup>º</sup> 184, c. séptimo);

6°. Que incluso durante la discusión del artículo 19, N<sup>º</sup> 7, de la Carta Política, se dejó constancia por lo demás que la libertad personal comprende la libertad de movimiento y locomoción, la seguridad individual y la “facultad de poder actuar libremente para el pleno desarrollo de la personalidad” (Alejandro Silva Bascuñán, CENC, sesión 106, p. 11). Por ello, la doctrina especializada ha señalado que *“en un contexto amplio, la libertad personal dice relación con el libre desarrollo de la personalidad, con el derecho de cada cual de decidir su rol en la sociedad, de disponer la forma en que desee realizarse en lo personal. La libertad personal es el fundamento de una sociedad democrática, y está vinculada a la libertad natural de los seres humanos y a su dignidad. Por ello es más extenso y pleno que el mero resguardo de la libertad de desplazamiento y residencia”* (Teodoro Ribera Neumann, El derecho al desarrollo libre de la personalidad en la Constitución, en Temas actuales de Derecho Constitucional, 2009, p. 249);

7°. Que en suma, el libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental que forma parte de la libertad personal, tutelada en el artículo 19, N<sup>º</sup> 7, de la Constitución Política de la República, teniendo como necesaria contrapartida el respeto de las limitaciones legales y, adicionalmente, de los legítimos derechos de terceros, como lo ha indicado esta

Judicatura (STC roles N<sup>os</sup> 519, 576, 1.006 y 1.518). Tal como se expresa latamente en la sentencia, en relación al tipo penal contemplado en el artículo 365 del Código Penal, se trata de la protección de la integridad física y psíquica y de la indemnidad sexual de los menores de edad que, en el caso de autos, tiene 14 años de edad y que ha sido accedido por una persona de 33 años.

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney**, quienes estuvieron por acoger el requerimiento de inaplicabilidad deducido, en virtud de las siguientes consideraciones:

## I

### LA DECISIÓN DE LA MAYORÍA

1°. Que el requirente sostiene que la aplicación al caso concreto del artículo 365 del Código Penal resulta contraria a la Constitución, pues infringe la dignidad, el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación arbitraria, el derecho a la vida privada e intimidad, la libertad y el contenido esencial de tales derechos.

El voto de mayoría rechaza el requerimiento sosteniendo tres argumentos. En primer lugar, aduce que el precepto en cuestión no afectaría la igualdad ante la ley pues la norma respondería a una opción de política legislativa legítima, cual es la protección de la integridad física y psíquica de los púberes menores de edad, agregando que ello no resulta discriminatorio. En segundo lugar, señala que no se afecta el derecho a la intimidad, pues a su juicio la Constitución admite limitar la vida privada en pos de la protección de un bien superior como lo sería en este caso la protección de los menores. En tercer lugar, sostiene que no se afectaría la libertad personal, pues el artículo 19, N<sup>o</sup> 7, de la Constitución únicamente reconocería la libertad ambulatoria;

## II

### ANÁLISIS DE LA NORMA IMPUGNADA

2°. Que a continuación examinaremos el contenido del precepto cuya aplicación se impugna, su lugar en el ordenamiento jurídico, sobre todo después de la reforma del año 1999 al Título VII del Libro II del Código Penal, mediante la Ley N<sup>o</sup> 19.617, y determinaremos entonces si su aplicación al caso concreto podría resultar contraria a la Constitución.

El precepto en cuestión señala:

*“Artículo 365. El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio.”;*



3°. Que los elementos del delito son, en primer lugar, un sujeto activo de sexo masculino.

En segundo lugar, un interviniente pasivo, que sólo puede ser un sujeto de su mismo sexo mayor de 14 y menor de 18 años.

En tercer lugar, la conducta objeto de sanción consiste en acceder carnalmente a otro –por vía anal o bucal, conforme a lo planteado por algunos autores (por ejemplo BULLEMORE, VIVIAN, Y JOHN MACKINNON, *Curso de Derecho Penal. Parte especial*. Ed. Legalpublishing, 2ª ed., 2007, pp. 167), o bien sólo por vía anal conforme a lo planteado por otros (por ejemplo, RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS, *Delitos sexuales*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, 2000, pp. 252)–. No requiere esta penetración ser completa; basta que haya ingresado en el interior del cuerpo ajeno. Tampoco se requiere eyaculación, basta el acceso.

Finalmente, este delito supone siempre y en toda circunstancia la concurrencia del consentimiento libre de la víctima, quien está en pleno uso de sus facultades mentales, sin presión, sin desvalimiento, sin posición de dependencia, ni engaño, ni coacción de ninguna clase y sin mediar dinero;

4°. Que es importante considerar que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a los mayores de 14 años y menores de 18 el derecho a tener relaciones sexuales consentidas con personas de igual o mayor edad. La Ley N<sup>º</sup> 19.617 elevó la edad para ejercer responsablemente la libertad o autodeterminación sexual de 12 a 14 años, justamente para proteger a los menores, luego de algunos casos de pedofilia.

Coincidentemente con lo anterior, la Ley N<sup>º</sup> 20.084 (artículo 3°) determinó también en 14 años el umbral de la responsabilidad penal de los adolescentes, estableciendo una regla especial para las causas por delitos sexuales en que concurran adolescentes con una escasa diferencia de edad (artículo 4°);

5°. Que, en contraste con el resto del ordenamiento, el artículo 365 del Código Penal, en cuestión, establece la protección de los menores púberes varones para un determinado tipo de conducta sexual, al no reconocerles la posibilidad de consentir el acceso carnal en su cuerpo por parte de una persona mayor del mismo sexo;

6°. Que, por otra parte, es importante subrayar que, en lo que se refiere al sujeto activo de esta conducta, únicamente pueden cometer este delito los hombres que accedan carnalmente a un menor púber, es decir, a un varón menor de 18 años y mayor de 14 años.

Se encuentran, en consecuencia, excluidas de la hipótesis comisiva las mujeres en cuanto sujetos activos. Tal conclusión se desprende, en primer lugar, del sentido del artículo 365 del Código Penal, toda vez que exige expresamente el “acceso carnal”. Ello ha sido corroborado por la doctrina nacional mayoritaria (RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS: *Delitos sexuales*,

Op. cit., pp. 249 y ss.; BULLEMORE, VIVIAN, Y JOHN MACKINNON: *Curso de Derecho Penal. Parte especial*. Op. cit., pp. 166 y ss.; AGUILAR ARANELA, CRISTIÁN: *Manual de delitos sexuales*, Ed. Metropolitana, 2006, pp. 113 y ss). En segundo lugar, se confirma por la historia de la norma. El tipo contenido en el artículo 365 vino a reemplazar a la penalización de la sodomía consentida entre adultos, delito que siempre se concibió cometido sólo entre varones. En efecto, el actual artículo 365 fue introducido en el Código Penal por la Ley N° 19.617, que derogó la figura de la sodomía entre varones adultos, dejando subsistente la figura penal que se contiene en la norma actual;

7°. Que, tal como lo reconoce el voto de mayoría en su considerando decimoséptimo, únicamente se sanciona dicha conducta cuando el sujeto pasivo de la misma es un menor púber varón, es decir, del mismo sexo del hechor. Idéntica conducta es atípica respecto de una relación heterosexual análoga, es decir, habiendo acceso carnal por parte de un varón a una joven menor de 18 y mayor de 14 años;

8°. Que, en conclusión, el delito previsto y sancionado en el artículo 365 del Código Penal únicamente puede ser cometido por un varón al penetrar a un varón mayor de 14 años y menor de 18, quien consiente libremente en ello.

En cambio, no es punible, en primer lugar, que un hombre acceda carnalmente a una mujer mayor de 14 y menor de 18 años. En segundo lugar, tampoco es punible si quien realiza el acceso carnal es el menor de 18 años respecto de un mayor de edad. En tercer lugar, tampoco es punible la conducta homosexual entre adultos. En cuarto lugar, no se castiga la conducta homosexual entre mujeres, cualquiera sea la edad o la acción sexual que éstas ejecuten. Por último, tampoco se sanciona al hombre o la mujer que introduce en el ano o en la boca de un hombre o mujer mayor de 14 y menor de 18 años un objeto similar a un pene;

9°. Que, como se observa, el precepto legal en análisis castiga un determinado comportamiento sexual que, practicado entre otros sujetos, o con un grado de intervención diferente, no es penado. Ello, como se dirá más adelante, es la base de la discriminación arbitraria que se argumentará para sostener la inconstitucionalidad del precepto objetado;

### III PROPÓSITO DEL TIPO PENAL

10°. Que el precepto en cuestión fue introducido por la Ley N° 19.617, de acuerdo a cuya historia fidedigna la norma en cuestión fue entendida como una solución de compromiso para lograr la despenalización de la sodomía entre adultos y como una señal destinada a prever una expansión de la homosexualidad, como sostuvieron algunos parlamentarios (véase el Informe de la Comisión Mixta, Boletín N° 1048-07);

11°. Que, por otra parte, la norma no busca proteger a los menores de abuso ni de coacción por parte de los adultos, pues para ello se contemplan los delitos de violación, estupro y abuso sexual, previstos en los artículos 361, 362, 363, 366, 366 bis, 367, 367 bis, 367 ter y 373 del Código Penal;

12°. Que, por ello, sostener que el artículo 365 pretende proteger a los menores púberes de las actividades sexuales traumáticas, omite considerar que los supuestos de hecho de la norma no incluyen ningún tipo de abuso, engaño, coacción o daño. No hay razones para afirmar que las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo sean *per se* coercitivas. Al respecto se ha señalado que *“las personas homosexuales tienen exactamente la misma libertad que las heterosexuales para elegir involucrarse o no en relaciones íntimas, porque esa libertad procede del ser persona y no de la orientación sexual”* (CHOMALI, FERNANDO: *La Homosexualidad. Algunas consideraciones para el debate actual acerca de la homosexualidad*. Centro de Biomédica, Pontificia Universidad Católica, Santiago, 2010, p. 33).

Tampoco puede sostenerse que la norma busca proteger la inmunidad sexual de los menores púberes, pues éstos pueden libremente: mantener relaciones sexuales consentidas con personas del sexo opuesto desde los 14 años; mantener relaciones sexuales con adultos del mismo sexo siempre que sean ellos quienes acceden carnalmente al otro; mantener interacciones sexuales que impliquen penetración del ano o la boca utilizando objetos o adminículos similares a un pene, o realizando otras conductas de significación sexual no constitutivas de pornografía infantil.

Lo anterior queda en mayor evidencia al analizar el precepto en cuestión en relación con la Ley N<sup>º</sup> 20.084. El artículo 4<sup>º</sup> de dicha ley estableció que los menores de 18 años no son perseguibles por el delito previsto en el artículo 365 del Código Penal, si la diferencia de edad entre ambos intervinientes es menor a dos años. Conforme a esta norma, no son procesables los varones menores de 18 cuando la diferencia de edad de éstos con el varón al que acceden carnalmente es inferior a 2 años.

Sin embargo, tal como fue planteado por diversos profesores de Derecho Penal en el Informe en Derecho titulado “La inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal”, acompañado por la Defensoría Penal Pública en autos, se produce como consecuencia práctica que la punibilidad del autor se incrementa una vez que aumenta la edad de la víctima y éste cumple la mayoría de edad, pues en tal caso no le beneficia la eximente prevista en el artículo 4<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 20.084. Según los autores de dicho informe – suscrito por catorce profesores de Derecho Penal de todo el país – *“dependiendo de la interpretación que se sostenga en relación con la mención que el artículo 4<sup>º</sup> de la Ley 20.084 hace al artículo 365 del Código Penal se tiene que cuando existe una diferencia de edad no superior a 2 (o 3) años entre el autor del acceso carnal y el menor que es objeto de acceso carnal, no se puede procesar a quien accede a un menor de 12 o 13 años, pero sí a quien accede a un*

*menor de 14 o más años, o bien no se puede procesar a quien tiene menos de 18 años de edad pero sí al que ha cumplido 18 años. Dado que el menor que es objeto de acceso carnal tiene una diferencia de no más de 2 (o 3) años con el autor del delito, lo anterior implica que mientras más edad tenga el menor que es objeto de acceso carnal mayor es la punibilidad de quien accede carnalmente a él. No existe razón alguna que justifique esta consecuencia. Conforme a la penalidad establecida por la ley para los delitos de los artículos 362 (crimen) y 365 (simple delito sin pena aflictiva), y conforme a la justificación de la punición de esos comportamientos en la protección del menor, es obvio que el acceso carnal constituye un atentado más grave mientras menor sea la edad que tiene la víctima. Sin embargo, la aplicación del artículo 365 produce como consecuencia práctica que la punibilidad del autor del acceso carnal se incrementa con el aumento de la edad de la víctima. Por lo tanto, la vigencia del artículo 4º de la Ley 20.084 hace inconstitucionalmente arbitraria, por infracción del artículo 19 Nº 2, inciso segundo, de la Constitución, la punibilidad que es consecuencia de la aplicación del artículo 365 del Código Penal.”.*

En este sentido, resta considerar que esta norma protege a los menores simplemente de la “homosexualidad” entendida como una manifestación inherentemente lesiva, lo cual deja entrever un desconocimiento de ese fenómeno y un razonamiento homofóbico;

**13º.** Que la historia legislativa demuestra que se buscó legitimar la norma impugnada sobre la base de argumentos moralizadores y homofóbicos. Basta citar algunos de los fundamentos que se esgrimieron en la Cámara de Diputados, en cuyo seno se adoptó el texto finalmente aprobado, con leves modificaciones por la comisión mixta. El diputado Moreira sostuvo que “*la despenalización puede ser el inicio de una serie de otras propuestas que indudablemente socavan los valores sociales y atentan contra la familia y el bien común*”. Por su parte, el entonces diputado García Ruminot afirmó que la homosexualidad era “*una lacra y que combatirla evitaría campañas del SIDA y otras infecciones por ella provocada y que son un castigo de Dios a toda la comunidad homosexual*”. Luego, el entonces diputado Chadwick afirmó que despenalizar la sodomía significa que “*una conducta anormal desde el punto de vista de la naturaleza humana, se transforma en normal y se le da el carácter de lícita*”. Con ello, agregó, “*se genera una tendencia, pues quienes la apoyen después deberán defender también el otorgamiento de la igualdad y el otorgamiento de derechos a las personas homosexuales*”. En la misma línea, el entonces diputado Bayo sostuvo que el proyecto “*incrementa lo antinatural o amoral entregando una orientación desafortunada e irresponsable a los jóvenes.*”;

#### IV

#### CRITERIOS INTERPRETATIVOS

**14º.** Que antes de entrar a analizar la constitucionalidad de la aplicación de la norma, resulta necesario plantear ciertos criterios interpretati-

vos que guiarán el análisis de constitucionalidad del precepto que harán estos disidentes;

### 1. Efecto del principio democrático en materia penal.

15°. Que, en primer lugar, cabe tener presente que, conforme al principio democrático, el legislador es libre para determinar razonablemente los requisitos para castigar una conducta. Por ejemplo, los rangos de edad conforme a los cuales configura la punibilidad de determinadas conductas. Así, es perfectamente válido que se establezcan dentro de las condiciones de punibilidad determinados rangos de edad de los sujetos involucrados. Ello explica la diferencia entre los delitos de violación, en el artículo 361 del Código Penal, y de estupro, en el artículo 363; y entre los delitos de violación, en el artículo 361 del Código Penal, y la violación “impropia”, del artículo 362;

16°. Que, sin embargo, cuando el legislador determina el ámbito de lo punible, estableciendo qué conductas son delitos según rangos de edad y qué edades se instituyen como límite de punibilidad, debe hacerlo al amparo de la Constitución, como lo establecen su artículo 6° y los preceptos que consagran el control de constitucionalidad de las leyes. Es decir, el legislador, al restringir derechos por medio del Derecho Penal, no puede establecer diferencias arbitrarias fundadas exclusivamente, por ejemplo, en el sexo u orientación sexual de las personas. El Derecho Penal tiene límites al momento de definir delitos que involucren la esfera sexual –por definición íntima– de las personas;

17°. Que las normas penales, por lo demás, deben someterse a un test más estricto de proporcionalidad, por la intensidad de la afectación que las mismas provocan. El Derecho Penal es la herramienta más invasiva de control del Estado y la más intensa en afectación de derechos y libertades; por lo mismo requiere un mayor cuidado en su configuración y el control constitucional a que se somete debe ser estricto.

En este sentido, para estos disidentes es importante lo que la doctrina penal nacional sostiene respecto de este delito. En efecto, ha acusado la existencia de una discriminación arbitraria desde hace al menos diez años. Así, para Luis Rodríguez, el precepto “*introduce un factor de discriminación entre hombres y mujeres y deja abierta la posibilidad para interpretar este delito como una forma de sancionar el simple ejercicio de la homosexualidad masculina y no el sentido de corrupción que la norma penal le confiere*” (RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS: *Delitos sexuales*, Op. cit., pp. 249 y ss). En el mismo sentido, para Bullemore y Mackinnon, este precepto constituye derechamente “*una discriminación arbitraria*” (BULLEMORE, VIVIAN, Y MACKINNON, JOHN: *Curso de Derecho Penal. Parte especial*. Op. cit., pp. 166 y ss.). Aun otros autores han sostenido que el delito en cuestión “co-

*rresponde a un atavismo cultural que, si ha de estimarse válido como protección del menor, no se comprende por qué sólo protege a los menores varones y no a las menores mujeres” (POLITOFF, SERGIO, JEAN PIERRE MATUS Y MARÍA CECILIA RAMÍREZ: Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. Editorial Jurídica, 2004, pp. 270-271);*

## 2. Existencia de categorías sospechosas.

18°. Que, en segundo lugar, al momento de establecer diferencias en la ley es necesario tener en consideración las denominadas “categorías sospechosas”. Ellas obligan a un análisis más riguroso y exigente del principio de igualdad, pues su presencia invierte la presunción de constitucionalidad de que en virtud del principio de deferencia al legislador goza todo precepto legal, ya que pueden afectar a grupos minoritarios especialmente vulnerables a un trato discriminatorio.

Ello implica que la discriminación por sexo, una categoría paradigmáticamente sospechosa, debe pasar un escrutinio estricto.

Al respecto, se ha señalado: “*Es necesario precisar la existencia de un núcleo duro de la igualdad establecida en el derecho internacional de los derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24°; Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 1°), como son el de que la diferenciación no puede justificarse en razón de raza, sexo, origen nacional o familiar; lengua, religión, opinión filosófica o política, siendo las diferencias realizadas por el legislador basadas en tales situaciones, en principio, ilegítimas. Existe hoy un común denominador o criterio compartido en el ámbito de las jurisdicciones constitucionales y en las cortes internacionales de derechos humanos que determina que cuando la diferenciación es hecha en base al sexo, la raza, las creencias religiosas, las opiniones políticas u otro criterio prohibido expresamente por los tratados internacionales o por la Constitución, la ley se presume inconstitucional mientras la autoridad no demuestre lo contrario*” (NOGUEIRA, HUMBERTO: *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, T. II, Librotecnia, Santiago, 2010, p. 223).

Por su parte, Rey Martínez, al analizar tales criterios en la Constitución española, afirma que “*cuando estamos en presencia del criterio de la raza, de la opinión, del sexo, etc., la igualdad se transforma en prohibición de discriminación. Cuando es otro criterio distinto de los enumerados en el art. 14 CE (o de los que, sin estar tipificados en él, el Tribunal Constitucional vaya distinguiendo como desigualdades tan socialmente divisivas que pasa a considerar discriminatorias en sentido estricto), la igualdad exige tan sólo razonabilidad de la diferencia de trato.*” (REY MARTÍNEZ, FERNANDO: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw Hill, Madrid, 1995, p. 59).

La excepción a lo anterior está constituida por la llamada “discriminación positiva”, que la ley puede establecer a favor del más débil, incluso en materia penal.

Nuestro sistema jurídico acepta esta postura. Así lo establece la Constitución en su artículo 1<sup>º</sup> y en el enunciado del artículo 19, lo cual se refuerza por el N<sup>º</sup> 2<sup>º</sup> de dicho artículo, al señalar que hombres y mujeres son iguales ante la ley. Asimismo, el Código Civil, al definir qué debe entenderse por persona (artículo 55), así como el Código del Trabajo (artículo 2<sup>º</sup>) y el Estatuto Administrativo (artículo 17), respecto del acceso igualitario al trabajo y a la función pública, respectivamente.

Por lo demás, este Tribunal ha sostenido que es una categoría hostil a la igualdad ante la ley el “*propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas*” (STC roles N<sup>OS</sup> 986 y 1.414);

### 3. Principio pro-libertate.

**19º.** Que, en tercer lugar, no debe escapar al intérprete que el presente caso implica examinar la sexualidad humana.

La sexualidad es inherente al ser humano. La relación sexual es una de las manifestaciones propias de la sexualidad. De ahí que ésta pueda considerarse como elemento necesario del desarrollo de toda persona en condiciones dignas.

La Constitución así lo establece, por una parte, al reconocer la “integridad física y síquica de la persona” (artículo 19, N<sup>º</sup> 1<sup>º</sup>) y, por la otra, al mandar que en la sociedad las personas deben lograr “su mayor realización espiritual y material posible” (artículo 1<sup>º</sup>, inciso cuarto) y al reconocer que todas las personas, al nacer libres e iguales en dignidad y derechos (artículo 1<sup>º</sup>, inciso primero), tienen garantizada la expresión de su sexualidad;

**20º.** Que, además, la Constitución chilena no prejuzga sobre la orientación sexual de los ciudadanos ni sobre las prácticas sexuales que, libremente, éstos estimen conveniente efectuar en su vida privada. La sexualidad constituye el núcleo más íntimo del ser humano. Tener o no relaciones sexuales, con quién, de qué forma, el lugar y las razones, no es algo que interese a terceros, mientras no se vulnere el derecho de nadie ni medien vínculos consanguíneos.

La Constitución no coarta las manifestaciones plenas de la sexualidad, que no impliquen abuso, engaño, coerción o daño;

**21º.** Que no puede esta Magistratura, como ninguna otra del Estado, restringir o lesionar los derechos y libertades asociados a la sexualidad por la vía de afirmar determinados criterios culturales sobre aquello que se considera “aceptable”. Cuando el legislador decide regular estas conductas, debe hacerlo con extremada prudencia y tino para no contradecir los valores que pretende resguardar;

#### 4. La Constitución como norma abierta.

22°. Que, en cuarto lugar, la Constitución es una norma abierta y respetuosa de las opciones éticas de la sociedad. En este sentido, en voto disidente en la sentencia Rol N° 740, se indicó: *“Las constituciones deben ser entendidas hoy como normas abiertas, lo que, en el sentido que nos convoca en esta sentencia, permite la diversidad cultural, de creencias y de expresión. En dichas normas el principio rector es la libertad de las personas y el libre desarrollo de la personalidad, resultando ajena al régimen constitucional entonces toda creencia o doctrina que busque la imposición de su pensamiento o valores de forma excluyente respecto de las otras.”*;

23°. Que una comunidad no puede volver irrelevantes las convicciones personales de sus integrantes. El pluralismo exigido en una sociedad democrática no tiene que ver únicamente con ideas, partidos políticos o movimientos, sino también con la forma en que las personas ejercen su integridad física y síquica, incluida su sexualidad. Negar la tolerancia frente a orientaciones sexuales minoritarias equivale a negar derechos que son esenciales en una democracia.

En este sentido, la Carta Democrática Interamericana, aprobada en la primera sesión plenaria, celebrada el 11 de septiembre de 2000, en su Artículo 9, señala que la eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia contribuye al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana.

Por otra parte, los integrantes de los órganos del Estado no pueden utilizar sus prerrogativas para imponer sus propias convicciones. Ello va contra del deber del Estado de lograr la mayor “realización espiritual y material posible”;

#### 5. El menor como sujeto de derechos.

24°. Que, en quinto lugar, la protección de los menores, que constituye uno de los fines declarados del precepto según sus autores, es un bien jurídico que debe apreciarse en conjunción con el respeto de sus derechos fundamentales, conforme lo prescribe la Convención sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas, a la cual ha adherido Chile. En la actualidad, los menores ya no son considerados como simples objetos de protección sino como personas titulares de derechos que deben ser respetados y promovidos.

En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, los mayores de 14 y menores de 18 años pueden ser sujetos de responsabilidad penal (artículo 3°, Ley N° 20.284), pueden contraer matrimonio libremente a partir de los 16 años (artículo 5°, Ley N° 19.947), pueden ser sujetos de responsabili-



dad civil extracontractual (artículo 2319 del Código Civil), pueden celebrar actos extramatrimoniales (por ejemplo, el reconocer hijos) y pueden celebrar actos y contratos, sujetos a autorización o ratificación posterior (artículos 1447, inciso segundo, y 1693 del Código Civil).

Al menor púber, al igual que las personas adultas, se le reconoce, entre otros derechos, el de autonomía o libertad sexual como emanación de su integridad física y síquica, aunque esté en formación.

Por tanto, el legislador penal debe tener en cuenta que no puede buscar la protección de los menores vulnerando o restringiendo severamente sus derechos y libertades;

**25°.** Que este nuevo enfoque en la protección de los menores es reforzado por los hallazgos de la psicología evolutiva que permiten sostener, como orientación general, que por encima de los 14 años la presunción inicial debe ser la de la capacidad de los menores para decidir, precisamente por sus capacidades cognitivas (RUEDA CASTRO, LAURA: *Consentimiento informado en niños y adolescentes*, ARS MEDICA, N<sup>º</sup> 16, 2008, pp. 28 y 29). Considerar a los mayores de 14 años incapaces de prestar consentimiento válido y, por ende, intangibles sexualmente, implica no reconocerlos como sujetos de derechos según la Constitución y la Convención sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas;

**26°.** Que, en efecto, es deber del Estado, conforme al artículo 3.2 de dicha Convención, asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley. Sin embargo, la misma Convención prescribe que tal protección debe procurar no ser discriminatoria u operar como una injerencia arbitraria en la vida privada del menor. Conforme a su artículo 2.1, el Estado debe respetar los derechos del menor y asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. Asimismo, conforme al artículo 16, el Estado debe asegurar que ningún niño sea objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada;

**27°.** Que, sobre este punto, diversas entidades internacionales a las cuales se encuentra adscrito Chile, han manifestado similares aprensiones a las sostenidas en este voto.

El Comité de la Organización de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, en su Observación General N<sup>º</sup> 4, 30° período de sesiones, del año 2003, declaró:

*“Los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que todos los seres humanos menores de 18 años disfruten de todos los derechos enunciados en la Con-*

*vencción sin discriminación (art. 2), incluso en lo relativo a la “raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro tipo opinión, nacional o social, origen étnico, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier otra condición”. Deben añadirse también respecto de adolescentes la “orientación sexual y el estado de salud (incluyendo VIH/SIDA y la salud mental).”.*

El mismo Comité, en su Observación General formulada a Chile, en abril de 2007, al respecto señaló:

*“29. (...) [P]reocupa al Comité que las relaciones homosexuales, inclusive entre personas menores de 18 años de edad, se sigan penalizando, lo que supone una discriminación sobre la base de la preferencia sexual.*

*30. El Comité recomienda que el Estado Parte intensifique sus esfuerzos para examinar, supervisar y hacer cumplir la legislación que garantice el principio de no discriminación y el pleno cumplimiento del artículo 2 de la Convención, y que adopte una estrategia proactiva e integral para eliminar la discriminación por motivos de género, étnicos, religiosos o por cualquier otro motivo, y contra todos los grupos vulnerables en todo el país.”;*

**28°.** Que, en consecuencia, no es posible justificar la norma en cuestión basándose en la protección del menor, como pretende el voto de mayoría. Por un lado, porque –como ya se ha señalado– los varones menores de edad supuestamente protegidos por la norma, esto es, los mayores de 14 años y menores de 18 años, son sujetos capaces para desenvolverse en diversas áreas de la vida, inclusive el ámbito sexual. Por otro lado, porque la protección de los menores mediante el sometimiento a un proceso penal no es una vía idónea para garantizar su integridad sexual ni psíquica, ni para que desarrollen una sexualidad responsable. Existen numerosos otros medios menos lesivos que el derecho penal para dicho fin. Como es sabido, ser partícipe en un proceso penal, aun sin ser el imputado, puede resultar agresivo y perjudicial a los intereses del menor.

El argumento de la protección del menor no puede ser ciego a eventuales infracciones al principio de igualdad y no discriminación, como tampoco a eventuales injerencias indebidas en la esfera íntima de los menores desconociendo su libertad para ir determinando su proyecto de vida;

## V

### EL ESTÁNDAR INTERNACIONAL

#### 1. Sentencias de los Tribunales Superiores.

**29°.** Que un examen del derecho comparado y de los instrumentos internacionales en la materia nos permite concluir que, hoy en día, la penalización de la sodomía consentida, por regla general, ha sido declarada inconstitucional en diversos países del mundo, del mismo modo que las

reglas que establecen edades diferenciadas de consentimiento respecto de relaciones sexuales entre personas del mismo sexo.

A modo ejemplar, señalaremos algunos casos.

En 1998, la Corte Constitucional de Sudáfrica resolvió que las leyes que penalizaban la sodomía eran discriminatorias y por lo mismo inconstitucionales (*National Coalition of Gay & Lesbian Equality and other v. Minister of Justice*, CTT11/98).

Asimismo, en el año 2002, en Austria, el Tribunal Constitucional de dicho país declaró inconstitucional la disposición legal que penalizaba – norma muy similar al precepto cuya aplicación se cuestiona en autos– la relación sexual consentida entre un varón mayor de edad y un varón menor de 18 y mayor de 14 años.

De la misma forma, en 2003, en Estados Unidos se señaló que el hecho de que la opinión mayoritaria en un Estado haya tradicionalmente visto una conducta particular como inmoral no es razón suficiente para emitir una ley prohibiendo tal práctica, señalando que la punibilidad de la sodomía consentida atenta contra la intimidad de las personas y el derecho a la igualdad, en la medida que se clasifica a un grupo de la población como delincuentes en razón de su orientación sexual (*LAWRENCE v. TEXAS*, 539 U.S. 558) (2003). Tales razones llevaron a que dos años más tarde, en el mismo país, la Corte Suprema del Estado de Kansas declarara inconstitucional la norma que establecía una edad diferenciada de consentimiento respecto de relaciones entre personas de distinto e igual sexo, en la regla popularmente denominada “Romeo y Julieta” conforme a la cual se rebaja la penalidad o bien se elimina la punibilidad de la relación sexual si la diferencia de edad entre los intervinientes es inferior a 2 ó 3 años. Dicha Corte señaló que no existe ninguna base racional para determinar que las personas que mantienen relaciones sexuales con personas del mismo sexo tienden a ser más coercitivas, sobre lo cual no hay ninguna base de apoyo fáctico (*SUPREME COURT OF THE STATE OF KANSAS*, N<sup>º</sup> 85,898 *STATE OF KANSAS V. MATTHEW R. LIMON* (2005)).

Lo mismo sucedió en 2009, en India, cuando el Tribunal Superior de dicho país resolvió que la penalización de la conducta homosexual es ilegítima y provoca además el aislamiento de los homosexuales y les impide el acceso a información adecuada sobre la prevención del VIH/SIDA. Dicho Tribunal citó también la Observación General N<sup>º</sup> 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su definición del derecho a la salud, la cual incluye el derecho a controlar la propia salud y el propio cuerpo, incluyendo la libertad sexual reproductiva (*Naz Foundation c./ Gobierno de NCT de Nueva Delhi y Otros*, WP(C) N<sup>º</sup> 7455/2001);

## 2. Pronunciamientos de Órganos Internacionales.

31°. Que, en el mismo sentido, se han pronunciado los órganos internacionales competentes en materia de derechos humanos, conminando a diversos Estados a modificar su legislación.

Así, en 1981, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó al Reino Unido por penalizar las relaciones sexuales consentidas entre homosexuales adultos, donde uno de ellos tenía una edad inferior a 21 años, estableciéndose una edad diferenciada de consentimiento de las relaciones homosexuales respecto de las heterosexuales. Dicho Tribunal sostuvo que tal legislación constituía una injerencia indebida en la vida privada, que comprende la vida sexual (TEDH, *Dudgeon v. United Kingdom*, 1981). La misma doctrina es reiterada por dicho Tribunal en el año 1986, al condenar a Irlanda por penalizar la sodomía (TEDH, *Norris v. Irlanda*, 1987). En el año 1993, el Tribunal Europeo reiteró tales consideraciones condenando a Chipre (TEDH, *Modinos v. Chipre*, 1993). En el año 2003 se pronunció condenando a Austria por tipificar como delito los actos homosexuales voluntarios entre adolescentes entre 14 y 18 años, estableciendo que además de infringirse el respeto a la vida privada se generaba una situación de discriminación arbitraria pues no se condenaban iguales actos entre heterosexuales o con mujeres de esas edades (TEDH, *L.V. v. Austria*, 2003).

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en 1992, condenó a Australia por permitir que en el Estado de Tasmania se sancionaran las relaciones sexuales consentidas entre hombres, indicando que ello atenta contra los derechos de privacidad e igualdad, señalando expresamente que dentro de la acepción “sexo” establecida como categoría prohibida de discriminación por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se comprenden las diversas orientaciones sexuales (CDH, ONU, *Toonen v. Australia*, 1992);

## 3. Los legisladores.

32°. Que así como órganos internacionales, Tribunales Constitucionales y Cortes superiores de otros países han resuelto reconocer la no discriminación en razón de sexo y la igual dignidad y derechos a las personas de orientación sexual minoritaria, tanto despenalizando la sodomía entre adultos como eliminando las diferencias por sexo respecto de las edades de consentimiento válido, también han dado importantes pasos en este sentido los legisladores en diversos países.

Es posible observar una tendencia a dejar de considerar la identidad sexual como criterio diferenciador de punibilidad respecto de quienes ejecutan una determinada conducta sexual tipificada como delito. Así

ocurre en países como Argentina, Brasil, Honduras, Ecuador, México, Paraguay, Perú y Uruguay. Salvo el caso de la tipificación del femicidio, las reformas legislativas más recientes en la materia han apuntado a eliminar las referencias al sexo de la víctima del delito, sin que se establezca una regla de edad diferenciada para el consentimiento libre como en nuestro ordenamiento lo hace el artículo 365 del Código Penal, cuya aplicación se cuestiona en autos;

33°. Que, como se observa de las consideraciones precedentes, los derechos de las minorías sexuales que no eran reconocidos hace 40 ó 30 años, cuando se penalizaba la sodomía o se establecían edades diferenciadas de consentimiento válido para relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, hoy tales normas han sido erradicadas y los derechos de las personas con orientación sexual minoritaria son respetados en la gran mayoría de los países.

En pocas palabras, el reconocimiento de derechos avanza a medida que se consolidan mejores estándares de respeto entre los ciudadanos y evoluciona a la par que la sociedad se abre a nuevas formas de convivencia respetuosa entre sus miembros.

En nuestro país lo anterior se refleja, por ejemplo, en que actualmente se estén discutiendo en el Parlamento alternativas para regular las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, y en la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la materia;

## VI

### VICIOS DE CONSTITUCIONALIDAD

34°. Que, despejados los puntos anteriores, estamos en condiciones de entrar a examinar la constitucionalidad de la aplicación del precepto legal en análisis. Consideramos que éste es inconstitucional, por las razones que sostendremos a continuación;

#### **1. La aplicación del precepto es discriminatoria y afecta la igualdad ante la ley.**

35°. Que, como ha señalado reiteradamente esta Magistratura, *“la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario”* (Roles N<sup>OS</sup> 986 y 1.414);

**36°.** Que, como se señaló en el considerando octavo, la norma en cuestión únicamente castiga el acceso carnal cuando lo realiza un hombre a un púber menor de edad pero mayor de 14 años. En cambio, no se sanciona la misma conducta cuando la relación es heterosexual; tampoco si quien realiza el acceso carnal es el menor de 18 años respecto de un mayor de edad; ni la conducta homosexual entre adultos o la conducta homosexual entre mujeres, cualquiera sea la edad o la acción sexual que éstas ejecuten; por último, tampoco se sanciona al hombre o la mujer que introduce en el ano o en la boca de un hombre o mujer mayor de 14 y menor de 18 años un objeto similar a un pene.

En consecuencia, el único criterio utilizado por el legislador para efectuar el tratamiento diferenciado es el sexo y la orientación sexual de los intervinientes en el acto;

**37°.** Que, tal como se indicó al exponer los criterios interpretativos que orientan a estos disidentes, el sexo y la orientación sexual –utilizados por el precepto legal en comentario– constituyen “categorías sospechosas” que invierten la presunción de constitucionalidad de todo precepto legal y exigen realizar un test estricto de proporcionalidad al analizar la afectación de la igualdad ante la ley;

**38°.** Que el artículo 1° de la Constitución dispone que las “*personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*” y en su artículo 19, en el cual se contiene el catálogo de derechos que la Constitución reconoce, se afirma que ellos pertenecen “*a todas las personas*”. Luego, el artículo 19, N° 2, de la Constitución asegura a todas las personas la igualdad ante la ley y señala expresamente que hombres y mujeres son iguales ante la ley. Tales normas identifican al sexo como una categoría sospechosa de discriminación;

**39°.** Que, tal como señaló este Tribunal en la sentencia que declaró inconstitucional el artículo 38 ter de la Ley de Isapres (STC Rol N° 1.710), conforme al principio de igualdad “*el legislador puede establecer diferencias entre los hombres y las mujeres en el contenido de las normas, siempre y cuando existan diferencias reales y efectivas que discriminen a uno de los sexos en ámbitos concretos de la realidad vital; y significa también que el legislador no puede establecer diferencias únicamente en razón del sexo. El ser hombre o el ser mujer, o las diferencias que otrora existieron entre los sexos, no pueden ser susceptibles de diferencias en el contenido de la norma, pues el sexo no constituye per se una diferencia objetiva ni razonable, como tampoco son objetivas y razonables las diferencias pasadas que existieron entre hombres y mujeres en ámbitos concretos de la realidad vital.* (Cristina Zoco Zabala: Igualdad de género en la nueva normativa nacional y estatutaria a la luz de las innovaciones del ordenamiento comunitario, en: Revista Aragonesa de Administración Pública, 30, junio de 2007, p. 255);” (c. centesimoquinto);

**40°.** Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 2.1, sostiene que el Estado debe respetar y garantizar a

los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en dicho Pacto, y señala enseguida “*sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”, identificando así una serie de criterios sospechosos de discriminación, entre los que se encuentra el sexo. Lo mismo hace la Convención Americana, en su artículo 1.1, al señalar que el Estado se compromete a respetar los derechos y libertades reconocidos en dicho tratado sin discriminación, principio que se ve reforzado en el artículo 24 de dicha Convención, que consagra la igualdad ante la ley.

De la misma forma, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en su artículo 45, proscribe la discriminación en razón de sexo. Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del año 2000, ha enfatizado asimismo la prohibición de discriminación ejercida, entre otros factores, por razón de sexo y orientación sexual (artículo 21.1);

41°. Que lo mismo puede decirse respecto de la orientación sexual, definida en los denominados Principios de Yogyakarta, adoptados por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género, como “*la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas*”.

Concordante con lo anterior se ha manifestado el Comité Europeo de Derechos Humanos, determinando que la orientación sexual se comprende en la referencia al sexo como categoría sospechosa de discriminación efectuada en el artículo 2 de la Convención sobre Derechos Civiles y Políticos (CDH, ONU, Toonen v. Australia, 1994).

Por otra parte y a mayor abundamiento, la “orientación sexual” se identifica como una categoría sospechosa en diversas convenciones internacionales sobre derechos humanos vigentes en Chile, tal como lo han señalado diversos organismos internacionales, como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas respecto del artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que al enunciar las categorías prohibidas para fundar una discriminación, reconoce la orientación sexual como comprendida dentro de la expresión “cualquier otra condición social” (*Observación General N<sup>º</sup> 20, 42º período de sesiones, 2009*);

42°. Que, por otra parte, tal tratamiento resulta exigido si se considera que las denominadas “minorías sexuales” han sido históricamente objeto de un trato discriminatorio e incluso vejatorio tanto por parte de los individuos como del Estado.

En tal contexto, si bien en el presente caso se analiza la afectación de la igualdad respecto del requirente, acotada al asunto concreto que sustenta la gestión pendiente, no puede perderse de vista que el derecho a la igualdad ante la ley no prohíbe sólo la discriminación arbitraria en términos individuales, sino también la creación de grupos segregados forzados a vivir al margen de la sociedad, aislados de la mayoría, siempre en situación de riesgo, y considerados como inferiores. (FISS OWEN: *Una comunidad de iguales*. Miño y Dávila Editores, Madrid, 2002, p. 31);

43°. Que, enseguida, resulta pertinente traer a colación lo señalado por la Corte Constitucional de Sudáfrica respecto de que la penalización de la sodomía implica definir que a los ojos del derecho los gay son criminales (National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice, 1998). En efecto, al sancionarse una conducta exclusivamente en razón de la orientación sexual de los intervinientes, la norma se torna homofóbica y refleja un derecho penal de autor ilegítimo a la luz de la Constitución.

Lo anterior no resiste análisis en la época que vivimos y sólo puede comprenderse como una manifestación de homofobia que mira a los homosexuales como sujetos anormales, inferiores e indignos;

44°. Que, consecuentemente con lo señalado en los considerandos precedentes, no se aprecia una justificación legítima para determinar distintas edades a partir de las cuales se sanciona una misma conducta únicamente en razón del sexo o la orientación sexual de los sujetos intervinientes en un tipo de relación sexual.

La penalización de la sodomía, aunque sea en forma residual o muy excepcional, como en la especie, contribuye a la estigmatización de las personas que la practican y a su segregación social. Así, la penalización de la sodomía resulta intolerable y asimilable a la prohibición y penalización de las relaciones entre personas de raza blanca y raza negra existente en los Estados Unidos hasta los años 70's, en que el móvil de la regulación era precisamente mantener la subordinación de un grupo humano (KOPPELMAN ANDREW: "The Miscegenation Analogy", *The Yale Journal*, Vol. 98, N° 1 (Nov., 1988), pp. 145-164);

45°. Que, por lo demás, cabe tener presente que el Estado de Chile, en el Examen Periódico Universal (E.P.U.) efectuado por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en 2009, examinó las recomendaciones formuladas durante un diálogo interactivo con otros Estados y dio su apoyo a varias recomendaciones, entre ellas a la siguiente:

*"28. Prohibir por ley la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género y abordarla en los programas y políticas de igualdad (formulada por Suecia) y utilizar los Principios de Yogyakarta como guía en la formulación de políticas (formulada por Países Bajos);"*

De ello se desprende el compromiso del Estado por eliminar y prohibir cualquier discriminación arbitraria en razón de sexo e identidad



de género, lo que debería implicar la no aplicación del artículo 365 del Código Penal en el proceso sub lite. En especial, los referidos Principios de Yogyakarta que Chile se comprometió a respetar por sugerencia formulada por los Países Bajos, señalan:

*“Los Estados: Derogarán todas las disposiciones penales y de otra índole jurídica que prohíban, o de hecho sean empleadas para prohibir, la actividad sexual que lleven a cabo de forma consensuada personas del mismo sexo que sean mayores de la edad a partir de la cual se considera válido el consentimiento, y garantizarán que se aplique la misma edad de consentimiento para la actividad sexual entre personas del mismo sexo y de sexos diferentes”;*

**46°.** Que en el presente caso, como se ha señalado, el artículo 365 del Código Penal genera una situación más perjudicial para los varones que tienen un cierto tipo de relaciones sexuales consentidas con personas mayores de 14 años y menores de 18, del mismo sexo. Idéntica conducta –acceso carnal consentido– entre personas de distinto sexo no es punible; tampoco lo es si el menor es el sujeto activo; ni si la relación es entre mujeres o entre menores;

**47°.** Que, dado que la sexualidad es una dimensión de la integridad física y síquica de todas las personas, el carácter discriminador de la norma en cuestión se resalta por el hecho de que castiga una expresión de la sexualidad propia de los varones homosexuales;

**48°.** Que no se compadecen con la realidad los criterios justificativos de la discriminación que nos ocupa, como la protección de la indemnidad sexual del menor y el libre desarrollo de su autodeterminación sexual, porque toda la argumentación que la funda –de sesgada fuente doctrinaria o regresivas opiniones parlamentarias– revela que ciertos valores se entienden sólo vulnerados por una relación homosexual masculina. El fundamento esgrimido manifiesta un prejuicio rotundo acerca de la condición homosexual, considerándola un riesgo y daño para quien la asume, connotándola negativamente desde el ámbito cultural; o sea, se reputa normal la conducta heterosexual y anormal y peligroso el comportamiento homosexual. Ese es el basamento real de la distinción que recoge la ley penal reprochada, que no puede ser inspiración para ningún órgano del Estado, sujeto al perentorio mandato de los artículos 5° y 6° de la Constitución Política;

**49°.** Que de lo sostenido se deduce que el artículo 365 del Código Penal atenta gravemente contra la igualdad ante la ley, pues idéntica conducta realizada entre un varón y una mujer entre los mismos rangos etéreos, no merece ninguna sanción penal. Así, la norma en cuestión incrimina una conducta exclusivamente en razón del sexo y orientación sexual de quienes la ejecutan. Se prohíbe, sin justificación razonable, a un grupo de personas una conducta que está plenamente permitida para otras;

## 2. Se afecta el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

**50°.** Que si bien el catálogo de derechos contenido en el artículo 19 de la Constitución no recoge de forma explícita el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como ocurre en otros textos constitucionales, sí reconoce su contenido y lo garantiza en diversas disposiciones.

Así, en cláusulas generales como el artículo 1°, inciso primero, de la Constitución, al reconocer la dignidad de la persona; en el artículo 1°, inciso cuarto, al señalar que es deber del Estado crear las condiciones que permitan a las personas alcanzar el mayor desarrollo y realización espiritual y material posible; en el artículo 5°, inciso segundo, al estipular que los derechos fundamentales son límite al ejercicio de la soberanía; y en el mismo artículo 19, al reconocer otros derechos fundamentales, que presuponen el libre desarrollo de la personalidad, tales como el derecho a la libertad religiosa, el derecho a la intimidad, la libertad de expresión, la libertad y seguridad individual, entre otros. Asimismo, la Constitución efectúa una mención indirecta a este derecho en el artículo 19, N° 10°, al señalar que la educación tiene por objeto *“el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.”* (RIBERA NEUMANN, TEODORO: *“El derecho al desarrollo libre de la personalidad en la Constitución”*, *Temas Actuales de Derecho Constitucional*. Libro homenaje al profesor Mario Verdugo Marinkovic, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 241 y ss.);

**51°.** Que, sobre este punto, esta misma Magistratura ha señalado que *“el respeto y protección de la dignidad y de los derechos a la privacidad de la vida y de las comunicaciones, son base esencial del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto, así como de su manifestación en la comunidad a través de los grupos intermedios autónomos con que se estructura la sociedad”* (STC Rol N° 389, c. vigésimo, y Rol N° 433, c. vigesimoséptimo).

Tal derecho que asiste a cada persona para determinar libremente un plan de vida, se reconoce asimismo en el artículo 19, N° 7°, de la Constitución. Este derecho comprende la autodeterminación sexual y sus manifestaciones;

**52°.** Que, al respecto, la opinión del voto de mayoría pretende negar que la Constitución consagre el derecho al libre desarrollo de la personalidad arguyendo que el artículo 19, N° 7°, únicamente consagra la libertad ambulatoria.

El voto de mayoría sostiene de esta forma una interpretación originalista que petrifica la Constitución. Si bien las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución pueden ser útiles para precisar el contenido y alcance de determinados preceptos de la Constitución, no son el único elemento a considerar por el intérprete, como tampoco el más idóneo;

53°. Que, con todo, incluso de las actas citadas por el voto de mayoría se desprende que los planteamientos que se hicieron valer para que en la formulación del artículo 19, N<sup>º</sup> 7°, de la Constitución se hiciera expresa mención al desarrollo libre de la personalidad, no fueron rebatidos por motivos de fondo. Así, es posible colegir que un análisis sistemático de la Constitución no puede concluir que las personas carezcan del derecho a definir su plan de vida;

54°. Que lo señalado tiene importancia para el delito que se analiza, pues conforme a los principios de las reformas al Título VII del Libro II del Código Penal se buscó armonizar el reconocimiento de la libertad sexual a partir de los 14 años con la mayor protección de los menores para evitar la pedofilia, la prostitución y la pornografía infantiles. Por debajo de esa edad, se establece un resguardo absoluto a la integridad sexual de los menores; por sobre esa edad, se reconoce a los menores púberes capacidad para determinar su actividad sexual, siempre que se respete la libertad y la dignidad de las demás personas;

55°. Que, así, aun cuando se pensara que la norma pretende alejar a los menores de la sodomía, pues ésta *“al producir el hábito, las partes involucradas tienden a no valorarla como algo malo, produciéndose un problema muy importante de alteración de la conciencia”* (Informe Comisión de Constitución, Cámara de Diputados, pp. 14 y 15, Boletín N<sup>º</sup> 1048-07), debe tenerse en cuenta que al pretender proteger a los menores no se puede vulnerar su libertad. Al actuar así el legislador es tributario de una visión homofóbica que no es conciliable con una sociedad integradora, respetuosa de los derechos humanos, donde los sujetos se relacionan en plano de igualdad y respeto;

56°. Que, en efecto, el criterio de orientación sexual utilizado por el precepto en cuestión corresponde a aquellas categorías que *“aluden a circunstancias personales que, en general, sí son o pueden ser el resultado de elecciones o decisiones individuales, respecto de las cuales los sujetos deberían tener el más pleno y absoluto control, ya que son componentes fundamentales para sus planes de vida y no afectan a terceros. Dado que cada persona debe estar en condiciones de desarrollar libremente su personalidad en tanto no cause daños a terceros, el Estado debe abstenerse de interferir en esas decisiones personales mediante la asignación de bienes, derechos o cargas que promuevan o dificulten su elección a los habitantes.”* (MARCELO ALEGRE Y ROBERTO GARGARELLA: *El Derecho a la Igualdad, Aportes para un Constitucionalismo Igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 323);

57°. Que, en consecuencia, el artículo 365 del Código Penal, al sancionar ciertas conductas homosexuales libremente consentidas entre personas mayores de 14 años, atenta contra la libertad que tienen para definir su proyecto de vida y alcanzar el mayor desarrollo personal posible;

### 3. Se afecta el derecho a la intimidad.

**57°.** Que, por último, el precepto que se analiza no sólo sanciona un acto, sino que sanciona una de las conductas humanas más privadas que existen: el despliegue de la sexualidad de ciertas personas;

**58°.** Que este Tribunal ha reconocido que la sexualidad es parte de la vida privada. Así ha señalado: “*El artículo 19, N° 4, de la Constitución Política, que asegura el respeto y protección de la vida privada a toda persona, privacidad de la que forma parte su vida sexual...*” (STC Rol N° 698, c. noveno). Las conductas sexuales son datos que la ley estima sensibles.

En efecto, las relaciones sexuales que puedan tener las personas forman parte de aquella zona que no quieren que sea conocida por terceros sin su consentimiento. Ello implica una esfera libre de intervenciones ajenas no deseadas. El sujeto es autónomo para decidir si tendrá o no relaciones sexuales, sus partícipes y las formas en que se despliega ese ámbito de su persona. La Constitución le asegura una facultad para excluir a otros de esa esfera propia y abre a las personas un espacio para que desenvuelvan su sexualidad autónomamente y en forma ajena al escrutinio de terceros;

**59°.** Que la Constitución, en su artículo 19, N° 4°, establece el respeto de la vida privada como un mandato de respeto y protección.

Ello se refuerza tratándose de la sexualidad. En virtud de ese mandato de respeto y protección, el Estado no debe interferir en la sexualidad de las personas sancionando conductas libremente consentidas que no provocan daño. La tipificación de la conducta analizada es una infracción a este deber de respeto y protección de la vida privada, pues se inmiscuye en ese espacio;

**60°.** Que, en este contexto, la intervención estatal se legitima únicamente cuando busca proteger la libertad de quienes interactúan, para evitar fuerza, coacción, engaño u otro abuso, sin que medien relaciones de parentesco. En el presente caso, en cambio, no concurren esas hipótesis;

**61°.** Que la existencia del delito que se analiza implica una intromisión ilegítima en lo que las personas pueden hacer en materia sexual. El precepto legal cuya aplicación se impugna penetra en la esfera más íntima del sujeto —el varón menor adulto— y, sin atender a su libre consentimiento, sanciona sus relaciones homosexuales y lo trata como un objeto de protección y no como una persona, sujeto de derechos;

**62°.** Que, en consecuencia, por las tres razones señaladas, a juicio de estos disidentes, el requerimiento de autos debe ser acogido y la norma contenida en el artículo 365 del Código Penal no debe ser aplicada en el proceso pendiente, toda vez que ella produce los resultados inconstitucionales que se han señalado.

Redactó la sentencia la Ministra señora Marisol Peña Torres, la prevención, su autor, y la disidencia, los Ministros que la suscriben.

Notifíquese, regístrese y archívese.

### **Rol N<sup>º</sup> 1.683-2010**

Se certifica que el Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto concurrió al acuerdo y al fallo, pero no firma, por encontrarse haciendo uso de su feriado legal.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente Subrogante, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y por los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

## **ROL N<sup>º</sup> 1.684-2010**

### **REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 48 DE LA LEY N<sup>º</sup> 16.618, DEDUCIDO POR SANDRA TAPIA MOREIRA Y DIEGO CARRASCO CARRASCO**

Santiago, cuatro de mayo de dos mil diez.

#### **VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1°. Que, con fecha 13 de abril, Sandra Tapia Moreira y Diego Carrasco Carrasco han formulado ante este Tribunal un “*requerimiento de constitucionalidad*” en contra del Primer Juzgado de Familia de Santiago, respecto del artículo 48 de la Ley N<sup>º</sup> 16.618, en relación con el proceso RIT C-24-2009, en actual tramitación ante dicho tribunal;

2°. Que, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6°, de la Constitución Política, es atribución de este Tribunal: “*Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de*

*un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”*

A su turno, el inciso decimoprimer del mismo precepto señala: “En el caso del N<sup>o</sup> 6<sup>o</sup>, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”;

3<sup>o</sup>. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N<sup>o</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, la cual razona en el sentido de que el pronunciamiento sobre la admisibilidad establecido por la Ley Fundamental exige, previamente, resolver sobre la admisión a trámite del requerimiento. Así, el inciso primero del artículo 47 D de dicho texto legal establece que: “Para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 47 A y 47 B. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales”.

Por su parte, los artículos 47 A y 47 B del mismo cuerpo legal establecen:

**“Artículo 47 A.** *En el caso del número 6<sup>o</sup> del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.*

*Si la cuestión es promovida por una parte ejerciendo la acción de inaplicabilidad, se deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.*

*Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.*

*El tribunal deberá dejar constancia en el expediente de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes del proceso”.*

**“Artículo 47 B.** *El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los*

*vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas”;*

4°. Que el Presidente del Tribunal ordenó, con fecha 13 de abril del presente año, que se diera cuenta del requerimiento de inaplicabilidad deducido en la Segunda Sala de esta Magistratura;

5°. Que la exposición de los antecedentes de hecho y la forma en que la disposición legal impugnada produce un resultado contrario la Carta Fundamental en su aplicación al caso concreto deben ser expuestos circunstanciadamente. En este sentido, la explicación de la manera en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, además de la forma en que su aplicación produce un resultado contrario a la Constitución, constituyen la base indispensable de la acción interpuesta;

6°. Que el requirente invoca como infringidas diversas normas reglamentarias de orden interno, relativas a la ética en el desempeño de cargos judiciales, distintos acuerdos e instrucciones de la Corte Suprema, el propio precepto impugnado, el espíritu del mismo según su historia legislativa, la Ley N<sup>º</sup> 18.120, diversos preceptos de tratados internacionales, y los artículos 6° y 7°, 19, numerales 1° y 3°, 32 N<sup>º</sup> 1°, 46, 76, 92 y 93 de la Constitución Política, al darse curso a una demanda sobre relación directa y regular planteada por los abuelos de su hija, solicitando, finalmente, la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto impugnado y que *“se adopten todas las medidas necesarias para la adecuada superintendencia directiva y correccional del Tribunal, principalmente aquellas que importen que los Tribunales de Letras apliquen la Ley con la Historia, en el sentido y con el propósito para el cual el legislador las dictó, respeten la forma en que la Excm. Corte Suprema ha conocido e interpretado estas mismas Leyes, evitando toda conducta que pretenda la creación judicial de Derecho, asimismo que adopten todas las medidas que en Derecho sean procedentes para garantizar la Dignidad Judicial, el Principio de Unidad de la familia, y que en definitiva consagre en la forma y en el fondo que la Familia es la Base y Pilar Fundamental de la Sociedad y esencia, principio y final de la Constitución Política de la República, con costas”;*

7°. Que, sin perjuicio de plantearse en el requerimiento objeciones a la actuación del Tribunal de Familia, la exposición de los hechos que le sirven de sustento no es clara, precisa y completa en los términos exigidos por la normativa transcrita en el considerando 3°. Es por ello que en el requerimiento tampoco se explicita de manera adecuada y suficiente cómo, a partir de los mismos hechos, se genera la cuestión de constitucionalidad planteada ni tampoco se expone cómo la aplicación del precepto impugnado produciría, en el caso concreto, la infracción a la Carta Fundamental que se denuncia, en función de los vicios que se aducen, sin que así pueda darse por establecido un conflicto jurídico de inaplicabilidad

por inconstitucionalidad de aquellos cuya resolución se encuentra dentro de la esfera de competencia de este Tribunal Constitucional;

8°. Que, de conformidad a lo expuesto, no es posible considerar que se encuentre expuesta de manera circunstanciada, lógica, adecuada y precisa la forma en que la disposición legal que se objeta contravendría la Carta Fundamental en su aplicación al caso concreto;

9°. Que, en mérito de lo expuesto, no se cumple en la especie con las exigencias contempladas en el artículo 47 B de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, en relación con el artículo 47 D del mismo cuerpo legal, para que pueda ser admitido a tramitación.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículo 6°, 7° y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso decimoprimer de la Constitución Política de la República, y en los artículos 47 A, 47 B y 47 D de la Ley N° 17.997,

**SE DECLARA:**

Que no se acoge a tramitación el requerimiento deducido en lo principal de fojas uno, teniéndose por no presentado, para todos los efectos legales.

A los otrosíes primero y segundo, estése a lo resuelto.

Al tercer otrosí, téngase presente.

Notifíquese la presente resolución por carta certificada al requirente.

**Rol N° 1.684-2010**

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor José Luis Cea Egaña, y los Ministros señor Raúl Bertelsen Repetto, señora Marisol Peña Torres y señor Carlos Carmona Santander. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.



ROL N<sup>º</sup> 1.685-2010REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 3<sup>º</sup> TRANSITORIO  
DE LA LEY N<sup>º</sup> 20.158, DEDUCIDO POR  
FREDI AVENDAÑO ANDRADES Y OTROS

Santiago, veintiuno de abril de dos mil diez.

## VISTOS Y CONSIDERANDO:

1<sup>º</sup>. Que, con fecha 14 de abril de 2010, el abogado Juan Carlos Quezada Apablaza, en representación de los profesores que individualiza, ha requerido a este Tribunal para que se declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 3<sup>º</sup> transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 20.158 en relación con la aplicación de la expresión “renuncia voluntaria” contenida en el inciso segundo del artículo 2<sup>º</sup> transitorio del mismo cuerpo legal, en relación con el juicio ordinario laboral caratulado “Avendaño, Fredi y otros con Ilustre Municipalidad de Curepto, RIT N<sup>º</sup> 0-12-2009, seguido ante el Juzgado de Letras de esa ciudad, del cual conoce actualmente la Corte Suprema bajo el Rol N<sup>º</sup> 1.349-2010;

2<sup>º</sup>. Que, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, de la Constitución Política, es atribución de este Tribunal: *“Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”*

A su turno, el inciso decimoprimer del mismo precepto señala: *“En el caso del N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”;*

3<sup>º</sup>. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, la cual razona en el sentido de que el pronunciamiento sobre la admisibilidad establecido por la Ley Fundamental exige, previamente, resolver sobre la admisión a trámite del requerimiento. Así, el inciso primero del artículo 47 D de dicho texto legal establece que: *“Para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir*

con las exigencias señaladas en los artículos 47 A y 47 B. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales”.

Por su parte, los artículos 47 A y 47 B del mismo cuerpo legal establecen:

**“Artículo 47 A.** En el caso del número 6° del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.

Si la cuestión es promovida por una parte ejerciendo la acción de inaplicabilidad, se deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.

Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.

El tribunal deberá dejar constancia en el expediente de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes del proceso”.

**“Artículo 47 B.** El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas”;

4°. Que el Presidente del Tribunal ordenó con fecha 14 de abril del presente año que se diera cuenta del requerimiento de inaplicabilidad deducido en la Segunda Sala de esta Magistratura;

5°. Que en el requerimiento deducido se impugna el artículo 3° transitorio de la Ley N° 20.158 en relación con la aplicación de la expresión “renuncia voluntaria” contenida en el inciso segundo del artículo 2° transitorio del mismo cuerpo legal;

6°. Que la forma en que la aplicación del precepto que se objeta “pueda resultar decisivo” en la resolución de la gestión pendiente en que incide el requerimiento debe ser expuesta circunstanciadamente. La explicación de la manera en que ello ocurre es base indispensable de una acción de esta naturaleza;

7°. Que en el requerimiento interpuesto, lo antes expuesto no se plantea con la precisión, claridad e inteligibilidad suficientes en términos de configurar adecuadamente los “fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional”.

Ello resulta más evidente si se tiene presente que el precepto legal que se objeta, como se ha señalado, es el artículo 3° transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 20.158, en circunstancias que según se indica en la presentación, los actores presentaron su renuncia voluntaria en conformidad con lo que dispone el artículo 2° transitorio de dicho texto normativo (fojas 8);

8°. Que de lo que se termina de exponer se concluye que el requerimiento deducido no cumple con las exigencias contempladas en el artículo 47 B de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, en relación con el artículo 47 D del mismo cuerpo legal, para que pueda ser admitido a tramitación.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículo 6°, 7° y 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6°, e inciso decimoprimer de la Constitución Política de la República, y en los artículos 47 A, 47 B y 47 D de la Ley N<sup>º</sup> 17.997,

**SE DECLARA:**

Que no se admite a tramitación el requerimiento deducido en lo principal de fojas uno, teniéndoselo así por no presentado, para todos los efectos legales.

Al primero otrosí, por acompañados bajo apercibimiento legal.

Al segundo otrosí, atendido lo resuelto no ha lugar.

Al tercero otrosí, téngase presente.

Notifíquese la presente resolución por carta certificada.

**Rol N<sup>º</sup> 1.685-2010**

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor José Luis Cea Egaña, y los Ministros señor Raúl Bertelsen Repetto, señora Marisol Peña Torres y señor Carlos Carmona Santander. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgüín.

ROL N° 1.686-2010

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DE OLIVIA ESTER GONZÁLEZ  
BUSTAMANTE Y OTROS RESPECTO DEL ARTÍCULO TERCERO  
TRANSITORIO DE LA LEY N° 20.158

RESOLUCIÓN DE FECHA 21 DE ABRIL DE 2010, QUE NO ADMITE  
A TRAMITACIÓN EL REQUERIMIENTO, EN EL MISMO SENTIDO  
QUE LA RECAÍDA EN EL ROL N° 1.685

ROL N° 1.687-2010

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 2°  
DE LA LEY N° 20.015, DEDUCIDO POR  
GABRIEL GUENDERMANN SANHUEZA

Santiago, primero de julio de dos mil diez.

**Proveyendo el escrito de 4 de junio de 2010, del abogado Claudio Arellano Parker, por la Isapre Colmena Golden Cross S.A., que rola a fojas 77:** A lo principal y al segundo otrosí, téngase presente; al primer otrosí, ténganse por acompañados los documentos que indica, bajo apercebimiento legal.

**Proveyendo el escrito de 17 de junio de 2010, del abogado Claudio Arellano Parker, por la Isapre Colmena Golden Cross S.A., que rola a fojas 93:** A lo principal, téngase presente; al otrosí, ténganse por acompañados los documentos que indica, bajo apercebimiento legal.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1°. Que, por resolución de 12 de mayo de 2010 –fojas 62 a 65–, esta Sala acogió a tramitación el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que ha deducido el señor Gabriel Guendermann Sanhueza, por sí, respecto del artículo 2° de la Ley N° 20.015, en el recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de la Isapre Colmena Golden Cross S.A., Rol de ingreso N° 268-2010.

En la misma resolución, para pronunciarse sobre la admisibilidad del requerimiento, se confirió traslado, por cinco días, a la aludida Isapre, en su condición de parte en la gestión individualizada. A su vez, para resolver sobre la suspensión del procedimiento solicitada por el actor en el segundo otrosí del libelo, se dispuso que se certificara el estado actual de tramitación de la gestión invocada, trámite que fue cumplido a fojas 66;

2°. Que, como consta a fojas 77, mediante presentación de 4 de junio de 2010, la mencionada Institución de Salud Previsional solicitó a esta Magistratura declarar la inadmisibilidad del requerimiento de inaplicabilidad materia de autos argumentando al efecto que la aplicación del precepto legal impugnado no resulta decisiva para la resolución del recurso de protección que se ha invocado como gestión pendiente;

3°. Que, en presentación fechada el 17 de junio de 2010 –fojas 93–, la misma Isapre referida solicitó a este Tribunal declarar inadmisibile el requerimiento, esta vez fundando tal petición en que “... *la gestión pendiente alegada en esta acción se encuentra terminada por sentencia ejecutoriada*”, y en razón de ello, concluye que no se satisface, en este caso, el requisito previsto en el inciso undécimo del artículo 93 constitucional, en orden a que exista una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial en que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva;

4°. Que, como antecedentes que le sirven para fundar tal conclusión, la Isapre ha acompañado copia de las sentencias de primera y de segunda instancia dictadas en el proceso de protección en que incide la acción de inaplicabilidad materia de estos autos, por la Corte de Apelaciones de Santiago y por la Corte Suprema, el 29 de marzo y el 24 de mayo, de 2010, respectivamente. Asimismo, acompañó copia de la resolución dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 11 de junio de 2010, que dispuso el cumplimiento de lo resuelto en autos y el archivo de los antecedentes;

5°. Que el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6°, de la Ley Fundamental establece que es atribución de este Tribunal Constitucional “*resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.*”.

A su turno, el inciso undécimo del mismo precepto fundamental señala: “*En el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.*”;

6°. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, que en su artículo 47 F establece: “Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:

1° Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado;

2° Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;

3° Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada;

4° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal;

5° Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y

6° Cuando carezca de fundamento plausible.

Declarada la inadmisibilidad por resolución que deberá ser fundada, ésta será notificada a quien haya recurrido, al juez que conozca de la gestión judicial pendiente y a las demás partes que intervengan en ella, y el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.

La resolución que declare la admisibilidad o inadmisibilidad del requerimiento no será susceptible de recurso alguno.”;

7°. Que los antecedentes tenidos a la vista llevan a verificar que la gestión judicial en la que incide el requerimiento de estos autos no cumple con la exigencia constitucional de encontrarse pendiente;

8°. Que el incumplimiento del presupuesto referido precedentemente es suficiente fundamento para declarar la inadmisibilidad de la acción deducida.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, de la Constitución, 47 A al 47 N y demás normas pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE DECLARA INADMISIBLE el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas uno.**

Notifíquese por carta certificada al requirente y a la Isapre Colmena Golden Cross S.A. y comuníquese por oficio a la Corte de Apelaciones de Santiago.

Archívese.

**Rol N° 1.687-2010**

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente Subrogante, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Mario Fernández Baeza y Enrique Navarro Beltrán. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

## ROL N<sup>º</sup> 1.688-2010

### REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 2<sup>º</sup> DE LA LEY N<sup>º</sup> 20.015, DEDUCIDO POR PATRICIA SMITH COVARRUBIAS

Santiago, ocho de junio de dos mil diez.

Proveyendo a lo principal de fojas 64, no ha lugar; al primer otrosí, téngase por acompañado el documento, y al segundo otrosí, téngase presente.

#### VISTOS Y CONSIDERANDO:

1<sup>º</sup>. Que, por resolución de fecha 4 de mayo de 2010, esta Sala acogió a tramitación el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido en estos autos por la señora Patricia Smith Covarrubias respecto del artículo 2 de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, en la causa sobre recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en contra de la Isapre Colmena Golden Cross S.A., que se encuentra actualmente pendiente bajo el Rol de ingreso N<sup>º</sup> 295-2010, y decretó la suspensión de dicho procedimiento;

2<sup>º</sup>. Que, por la misma resolución citada, se dio traslado a la Isapre Colmena Golden Cross S.A. por el plazo de cinco días, para que se pronunciara acerca de la admisibilidad del requerimiento interpuesto, traslado que no fue evacuado en tiempo y forma;

3<sup>º</sup>. Que el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, de la Constitución Política establece que es atribución de este Tribunal Constitucional “*resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.*”.

El inciso decimoprimer del mismo precepto de la Carta Fundamental señala que “en el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.”;

4°. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, que en su artículo 47 F establece:

“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:

1° Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado;

2° Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;

3° Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada;

4° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal;

5° Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y

6° Cuando carezca de fundamento plausible.

Declarada la inadmisibilidad por resolución que deberá ser fundada, ésta será notificada a quien haya recurrido, al juez que conozca de la gestión judicial pendiente y a las demás partes que intervengan en ella, y el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.

La resolución que declare la admisibilidad o inadmisibilidad del requerimiento no será susceptible de recurso alguno.”;

5°. Que, examinado el requerimiento, esta Sala concluye que la acción constitucional deducida no cumple con la exigencia constitucional y legal transcrita para ser declarada admisible, en orden a que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución de la gestión en que incide;

6°. Que, en efecto, del estudio del requerimiento se desprende que – en síntesis– lo que busca la actora es que al contrato de salud que celebró con la Isapre en febrero de 2005 no le puedan empecer las modificaciones introducidas por la ley N° 20.015 a la Ley N° 18.933 –conocida como Ley de Isapres–, cuestión que dice relación con la legislación aplicable



durante la vigencia de un contrato y que es de resorte exclusivo de los jueces del fondo.

7°. Que, a lo anterior, se agrega la circunstancia de que la actora solicita la inaplicabilidad del artículo 2 de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, que regula la entrada en vigencia de esta ley, pero en realidad sus alegaciones se dirigen en contra de una de las tantas modificaciones que esta ley introdujo en la Ley N<sup>º</sup> 18.933, en concreto, aquella contenida en la letra b) del N<sup>º</sup> 10 del artículo 1 de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, disposición que agregó en el artículo 33 de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 una nueva letra a bis), en cuya virtud se establecen una serie de reglas respecto de los planes de salud cerrados o con prestador preferente, una de las cuales permite a la Isapre adecuar el contrato de salud en caso de término del convenio entre esta última y el prestador institucional preferente o cerrado.

Precisamente, es respecto de esta última norma sobre la que se razona en el requerimiento interpuesto, de modo tal que la norma que se ha impugnado de inaplicabilidad –artículo 2 de la Ley N<sup>º</sup> 20.015– no es decisiva para la resolución del asunto *sub lite*, por lo que esta Magistratura deberá necesariamente declarar inadmisibile el requerimiento deducido.

A lo anterior cabe agregar que el contrato de salud suscrito entre la requirente y la Isapre con fecha 22 de febrero de 2005, cuya copia fue acompañada por la actora, contiene una cláusula que también permite a la Isapre, una vez cumplida la respectiva anualidad, adecuar el contrato en caso de término del convenio con el prestador preferente. De esta forma, se confirma que el asunto discutido en la gestión *sub lite* es de competencia de los jueces del fondo.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en los artículos 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política de la República y en el artículo 47 F, inciso primero, numeral 5°, y demás disposiciones pertinentes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**QUE SE DECLARA INADMISIBLE** el requerimiento deducido a fojas uno. Téngase por no presentado para todos los efectos legales. Déjese sin efecto la suspensión decretada a fojas 55.

**Se previene que el Ministro señor Mario Fernández Baeza concurre** a esta resolución sólo por el razonamiento expuesto en el considerando 5° de esta sentencia, en cuanto a que, en este caso concreto, el precepto legal puede no resultar decisivo en la resolución del asunto a partir de la exposición de razonamientos presentados en el requerimiento y no de la situación hipotética planteada en los considerandos 6° y 7° de esta resolución.

Notifíquese por carta certificada a la requirente y a la Isapre Colmena Golden Cross S.A.

Comuníquese por oficio a la Corte de Apelaciones de Santiago, que conoce de la gestión judicial pendiente.

Archívese.

**Rol N° 1.688-2010**

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor José Luis Cea Egaña, y por los Ministros señores Mario Fernández Baeza, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

**ROL N° 1.689-2010**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD  
POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38  
DE LA LEY N° 18.933 (EN LA PARTE EN QUE ALUDE A LA TABLA  
DEL FACTOR ETÁREO), VIGENTE CON ANTERIORIDAD  
A LA LEY N° 20.015; ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY N° 18.933 –  
INCORPORADO POR EL ARTÍCULO 1°, N° 15, DE LA LEY  
N° 20.015 EN JULIO DE 2005–; ARTÍCULO 2° DE LA MISMA LEY  
N° 20.015; Y ARTÍCULO 199 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY  
N° 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD,  
PRESENTADO POR CARLOS BATEK VALDÉS**

Santiago, trece de enero de dos mil once.

**VISTOS:**

Con fecha 16 de abril de 2010, Carlos Batek Valdés ha deducido acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los siguientes preceptos: artículo 38 de la Ley N° 18.933 (en la parte en que alude a la tabla del factor etéreo), vigente con anterioridad a la Ley N° 20.015; artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 –incorporado por el artículo 1° N° 15 de la Ley 20.015 en julio de 2005–; artículo 2° de la misma Ley N° 20.015; y

artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N<sup>º</sup> 1, de 2005, del Ministerio de Salud.

La gestión judicial en que incide la presente acción de inaplicabilidad está constituida por un reclamo por alza de precio del plan de salud deducido en contra de la Isapre Banmédica S.A. con fecha 24 de febrero de 2010 y que actualmente se encuentra pendiente ante el Tribunal Arbitral de la Superintendencia de Salud, bajo el Rol N<sup>º</sup> 3361-2010.

Consta en los antecedentes acompañados al expediente que el contrato de salud celebrado entre el requirente y la Isapre Banmédica S.A. fue suscrito el 8 de abril de 2008 (fs. 17).

En su requerimiento, el actor señala que, mediante carta de fecha 19 de enero de 2010, la Isapre le informó del incremento de su factor etéreo y del consiguiente aumento del precio de su plan de 2,69 a 3,158 unidades de fomento mensuales.

Sostiene el actor que los preceptos legales impugnados, al autorizar el aumento del precio del plan por el solo hecho de envejecer el afiliado, resultan, en su aplicación al caso concreto, contrarios a las garantías establecidas en los N<sup>OS</sup> 2<sup>º</sup>, 9<sup>º</sup>, 24<sup>º</sup> y 26<sup>º</sup> del artículo 19 de la Constitución Política.

Estima que la aplicación de la preceptiva legal cuestionada –que habilita y regula el alza unilateral de los precios de los planes de salud por edad y sexo– infringe la garantía constitucional de la igualdad ante la ley contenida en el numeral 2<sup>º</sup> del artículo 19 de la Carta Fundamental, al introducir diferencias arbitrarias entre las personas. En ese sentido señala que a pesar de que el contrato de salud es una modalidad de contrato de seguro, las alzas que establece la ley son el resultado de hechos involuntarios como la edad y el sexo. Con ello se introduce una diferencia arbitraria –que atentaría en contra de la igualdad y de la justicia– entre hombres y mujeres y entre viejos y jóvenes. Por otra parte, sostiene, pese a tener la naturaleza de un contrato de seguro, para efectos de establecer su precio se prescinde totalmente de exposiciones voluntarias al riesgo como fumar, beber y conducir de manera temeraria, entre otros.

Considera infringido, además, el derecho a la protección de la salud, asegurado por el artículo 19 de la Constitución en su numeral 9<sup>º</sup>, en la medida que su existencia es una concreción de la igualdad ante la ley, más aun teniendo en cuenta que su consagración en la norma fundamental tiene como ejes la libertad y la igualdad de acceso al sistema.

Señala que este derecho sólo será efectivo si las personas tienen la facultad de optar y de permanecer a lo largo del tiempo en el sistema que eligieron cuando eran jóvenes, sin que el paso de los años las obligue a salir del mismo por causa del aumento de los precios, que además se manifiestan en la época de cese de la vida laboral, cuando más necesaria es la protección, motivo por el cual la cantidad de personas mayores que se encuentran en el sistema privado de salud es cada vez más baja.

Afirma que la única forma para permanecer hoy en el sistema es aceptar los planes alternativos ofrecidos año a año en la carta de adecuación, renunciando a gran parte de los beneficios a cambio de un alza más moderada, lo que demuestra la perversión intrínseca del sistema.

Hace presente que, no obstante ser conocida la tabla de factores al momento de celebrarse el contrato, éste es sólo uno de los componentes del precio del plan y que el alza del mismo en los últimos años ha sido superior al 100%.

Indica que todo lo expuesto constituye una grave cortapisa al derecho a elegir un sistema de salud y permanecer en él, vulnerándose la garantía del libre e igualitario acceso a la protección de la salud establecida por la normativa constitucional.

Por otra parte, invoca como vulnerado el derecho de propiedad contenido en el numeral 24° del artículo 19 de la Carta Fundamental, en la medida que se paga un mayor precio por el plan de salud sin una contraprestación equivalente real y efectiva. En ese sentido señala que de manera indirecta se le priva del “derecho a hacer uso del sistema privado de salud”, que considera un bien incorporal, conjuntamente con los beneficios concretos del plan, todo lo cual se encuentra incorporado a su patrimonio.

Indica que el alza en una proporción superior a la depreciación de la moneda, con el objetivo de mantener las prestaciones, es una privación de parte del patrimonio y un verdadero castigo por envejecer.

Finalmente, señala como infringida la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales ya invocados, dado que se imponen condiciones inabordables para mantener sus prestaciones de salud.

Con fecha 27 de abril de 2010 la Segunda Sala admitió a trámite el requerimiento y suspendió el procedimiento de la gestión en que incide. Posteriormente, con fecha 1° de junio de 2010, la acción fue declarada admisible, notificándose a los órganos colegisladores y confiriéndose traslado a la Isapre requerida. Con fecha 22 del mismo mes de junio la Isapre evacuó el traslado solicitando el rechazo del requerimiento por no ser las normas impugnadas contrarias a la Constitución.

La Isapre requerida argumenta que la “tabla de factores” no es arbitraria ni inconstitucional. Al respecto señala que el valor del plan complementario se obtiene en base a una ecuación, multiplicando su precio base por el factor correspondiente según la “tabla de ponderación” aplicable, que mide la incidencia de la condición específica del afiliado en el precio final, sea por edad, sexo o condición de carga.

Agrega que el legislador ha reconocido que el precio del plan de salud puede experimentar variaciones en el tiempo debido a elementos distintos del costo de la vida, entre los cuales se consagra expresamente la edad y el sexo. Lo anterior, señala, se justifica por el carácter indefinido

del contrato de salud, ya que la variación del valor permite lograr un equilibrio dentro del mismo. Por otra parte, indica, de acuerdo al artículo 170, letra n), del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, de 2005, del Ministerio de Salud, la tabla en cuestión no puede sufrir alteraciones a lo largo de la vigencia del plan. Añade que la tabla de factores constituye una protección para los afiliados, ya que es una fórmula basada en datos objetivos (como son el sexo y la edad), determinada y conocida con antelación por los contratantes.

Argumenta que no hay discriminación arbitraria, pues quienes se encuentran en la misma situación son tratados de igual forma, en un marco de certeza justificado técnicamente.

Por otra parte, argumenta que el acceso a las prestaciones de salud y la libertad de elección no implican gratuidad o que el propio afiliado determine los costos. Alega además que no se produce el efecto de dejar sin coberturas a los requirientes ni tampoco se les expulsa del sistema privado de salud. Reitera que sólo hay un ajuste de los riesgos en función de los precios cobrados y que si una persona no puede pagar su permanencia en el sistema privado, para eso existe la cobertura de FONASA.

En cuanto a la supuesta vulneración del derecho de propiedad, señala que hay que recalcar que se está en presencia de un contrato de seguro y del pago de una prima por transferir el riesgo, mas no de una cuenta de capitalización individual que permita ahorrar y recuperar recursos, que además fueron usados por la ISAPRE en otros usuarios, en función de una administración compensada del riesgo respecto del conjunto de afiliados, a quienes también se debe responder. Por otra parte, señala, el alza del precio del plan no tiene relación con las normas impugnadas sino con lo pactado por las partes en el contrato que fue conocido y aceptado por el afiliado. Agrega que el contrato está protegido constitucionalmente a favor de su representada y que se le quiere negar su fuerza obligatoria.

Finalmente y reiterando lo ya expuesto, señala que no se vulnera la esencia de los derechos de la parte requirente, pues los mismos no son de carácter ilimitado.

Por todo lo anterior solicita que se rechace el requerimiento interpuesto.

Se ordenó traer los autos en relación y en audiencia de fecha 9 de noviembre de 2010 se procedió a la vista de la causa en forma conjunta con las causas roles N<sup>OS</sup> 1.616 y 1.617.

#### CONSIDERANDO:

**PRIMERO.** Que, conforme con el artículo 93, incisos primero, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, y decimoprimeros de la Constitución Política de la República, según se señala en la parte expositiva de esta sentencia, en la acción deducida en autos se solicita inaplicar –en lo pertinente– los artículos 38 de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N<sup>º</sup> 20.015; 38 ter de la Ley N<sup>º</sup>

18.933; 2° de la Ley N° 20.015 y 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Salud, del año 2005, porque su aplicación al caso específico de que se trata, resultaría contraria a los reseñados derechos reconocidos por la Constitución;

**SEGUNDO.** Que, de acuerdo con la fecha en que se celebró el contrato de salud previsional entre el requirente y la antes individualizada Isapre –abril de 2008–, cabe descartar la aplicación del artículo 38 de la Ley N° 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N° 20.015 (es decir, antes de julio de 2005), de modo que se rechazará la presente impugnación en la parte que cuestiona tal precepto.

Igualmente, procede desestimar la acción en la parte que impugna el artículo 2° de la Ley N° 20.015, ya que dicho precepto legal se limita a regular la transitoriedad de las situaciones contractuales anteriores y posteriores al año 2005. Esa norma no establece regulación sustantiva alguna sobre los contratos de salud, sino que sólo determina los efectos en el tiempo de la Ley N° 20.015, ya que precisa cómo deben adaptarse a sus disposiciones los contratos vigentes a julio de 2005;

**TERCERO.** Que, siéndole aplicables al caso de autos las reglas sobre alzas establecidas en los N°s 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que corresponde también al artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, se acogerá el requerimiento formulado a este respecto, justamente porque su aplicación al caso específico de que se trata contraviene la Constitución.

Lo anterior, en consideración a lo ya expresado por esta Magistratura en su sentencia de 6 de agosto de 2010 (STC Rol N° 1.710), donde se declararon inconstitucionales los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del referido precepto legal, y a lo reflexionado extensamente en su jurisprudencia posterior, especialmente en su sentencia de 28 de octubre de 2010 (STC Rol N° 1.552), cuyos criterios se dan por reproducidos y no pueden sino reiterarse en esta oportunidad;

**CUARTO.** Que, así las cosas, en procura de hacer eficaz lo resuelto en la mencionada sentencia de inconstitucionalidad y a fin de evitar cualquier posibilidad de que la norma legal objetada pueda, eventualmente, aplicarse por los tribunales que conocen de la gestión pendiente y que, al hacerlo, se vulnere la Constitución, el presente recurso de inaplicabilidad será acogido;

**QUINTO.** Que, sin que se lastime ningún principio fundamental de nuestro sistema jurídico, motivos de racionalidad procesal y oportunidad de decisión hacen aconsejable que, tratándose de la resolución de un asunto controvertido que, por sus antecedentes fácticos, por la calidad de las partes involucradas, por las disposiciones constitucionales en juego y, en fin, por la médula de las pretensiones encontradas que configuran el conflicto constitucional, es, en sustancia, el mismo que se ha resuelto en

procesos anteriores y recientes, se omita la reiteración, en cada caso, de extensos y complejos razonamientos que, en definitiva, no serán sustancialmente distintos a los anteriormente invocados, en circunstancias que, por la amplia publicidad de las sentencias y la estabilidad de la jurisprudencia, es posible remitirse a ella sin que se justifique reproducir, en cada caso, toda la argumentación

**Y TENIENDO, ADEMÁS, PRESENTE** lo prescrito en los artículos 6<sup>º</sup> y 7<sup>º</sup> de la Carta Fundamental, así como las disposiciones pertinentes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS UNO, sólo en cuanto se declara la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, correspondiente al artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N<sup>º</sup> 1, de 2005, del Ministerio de Salud.** Se deja sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 19. Oficiese al respecto a la Superintendencia de Salud.

**Se previene que la Ministra señora Marisol Peña Torres** concurre a la decisión de acoger el requerimiento, pero en base a las siguientes consideraciones:

1<sup>º</sup>. Que, tal como se indica en la parte expositiva, el requirente, señor Carlos Batek Valdés, suscribió un contrato de salud con la Isapre Banmédica S.A., en abril del año 2008. Mediante carta de 19 de enero de 2010, ésta le informó al cotizante que correspondía actualizar el factor etáreo de su contrato de salud vigente, reajustándose por este concepto el precio del mismo. Fue la variación del rango de edad del requirente lo que motivó el cambio del valor del índice o factor de riesgo de su plan. En este contexto, al cumplir el requirente los 70 años de edad, el factor respectivo se eleva desde 3,20 a 3,80. Así, el costo total del plan del afiliado cambia de 2,81 a 3,27 unidades de fomento mensuales.

Éstas son las razones fundamentales que motivaron la interposición de la respectiva reclamación ante la Superintendencia de Salud, el 24 de febrero del 2010, constituyendo la gestión pendiente en la que se solicita inaplicar el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, que corresponde al artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N<sup>º</sup> 1, de 2005, del Ministerio de Salud;

2<sup>º</sup>. Que la sentencia de este Tribunal que pronunció la inconstitucionalidad de cuatro numerales del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 fue dictada el 6 de agosto de 2010, entendiéndose derogada aquella parte del precepto legal indicado desde la publicación de dicha

sentencia en el Diario Oficial, lo que ocurrió el 9 de agosto de ese mismo año por aplicación de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 94 de la Carta Fundamental;

3°. Que la disposición constitucional recién mencionada señala expresamente: “(...) *el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo.*” (El subrayado es nuestro). Cabe entender, entonces que, por expresa disposición constitucional, la sentencia que pronuncia la inconstitucionalidad de un precepto legal no puede hacerse extensiva a situaciones que tienen su origen en situaciones anteriores a su publicación en el Diario Oficial, pues ello implicaría violentar la voluntad del Constituyente que optó por otorgarle efectos *ex nunc* a dicha sentencia y no efectos *ex tunc* como ocurre con otros ordenamientos normativos en el Derecho Comparado;

4°. Que el problema a determinar, en relación con el caso concreto que en esta oportunidad se decide, es si el efecto no retroactivo de las sentencias de inconstitucionalidad – a que alude el inciso tercero del artículo 94 de la Carta Fundamental– es de carácter absoluto o puede matizarse en algunos casos sin violentar la voluntad del Constituyente;

5°. Que, sobre este punto, conviene recordar que el propio creador de la jurisdicción constitucional concentrada, el jurista Hans Kelsen sostenía que “*sería conveniente en interés de la propia seguridad jurídica, no atribuir, en principio, ningún efecto retroactivo a la anulación de normas generales. Al menos dejar subsistir todos los actos jurídicos anteriormente realizados con base a la norma en cuestión. Pero ese interés no existe cuando los hechos anteriores a la anulación no han sido todavía objeto –al momento en que la anulación se produce– de ninguna decisión de autoridad pública, los cuales si se evitara todo efecto retroactivo a la resolución de anulación, deberían ser juzgados en virtud de que la norma general es anulada pro futuro, esto es, para los hechos posteriores a su anulación– de acuerdo con la norma anulada (...).*” (“La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”. Traducción de Rolando Tamayo Salmorán revisada por Domingo García Belaúnde. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 10, julio-diciembre 2008, p. 25);

6°. Que si bien el Constituyente del año 2005 optó por conferir un efecto “derogatorio” y no “anulatorio” a la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal –lo que naturalmente no tiene el mismo alcance–, la doctrina especializada ha estimado que la regla constitucional que contempla el efecto no retroactivo de la aludida declaración parece excesivamente rígida, ya que en algunos casos excepcionales se puede requerir que la sentencia pueda generar efectos *ex tunc* (Nogueira Alcalá, Humberto. “El control represivo concreto y abstracto de inconstitucio-



nalidad de leyes en la reforma constitucional 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias.” En: Francisco Zúñiga (Coord.). Reforma constitucional. Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 615);

7°. Que, en ese sentido, durante la discusión de la reforma constitucional del año 2005, el senador Alberto Espina promovió una indicación tendiente a agregar al entonces inciso tercero del artículo 83 (hoy 94) de la Constitución, la siguiente oración: “*La declaración de inconstitucionalidad no operará con efecto retroactivo respecto de todas aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada.*” (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 8 de marzo de 2003);

8°. Que, por su parte, el Subsecretario del Interior, Jorge Correa Sutil, acotaba, respecto de este punto que: “*la indicación 269 (del Ejecutivo), si bien intenta reafirmar la validez de aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada antes de una declaración de inconstitucionalidad, no impide que se susciten dudas en relación a actos, negocios, contratos y otros instrumentos suscritos con anterioridad a dicha declaración.*” (El subrayado es nuestro).

Por su parte, en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se estimó conveniente dejar expresa constancia de que los fallos del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional un precepto legal producen efectos desde su publicación en el Diario Oficial y “*en ningún caso en forma retroactiva*”. (El subrayado es nuestro). (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 8 de marzo de 2003).

De esta forma, al rechazarse las indicaciones que tendían a matizar el efecto no retroactivo de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de un precepto legal, sólo cabe concluir que el Tribunal Constitucional no está autorizado por la Ley Suprema para atribuirles dicho efecto;

9°. Que, así, y en lo que a la resolución de este conflicto de constitucionalidad atañe, no cabe, a juicio de esta previniente, retrotraer los efectos de la sentencia recaída en el Rol N<sup>º</sup> 1.710 a un contrato celebrado con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial, con mayor razón cuando el conflicto sometido a esta Magistratura se ha originado en un alza en el precio del plan de salud basado en la aplicación de la tabla de factores incorporada a ese contrato, que se ha reclamado, también, con anterioridad a la fecha de publicación de dicha sentencia en el Diario Oficial;

10°. Que, con todo, distinta es la necesidad que asiste a este Tribunal de examinar si el precepto legal impugnado en estos autos –el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933– que corresponde al artículo 199 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, de 2005, del Ministerio de Salud– puede recibir aplicación en la recla-

mación que sustancia la Superintendencia de Salud bajo el rol de ingreso Nº 3361-2010 teniendo presente que, al momento de su interposición, dicho precepto legal no se encontraba derogado y que, además, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2º de la Ley Nº 20.015, “los contratos de salud previsional que se celebren con posterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley deberán ajustarse a ella.”;

**11º.** Que, en esa línea de razonamiento debe recordarse la jurisprudencia de esta Magistratura, en el sentido que basta que el precepto legal impugnado tenga la posibilidad de aplicarse en la gestión pendiente de que se trata –y, eventualmente, de forma inconstitucional– para que este Tribunal deba entrar a pronunciarse sobre su inaplicabilidad.

Se ha sostenido, en efecto, que “(...) para fundar una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es suficiente que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto, correspondiendo al Tribunal únicamente verificar la posibilidad de que el precepto legal sea aplicado a un caso, para quedar obligado a pronunciarse sobre la acción deducida, y que la acción de inaplicabilidad es un medio de accionar en contra de la aplicación de normas legales determinadas contenidas en una gestión judicial y que puedan resultar derecho aplicable (STC roles N<sup>os</sup> 501, 505, 790, y 943, entre otros).” (STC Rol Nº 1.295, c. cuadragesimosegundo);

**12º.** Que, desde este punto de vista, el requirente sostiene, en su libelo, que “siendo una de las razones que motiva la solicitud de dejar sin efecto alza de precio por aplicación de tabla de factores de edad y sexo interpuesto ante la Superintendencia de Salud, precisamente la arbitrariedad que supone el ostensible e inexorable aumento de precio de los planes de salud a medida que las personas envejecen, de la simple lectura de los textos transcritos se desprende que las normas impugnadas resultan directamente aplicables para resolver la cuestión debatida en dicha gestión pendiente.” (Página 4 del requerimiento).

Por su parte, la carta de adecuación dirigida por la Isapre Banmédica S.A., al requirente, de fecha 19 de enero de 2010, y que rola a fojas 14 de estos autos, precisa que: “En su caso la(s) persona(s) que tiene(n) variación en el rango de edad es (son) la(s) siguiente(s): CARLOS BATEK VALDES, cambió del factor 3.20 al factor 3.80” (El subrayado es nuestro);

**13º.** Que, así, la acción de inaplicabilidad deducida en esta oportunidad se funda en el hecho de que, de aplicarse por la Superintendencia de Salud, el artículo 38 ter de la Ley Nº 18.933 que corresponde al artículo 199 del D.F.L. Nº 1, de 2005, del Ministerio de Salud, para fallar la reclamación deducida por don Carlos Batek Valdés, se producirá una vulneración de los derechos asegurados en los numerales 2º (igualdad ante la ley); 9º (derecho a la protección de la salud); 24º (derecho de propiedad) y 26º (protección a la esencia de los derechos) del artículo 19 de la Constitución Política. Entonces, la sola posibilidad de que dicha aplicación produzca un resultado contrario a la Constitución es suficien-

te para que, conforme a su jurisprudencia reiterada, este Tribunal deba decidir su inaplicabilidad a la luz de las circunstancias propias del control concreto que ella supone;

**14°.** Que de conformidad a lo previsto en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6° de la Carta Fundamental, el Tribunal Constitucional debe decidir la inaplicabilidad de un precepto legal *“cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”* (El subrayado es nuestro). De ello se deduce que lo que puede resultar contrario a la Carta Fundamental es la aplicación que un determinado precepto legal recibirá en una gestión judicial concreta, a la luz de las particulares circunstancias que la rodean. Sólo así puede comprenderse por qué, en la jurisprudencia de esta Magistratura un mismo precepto legal, en algunos casos, ha sido declarado inaplicable y en otros, no (artículo 299, N<sup>º</sup> 3°, del Código de Justicia Militar);

**15°.** Que, sobre la base explicada, y para decidir el conflicto de constitucionalidad que ha de resolverse en esta oportunidad debe considerarse que esta Magistratura ha acogido, en reiteradas oportunidades, acciones de inaplicabilidad referidas al artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, que es la misma norma impugnada en esta ocasión. De hecho, y antes de pronunciarse la inconstitucionalidad de dicha norma, con efectos *erga omnes*, decidió la inaplicabilidad de dicho precepto legal en los roles N<sup>OS</sup> 976, 1.218, 1.287 y 1.273;

**16°.** Que, como esta Ministra previniente señaló en su voto particular recaído en la sentencia Rol N<sup>º</sup> 1.710, tales acciones de inaplicabilidad se dedujeron teniendo como gestión pendiente, sendos recursos de protección deducidos ante Cortes de Apelaciones, reclamando de la ilegalidad y arbitrariedad en que había incurrido la Isapre respectiva, al subir, unilateralmente, el precio del plan de salud por aplicación de la tabla de factores contenida en el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 introducido por la Ley N<sup>º</sup> 20.015. Ello coincide con el fundamento del recurso de protección que constituye la gestión pendiente en el presente requerimiento de inaplicabilidad.

Pero, además, en aquel voto particular, se precisó que *“las referidas acciones de inaplicabilidad fueron deducidas por personas afiliadas a diversas Instituciones de Salud Previsional (Isapres), quienes fueron notificadas, mediante la respectiva carta de adecuación de un alza en el precio de su plan de salud como consecuencia de la modificación experimentada en el valor de éste, no en su precio base, sino que en la aplicación de la tabla de factores a que alude el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, en base a los factores de edad y sexo, respectivamente.”* Se indicó, también, que *“los diversos requirentes de inaplicabilidad, en cada uno de esos procesos, fueron personas de 60 años de edad o más.”* (c. decimosexto).

Finalmente, se sostuvo, siguiendo la jurisprudencia previa del Tribunal, que *“la introducción de factores como el sexo y la edad, así como la diferencia*

*de tramos en aplicación de esos criterios, en cuanto modalidades de estructuración de una tabla de factores (...) no son, en sí mismas, arbitrarias o carentes de razonabilidad, en la medida que se basan en la consideración de factores objetivos y fácilmente comprobables, como la mayor demanda de prestaciones de salud por parte de la mujer en edad fértil o de las personas mayores de 60 años de edad.”*

*“Distinto es lo relativo a la forma cómo se aplica la tabla de factores, sin considerar la vulnerabilidad que, en determinadas etapas de la vida, afecta a ciertas personas. Un aumento indiscriminado de los precios de los planes de salud respecto de ellas, ciertamente, podría lesionar los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social cuando no se consideran mecanismos de solidaridad que permitan soportar dichas alzas sin discontinuar el acceso a las prestaciones de salud.”* (c. trigésimoquinto);

**17°.** Que las declaraciones previas de inaplicabilidad recaídas en los roles N<sup>os</sup> 976, 1.218, 1.287 y 1.273 identifican la postura de esta Ministra previniente sobre la base de constatarse que la vulneración, en cada una de las gestiones judiciales pendientes, de los derechos constitucionales mencionados se producía porque el alza en el precio del respectivo plan de salud, como consecuencia de la aplicación de la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la Ley N<sup>o</sup> 18.933, se producía considerando los factores edad y sexo a que ella alude, de forma que personas que objetivamente se encontraban en condiciones de particular vulnerabilidad, no sólo por su edad, sino por su condición de “cotizantes cautivos”, eran discriminadas y desprotegidas desde el punto de vista de la seguridad social, haciendo además ilusorio su derecho a elegir el sistema de salud al que habían decidido estar adscritas;

**18°.** Que un razonamiento congruente con tal juicio y que además resulte acorde a la naturaleza propia de un control concreto como el que importa la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad exige examinar si, en la especie, se dan condiciones similares a las que motivaron la decisión de esta magistrada en las sentencias previas de inaplicabilidad a que se ha hecho referencia;

**19°.** Que, en tal sentido, de los antecedentes acompañados a este proceso constitucional y, especialmente, de la carta de adecuación remitida por Isapre Banmédica S.A. al requirente, en enero de 2010, se desprende que el alza en el precio del plan de salud del señor Carlos Batek Valdés se produjo por el cambio de su factor etéreo, desde 3,20 a 3,80, por ingresar al tramo que va desde los 70 a los 75 años de edad;

**20°.** Que, tal y como se razonó en la sentencia recaída en Rol N<sup>o</sup> 1.273, la aplicación del artículo 38 ter de la Ley N<sup>o</sup> 18.933 producirá un resultado contrario a la Constitución, en la especie, por las siguientes razones:

1. Porque la evolución del factor edad consultado en la respectiva tabla de factores, incorporada al contrato de salud suscrito entre don

Carlos Batek Valdés e Isapre Banmédica S.A., como consecuencia de haber cambiado de tramo el requirente, implica que no se ha respetado la proporcionalidad de las prestaciones derivadas de un contrato que, por exigencias de orden público, debe tender a maximizar el goce de las prestaciones de salud, impidiendo a los respectivos cotizantes mantener el régimen privado de atención al que habían deseado acogerse. Esta situación reviste particular preocupación cuando se trata de un afiliado a quien se eleva significativamente el precio de su plan de salud, por el hecho de cumplir 70 años de edad, esto es, precisamente cuando accede a una situación de mayor vulnerabilidad, desde el punto de vista de la salud. Si el respectivo afiliado no puede seguir pagando el nuevo costo del plan, quedaría obligado a abandonar –junto a su grupo familiar– el sistema privado de salud para incorporarse, obligadamente, al equivalente público vulnerándose su derecho a elegir el sistema de salud al que desea acogerse, de acuerdo con lo que le asegura el numeral 9° del artículo 19 de la Constitución (cc. sexagesimosexto y sexagesimoséptimo);

2. Porque la existencia de reajustes periódicos del precio del plan de salud previsional sólo por el aumento de edad, independientemente de la iniquidad de su cuantía, por estar expresada en múltiplos del precio base, resulta inconciliable con el derecho a la seguridad social, garantizado en el numeral 18° del artículo 19 de la Ley Suprema, puesto que resulta incompatible con los propósitos que persiguen las instituciones de seguridad social –entre las que se encontraría el contrato de salud previsional– en el sentido de impedir que la desprotección frente a los estados de necesidad aumente en la misma medida en que aumentan los años de vida (cc. septuagesimooctavo y octagésimo).

En este sentido, no debe olvidarse que la sentencia recaída en el Rol N<sup>º</sup> 976 afirmó:

*“Que el deber de los particulares y de las instituciones privadas de respetar y promover el ejercicio de los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana en cuanto a su existencia y exigibilidad, se torna patente respecto de aquellos sujetos a los cuales la Constitución, como manifestación del principio de subsidiariedad, les ha reconocido y asegurado la facultad de participar en el proceso que infunde eficacia a los derechos que ella garantiza. Tal es exactamente lo que sucede con las Instituciones de Salud Previsional, en relación con el derecho de sus afiliados a gozar de las acciones destinadas a la protección de la salud, consagrado en el artículo 19, N<sup>º</sup> 9, de la Constitución.”* (c. trigesimosexto).

*“Que, sin duda, las instituciones aludidas tienen también asegurados sus derechos en la Carta Política, pero, con idéntica certeza, ha de afirmarse que ellos se encuentran sometidos a los deberes correlativos, de los cuales resulta menester realizar aquí su contribución al bien común, haciendo cuanto esté a su alcance, dentro del ordenamiento jurídico, por materializar el goce del derecho a la protección de la salud (...).”* (c. trigesimoséptimo);

21°. Que las circunstancias particulares que rodean la situación de don Carlos Batek Valdés demuestran que el cotizante no goza de la libertad indispensable para trasladarse a otra institución de salud previsional. Con mayor razón, cuando, en razón de su edad, es posible sostener que se trata de un cotizante “cautivo”, en los términos definidos por el artículo 170, letra i) del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, esto es, de *“aquel cotizante cuya voluntad se ve seriamente afectada, por razones de edad, sexo o por la ocurrencia de antecedentes de salud, sea de él o de algunos de sus beneficiarios, y que le impida o restrinja, significativa o definitivamente, su posibilidad de contratar con otra Institución de Salud Previsional.”*;

22°. Que los razonamientos consignados precedentemente son suficientes, a juicio de esta juez previniente, para acoger el requerimiento de inaplicabilidad deducido por don Carlos Batek Valdés, en forma congruente con la jurisprudencia previa del Tribunal Constitucional y sin brindarle efecto retroactivo a la sentencia recaída en el Rol N° 1.710, por prohibirlo expresamente la Carta Fundamental.

**Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán** no comparte los considerandos tercero y cuarto y tiene adicionalmente presentes las siguientes motivaciones:

1°. Que, con fecha 6 de agosto de 2010, esta Magistratura señaló, en los autos de inconstitucionalidad Rol N° 1.710, que **“los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 son inconstitucionales”**. Como se sabe, dicho precepto decía relación con la circunstancia de que cada rango de edad que fijare la Superintendencia en sus instrucciones se debía sujetar a las siguientes reglas *“1. El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad; 2. Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años; 3. La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan; 4. La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo.”*;

2°. Que en dicha sentencia se sostuvo que *“como corolario del análisis efectuado, este Tribunal ha logrado convicción en cuanto a que los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 no cumplen los supuestos descritos en el considerando precedente y, por consiguiente, son incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, y lesionan, asimismo, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, en el sentido que todos ellos se encuentran reconocidos y asegurados en nuestra Carta Fundamental”* (c. centesimocuatrecientoscuarenta y cuatro). Por lo mismo se dejó constancia de que *“esta Magistratura estima necesario, además, hacer presente que la determinación de la estructura de las tablas de fac-*

tores y la fijación de los factores de cada una de ellas **deberán ajustarse** a lo que establezcan, en uso de sus facultades, los órganos colegisladores para dar cabal cumplimiento a lo resuelto en este fallo” (c. centesimosexagesimotercero). Se trata de un llamado al legislador futuro;

3°. Que en más de un centenar de pronunciamientos (STC roles N<sup>OS</sup> 742, 757, 761, 837, 845, 847 a 874, 876, 878, 879, 880, 882 a 942, 949 a 962, 971, 973, 974, 975 y 978, entre otros) esta Magistratura sostuvo la improcedencia de las acciones de inaplicabilidad presentadas respecto de un precepto declarado íntegramente inconstitucional. Fundó lo anterior en atención a que *“no le corresponde pronunciarse sobre un requerimiento recaído sobre preceptos legales que no tienen carácter de tales por encontrarse derogados a la fecha en que éste fue presentado”*. Se hicieron presentes los efectos derogatorios de la declaración, entendiéndose que por lo mismo la sentencia sólo produce consecuencias a futuro, entendiéndose por tales *“las situaciones que ocurran con posterioridad a su publicación en el Diario Oficial”*. De forma tal que carecería de *“facultades para declarar la inaplicabilidad de un precepto legal que no tiene existencia constitucional y que, además y a mayor abundamiento, como su principal consecuencia, ya no puede tener efecto alguno en la decisión del fondo de la materia en litis”*. Sin embargo, este previniente concurrió a dicha decisión en el entendido que el conflicto constitucional no resultaba factible al haber dejado de existir el precepto legal en cuestión, presupuesto básico de la inaplicabilidad, razón por la cual el precepto legal no podía aplicarse a partir de dicha decisión;

4°. Que en estos autos se ha acogido la acción de inaplicabilidad, remitiéndose en el considerando tercero a lo resuelto en los autos Rol N<sup>º</sup> 1.552. En esta última decisión esta Magistratura hizo presente que la sentencia de inconstitucionalidad *“ha venido a afectar la totalidad de los contratos de salud en curso al 9 de agosto, donde fueron incorporadas las reglas sobre alzas que prevían los N<sup>OS</sup> 1 a 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, puesto que –a contar de esa data– tales reglas perdieron validez general y, por tanto, no pueden seguir aplicándose”*. De modo tal que no resulta posible *“que un precepto invalidado por esta Magistratura (...) pueda seguir rigiendo hacia el futuro bajo la premisa de haberse encontrado vigente al momento de perfeccionarse la antedicha relación contractual”*; concluyéndose que los contratos de salud a partir de la fecha de la sentencia no pueden estar afectos a lo dispuesto en el precepto legal declarado inconstitucional y por lo mismo *“no tiene dicho precepto efecto ultractivo por el hecho de que se hallara vigente al momento de perfeccionarse las mencionadas convenciones”*;

5°. Que, como lo señaló este previniente en todas las causas a que alude el considerando tercero de este voto, de conformidad a lo establecido en el artículo 94 de la Constitución Política de la República, inciso tercero, el precepto legal declarado inconstitucional, en este caso los números 1 a 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, *“se entenderá*

*derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”;*

6°. Que en cuanto a los antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento de la disposición, es del caso reiterar la discusión suscitada en torno a la controversia, a objeto de precisar el propósito del constituyente;

7°. Que, en primer trámite constitucional, en el Senado, se consagra-ba que la norma legal que fuera declarada inconstitucional “*se entenderá derogada desde dicha publicación*”. En la Comisión de Constitución, Legis-lación, Justicia y Reglamento del Senado, el Senador señor Espina pro-puso una disposición según la cual “*la declaración de inconstitucionalidad **no operará con efecto retroactivo** respecto de todas aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada*”. Sobre el punto el Subsecretario del Interior de la época, señor Jorge Correa Sutil, opinó que, “*si bien intenta reafirmar la validez de aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada antes de una declaración de inconstitucionalidad, no impide que se susciten dudas en relación a actos, negocios, contratos y otros instrumentos suscritos con anterioridad a dicha declaración*”. Por su parte, el senador Lar-raín consideró innecesaria esta indicación pues “*las proposiciones que ella contiene son igualmente aplicables en virtud de los principios generales de derecho en esta materia, que son de común e indubitada aplicación en nuestro medio*”. Del mismo modo, los senadores Moreno y Silva Cimma “*coincidieron en cuanto a que **tales disposiciones serían innecesarias***”. Así las cosas, se dejó expresa constancia en relación a que “*los fallos del Tribunal Constitucional que decla-ran inconstitucional un precepto legal producen efectos desde su publicación en el Diario Oficial y, en caso alguno, en forma retroactiva*”;

8°. Que, en segundo trámite, en la Cámara de Diputados también se discutió acerca del alcance de la inconstitucionalidad. Así, en sesión de 23 de marzo de 2005, la diputada señora Guzmán destacó la relevancia de la inconstitucionalidad, como una “*forma más consistente para asegurar la igualdad ante la ley*”. Por su parte, el diputado señor Bustos señaló la conveniencia de “*establecer un recurso de inconstitucionalidad en que la disposi-ción quede erga omnes como tal y, por lo tanto, **inválida** jurídicamente*”. El texto aprobado en segundo trámite establecía que el precepto legal declarado inconstitucional quedaría sin efecto “*de pleno derecho*”;

9°. Que, con posterioridad, en la Comisión de Constitución, Legisla-ción, Justicia y Reglamento del Senado se hicieron presentes ciertas du-das que se suscitaban en lo concerniente al momento a partir del cual el precepto declarado inconstitucional quedaba sin efecto, estimando que “*la redacción de esta norma **no debería admitir la posibilidad que las reso-luciones que el Tribunal Constitucional adopte en estos casos produzcan efectos retroactivos***”, solicitando al Ejecutivo recoger estas observaciones en el veto que el Presidente de la República podía formular;



10°. Que, por lo mismo, el efecto de las sentencias del Tribunal Constitucional fue materia de un veto presidencial, precisándose –en sus motivaciones– que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal “sólo tiene carácter **derogatorio** y, por ende, su declaración de inconstitucionalidad **no tiene efecto retroactivo**”. De modo tal que la disposición señala que el precepto declarado inconstitucional “se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoga el reclamo, la que **no producirá efecto retroactivo**”. En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se consignó que este veto correspondía a “ajustes que se han efectuado a diversos numerales del artículo 82”. Esta materia fue aprobada en la Sala sin discusión y por unanimidad. La Cámara de Diputados a su turno también lo aprobó, destacándose por los diputados Guzmán y Bustos la relevancia de la acción de inconstitucionalidad;

11°. Que sobre el punto la doctrina especializada ha señalado que la decisión del constituyente en cuanto al efecto derogatorio y no retroactivo, *ex nunc*, “es compleja y no exenta de críticas”, habida consideración de que ello “tiene enormes implicancias y se relaciona con juicios sentenciados conforme a preceptos legales declarados inconstitucionales; con procesos en marcha, y derechos, situaciones o posiciones adquiridas en dicho periodo conforme a un precepto legal inconstitucional”, incluso en materias tan relevantes como la penal; sin embargo, concluye, “la Constitución es categórica: **prohíbe aplicar efectos retroactivos a una sentencia de inconstitucionalidad**”. (Gastón Gómez Bernales, La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional, en Reforma Constitucional, 2005, página 683). Otro autor ha puntualizado, con motivo de la prohibición de efecto retroactivo de la sentencia de inconstitucionalidad, que la regla constitucional “parece excesivamente rígida, ya que en algunos casos excepcionales se puede requerir que la sentencia pueda generar efectos *ex tunc*. Un caso concreto donde parece razonable la aplicación de criterios *ex tunc* es cuando se impugna la inconstitucionalidad de un precepto legal por vicios de procedimiento o forma; declarada la inaplicabilidad en concreto y solicitada la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, parece difícil sostener que una norma que no pudo nacer constitucionalmente pueda considerarse válida e integrante del ordenamiento jurídico hasta el momento de la expulsión por fallo del Tribunal Constitucional; parece que en tal caso se justifican los efectos *ex tunc*, **dejando a salvo los derechos adquiridos y la cosa juzgada**”. (Humberto Nogueira Alcalá, El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad de las leyes en la reforma constitucional de 2005. De la competencia del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias, en La Constitución Reformada de 2005, páginas 444 y 445);

12°. Que de lo dicho se desprende que el propósito del constituyente fue evitar que la decisión de inconstitucionalidad pudiera tener efectos retroactivos, de forma tal de no alterar situaciones jurídicas consolidadas o

amparadas por sentencia o resolución que produzca efectos de cosa juzgada. Como señaló esta misma Magistratura, en los autos de inconstitucionalidad: “*de lo expresado anteriormente, debe concluirse que el artículo 94 de la Constitución, al referirse a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, y señalar que la norma declarada inconstitucional se entenderá derogada, alude a una especie de derogación sui generis, que debe distinguirse de la derogación efectuada por el legislador, toda vez que no responde a razones de mérito sino a la verificación de un vicio constitucional de orden público; por lo mismo, un efecto ultractivo de las normas derogadas es limitado y sólo opera para el futuro*” (c. vigesimoséptimo). De este modo, “*la sentencia que dicte el Tribunal Constitucional no puede afectar situaciones consolidadas, esto es, nacidas y concluidas bajo el imperio de la o las normas declaradas inconstitucionales*” (c. centesimosexagesimooctavo). En otras palabras, el hecho de que su sentencia carezca de efectos retroactivos significa que “*no afecta situaciones acaecidas ni actos realizados con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial*” (STC Rol N° 597, c. quinto);

13°. Que así las cosas, teniendo presente la circunstancia de que los numerales 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 han sido derogados como consecuencia de la sentencia dictada por este Tribunal, en conformidad a lo prescrito en el artículo 94 de la Constitución Política de la República, debe concluirse que la disposición no puede recibir aplicación en la causa *sub lite*, tal como se señaló en los autos Rol N° 685;

14°. Que, por último, a este Tribunal, como también lo ha señalado esta Magistratura, no le corresponde pronunciarse sobre la validez de los pactos contractuales suscritos con anterioridad a la publicación en el Diario Oficial de la sentencia de inconstitucionalidad, lo que es de resorte y competencia exclusiva del juez de la instancia (STC Rol N° 685, c. decimotercero). Por lo mismo, tal como lo comunicó este Tribunal frente a una consulta formulada por la Corte Suprema, en resolución de 17 de julio de 2007, “*la sentencia de inconstitucionalidad dictada por este organismo y a la que alude el oficio, no puede, ni pueden producir, ningún efecto respecto de la facultad privativa que tiene vuestra Excelencia para resolver, en ejercicio de su competencia, la causa sub lite*”. De igual forma como también le corresponderá a la judicatura ordinaria determinar si el precepto legal no resulta aplicable a la litis en atención a la fecha de suscripción de los contratos respectivos de salud, tal como lo han señalado este Tribunal (STC roles N°s 1.544, 1.644 y 1.646) y la propia Sala Constitucional de la Corte Suprema (Rol N° 7779-2008).

**El Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney concurre al fallo con la siguiente prevención:**

1°. Que, dado el carácter de legislador negativo del Tribunal Constitucional, las sentencias que establecen la inconstitucionalidad de un precepto legal sólo producen efectos constitutivos *erga omnes* y *ex nunc* o *pro*

*futuro* a partir de su publicación en el Diario Oficial, sin afectar situaciones consolidadas mediante contratos celebrados al amparo de la norma cuya inconstitucionalidad se declara;

2°. Que el tema de los efectos de tales sentencias en el tiempo fue ampliamente debatido durante la reforma a la Constitución efectuada el año 2005, cuando se introdujo la facultad contenida en el actual artículo 93, N<sup>º</sup> 7°, de la Constitución. En dicha ocasión, a sugerencia del Ministro Eugenio Valenzuela, se alcanzó consenso respecto a la necesidad de evitar incertidumbres del todo inconvenientes para el ordenamiento jurídico, especialmente en materia civil. Como consta en la historia fidedigna de dicha reforma, se estimó conveniente dejar expresa constancia en relación a que los fallos del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional un precepto legal producen efectos desde su publicación en el Diario Oficial y, en caso alguno, tienen efecto retroactivo (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Boletines N<sup>OS</sup> 2.526-07 y 2.534-07, p. 278);

3°. Que, lo anterior fue reforzado por el veto enviado por el Ejecutivo, el cual estableció que *“no obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”*, no dejando lugar a dudas sobre los alcances exclusivamente prospectivos de tales sentencias;

4°. Que, al efecto, se tuvo en consideración el ejemplo de otros países, como Italia, donde impera el principio de irretroactividad de las sentencias de inconstitucionalidad, sin que se vea lesionada o menoscabada la supremacía constitucional;

5°. Que, en consecuencia, una declaración de inconstitucionalidad por parte de esta Magistratura no puede afectar los derechos legalmente constituidos ni las situaciones consolidadas mediante contratos celebrados con anterioridad, tal como lo sostiene la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes;

6°. Que, por tanto, los procesos judiciales que se suscitaron antes de la sentencia de este Tribunal que declaró inconstitucional parte del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, sobre la aplicación de los contratos de salud válidamente celebrados con antelación a esa fecha, deben ser resueltos conforme a las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la sentencia de inconstitucionalidad de esta Magistratura;

7°. Que, por ende, corresponde acoger el presente recurso de inaplicabilidad por las razones de fondo que esta Magistratura ha señalado en numerosas oportunidades, pues, efectivamente, la posible aplicación del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, actual artículo 199 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, del Ministerio de Salud, de 2005, en el caso en cuestión provocaría efectos contrarios a la Constitución.

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben y las prevenciones, sus autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 1.689-2010**

Se certifica que el Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto concurrió al acuerdo y fallo, pero no firmó por encontrarse con permiso.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado. Autoriza la Secretaria del Tribunal, señora Marta de la Fuente Olguín.

**ROL N° 1.690-2010**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, 38 TER  
DE LA LEY N° 18.933, 2° DE LA LEY N° 20.015 Y 199 DEL D.F.L.  
N° 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, PRESENTADO POR  
EDWIN ARMANDO ROGER DIMTER BIANCHI**

Santiago, siete de diciembre de dos mil diez.

**VISTOS:**

Don Edwin Dimter Bianchi ha deducido acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 38 (en la parte en que alude a la tabla de factor etéreo) de la Ley N° 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N° 20.015; 38 ter de la Ley N° 18.933; 2° de la Ley N° 20.015 y 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Salud, del año 2005, en la causa sobre reclamo por alza de precio del plan de salud deducido en contra de la Isapre Banmédica S.A., actualmente pendiente ante el Tribunal Arbitral de la Superintendencia de Salud, bajo el Rol N° 2.400-2010.

El caso es que el requirente suscribió con la mencionada Isapre un plan de salud en junio del año 2009 y, mediante carta de enero de 2010, ésta le informó el cambio de tramo de edad y el consiguiente aumento del precio de su plan de salud, de 4,55 a 5,6 Unidades de Fomento mensuales.

Sostiene el actor que los preceptos legales impugnados, al autorizar el aumento del precio del plan por el solo hecho de envejecer el afiliado, resultan, en su aplicación al caso concreto, contrarios a las garantías establecidas en los N<sup>OS</sup> 2<sup>º</sup>, 9<sup>º</sup>, 24<sup>º</sup> y 26<sup>º</sup> del artículo 19 de la Constitución Política.

Sostiene, al efecto, que al autorizarse a las Isapres para ajustar los precios de los contratos de salud en relación con la edad y el sexo de los beneficiarios, las normas impugnadas establecen una diferencia entre los distintos grupos etáreos y entre hombres y mujeres, de modo que, para acceder al mismo beneficio, unos deben pagar más que otros. Esta diferencia, señala el requirente, es arbitraria, porque la edad y sexo son hechos involuntarios, a diferencia de otros que involucran una exposición voluntaria al riesgo, como los hábitos de fumar o beber en exceso. Además, que sería erróneo pensar que el aumento de edad vaya necesariamente aparejado a una mayor ocurrencia de enfermedades. En fin, que las normas impugnadas serían arbitrarias en un sentido ético, por atentar contra la justicia.

Agrega que los preceptos cuestionados suponen una fuerte cortapisa a la libertad de las personas para elegir y permanecer en el plan de salud por el que optaron al celebrar el contrato, siendo el fuerte y creciente aumento del precio una forma indirecta de obligarlos a salir del sistema privado, vulnerando así la garantía del libre e igualitario acceso a la protección de la salud y el derecho a elegir el sistema al que la persona desee acogerse, sea estatal o privado.

Repara que se infringe, además, el derecho de propiedad del actor, pues al exigirse una mayor cotización para mantener los mismos beneficios, junto con impedirle su derecho a hacer uso del sistema privado de salud así como de los beneficios que éste otorga, bienes que ya se encuentran incorporados a su patrimonio, en tanto es cotizante cautivo, se le estaría privando, además, injustamente de parte de dicho patrimonio, al no haber una contraprestación equiparable al aumento del precio.

Observa que las tablas de factores que contemplan los preceptos legales impugnados imponen como condición, requisito o tributo el aumento de la cotización mensual para permanecer en el sistema privado de salud y en el plan elegido, afectando así la esencia de las garantías constitucionales a que se ha aludido.

La Segunda Sala de este Tribunal, por resolución de 4 de mayo de 2010, admitió a tramitación el requerimiento y ordenó la suspensión del procedimiento en que incide y, por resolución de 8 de junio del mismo

año, lo declaró admisible. Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, esta acción constitucional fue puesta en conocimiento de los órganos constitucionales interesados y de la Isapre Banmédica.

Dentro de plazo, el abogado don Omar Matus de la Parra Sardá, en representación de la Isapre Banmédica, formula observaciones al requerimiento, solicitando que sea rechazado en todas sus partes.

Señala que las “tablas de factores” están incorporadas a la legislación relativa al sistema de salud, no de manera arbitraria, sino dentro del esquema adoptado por el legislador, que optó porque el valor que podían cobrar las Isapres se compusiera por la suma del precio de las Garantías Explícitas en Salud y del precio del Plan Complementario de Salud, correspondiendo este último al producto de multiplicar el Precio Base asignado al respectivo Plan –que representa los costos generales, según sus coberturas y beneficios– por el Factor de Ponderación que se aplica según la Tabla de Factores establecida por la Isapre e incorporada al plan que cada afiliado elige libremente –y que representa los costos específicos asociados a la persona que contrata, dados por elementos objetivos y conocidos del afiliado, como son la edad, el sexo y la condición de cotizante o carga.

Agrega que este diseño normativo supone el reconocimiento del legislador en orden a que el precio que se paga por un plan ha de sufrir variaciones en el tiempo para permitir el equilibrio económico que hace posible el funcionamiento de las Isapres, variaciones que se relacionan con el riesgo de salud que corresponde al afiliado, desde el momento que el contrato de salud previsional es un contrato de seguro y que la propia ley exige que se pacte de manera indefinida.

Sostiene, además, que no se producen las infracciones a las disposiciones constitucionales invocadas por el actor en este proceso, aduciendo que los preceptos legales impugnados:

1°. No vulneran la igualdad ante la ley ni son arbitrarios pues, a través del mecanismo objetivo de variación de precio recién señalado, precisamente se busca que se trate de igual modo a quienes se encuentran en la misma situación;

2°. No infringen el derecho a la protección de la salud, desde que éste no implica que el acceso del afiliado a las acciones para su protección, promoción y recuperación, como erradamente entendería el requirente, le sea permitido virtualmente sin costo o con el costo que él estime razonable, ya que ello haría imposible el funcionamiento de las Isapres, a lo que agrega que el propio sistema tiene prevista la posibilidad de que una persona no pueda pagar su permanencia en el sistema privado y para eso contempla la cobertura de FONASA;

3°. No afectan el derecho de propiedad ni los derechos que emanan del contrato de salud, pues el afiliado estaba en conocimiento del cambio del factor de ponderación desde el día mismo en que lo suscribió, y

4°. No vulneran la esencia de los derechos indicados, que el requirente entendería como ilimitados, sino, por el contrario, de manera lógica y coherente con el diseño institucional, regulan la manera en que dichos derechos pueden ser ejercidos.

Se ordenó traer los autos en relación y, en audiencia de fecha 2 de noviembre de 2010, se procedió a la vista de la causa, en forma conjunta con la vista de las causas roles N<sup>º</sup> 1.629 y N<sup>º</sup> 1.598, oyéndose la relación y el alegato del abogado Marcelo Segura Uauy, por el requirente, y

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.** Que, conforme con el artículo 93, incisos primero, N<sup>º</sup> 6°, y decimoprimer, de la Constitución Política de la República, según se señala en la parte expositiva de esta sentencia, en la acción deducida en autos se solicita inaplicar –en lo pertinente– los artículos 38 de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N<sup>º</sup> 20.015; 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933; 2° de la Ley N<sup>º</sup> 20.015 y 199 del Decreto con Fuerza de Ley N<sup>º</sup> 1, del Ministerio de Salud, del año 2005, porque su aplicación al caso concreto de que se trata resultaría contraria a los reseñados derechos asegurados por la Constitución;

**SEGUNDO.** Que, de acuerdo con la fecha en que se celebró el contrato de salud previsual entre el requirente y la antes individualizada Isapre, cabe descartar, a su respecto, la aplicación del artículo 38 de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N<sup>º</sup> 20.015, de modo que se rechazará desde luego la impugnación de autos dirigida en contra de tal precepto.

Igualmente, procede desestimar el cuestionamiento apuntado en la especie en contra del artículo 2° de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, precepto legal que se limita a regular la entrada en vigencia de esta ley, acaecida en el mes de julio del año 2005, y su forma de aplicación a los contratos de salud previsual que se celebren con posterioridad a ello, sin perjuicio de que, en su inciso final, hace también aplicable sus disposiciones en el evento de que el afiliado –con posterioridad a su entrada en vigencia– optare por aceptar un plan alternativo o contratare un nuevo plan, situación que no acontece respecto del requirente;

**TERCERO.** Que, siéndole aplicables al caso de autos las reglas sobre alzas establecidas en los N<sup>os</sup> 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, que corresponde también al artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N<sup>º</sup> 1, de 2005, del Ministerio de Salud, sí se acogerá el requerimiento formulado a este respecto, justamente porque su aplicación al caso específico de que se trata, contraviene la Constitución.

Lo anterior, en consideración a lo ya expresado por esta Magistratura en su sentencia de 6 de agosto de 2010 (STC Rol N<sup>º</sup> 1.710), donde se declararon inconstitucionales los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del

referido precepto legal, y a lo reflexionado extensamente en su jurisprudencia posterior, especialmente en su sentencia de 28 de octubre de 2010 (STC Rol N° 1.552), cuyos criterios se dan por reproducidos y no pueden sino reiterarse en esta oportunidad.

**Y TENIENDO, ADEMÁS, PRESENTE** lo preceptuado en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, así como las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS UNO.**

Dejase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 27. Oficiese.

**Se previene que la Ministra señora Marisol Peña Torres concurre** a la decisión y a sus fundamentos con excepción de lo afirmado en el considerando tercero que no comparte por las siguientes razones:

**1°.** Que, tal como ha razonado esta Ministra previniente en las sentencias recaídas en los autos roles N°s 1.626 y 1.657, la razón para acoger el presente requerimiento de inaplicabilidad no puede encontrarse en lo resuelto por este Tribunal en la sentencia Rol N° 1.710, que declaró la inconstitucionalidad de cuatro numerales del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933;

**2°.** Que, en efecto, la sentencia de este Tribunal que pronunció la inconstitucionalidad de cuatro numerales del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 fue dictada el 6 de agosto de 2010, entendiéndose derogada aquella parte del precepto legal indicado desde la publicación de dicha sentencia en el Diario Oficial, lo que ocurrió el 9 de agosto de ese mismo año por aplicación de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 94 de la Carta Fundamental;

**3°.** Que la disposición constitucional recién mencionada señala expresamente: “(...) el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo.” Cabe entender, entonces que, por expresa disposición constitucional, la sentencia que pronuncia la inconstitucionalidad de un precepto legal no puede hacerse extensiva a situaciones que tienen su origen en situaciones anteriores a su publicación en el Diario Oficial, pues ello implicaría violentar la voluntad del Constituyente que optó por otorgarle efectos *ex nunc* a dicha sentencia y no efectos *ex tunc* como ocurre con otros ordenamientos normativos en el Derecho Comparado;



4°. Que el problema a determinar, en relación con el caso concreto que en esta oportunidad se decide, es si el efecto no retroactivo de las sentencias de inconstitucionalidad –a que alude el inciso tercero del artículo 94 de la Carta Fundamental– es de carácter absoluto o puede matizarse en algunos casos sin violentar la voluntad del Constituyente;

5°. Que, sobre este punto, conviene recordar que el propio creador de la jurisdicción constitucional concentrada, el jurista Hans Kelsen sostenía que “*sería conveniente en interés de la propia seguridad jurídica, no atribuir, en principio, ningún efecto retroactivo a la anulación de normas generales. Al menos dejar subsistir todos los actos jurídicos anteriormente realizados con base a la norma en cuestión. Pero ese interés no existe cuando los hechos anteriores a la anulación no han sido todavía objeto –al momento en que la anulación se produce– de ninguna decisión de autoridad pública, los cuales si se evitara todo efecto retroactivo a la resolución de anulación, deberían ser juzgados en virtud de que la norma general es anulada pro futuro, esto es, para los hechos posteriores a su anulación– de acuerdo con la norma anulada (...).*” (“La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”. Traducción de Rolando Tamayo Salmorán revisada por Domingo García Belaúnde. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N<sup>º</sup> 10, julio-diciembre 2008, p. 25);

6°. Que si bien el Constituyente del año 2005 optó por conferir un efecto “derogatorio” y no “anulatorio” a la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal –lo que naturalmente no tiene el mismo alcance–, la doctrina especializada ha estimado que la regla constitucional que contempla el efecto no retroactivo de la aludida declaración parece excesivamente rígida, ya que en algunos casos excepcionales se puede requerir que la sentencia pueda generar efectos *ex tunc* (Nogueira Alcalá, Humberto. “El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias.” En: Francisco Zúñiga (Coord.). Reforma constitucional. Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 615);

7°. Que, en ese sentido, durante la discusión de la reforma constitucional del año 2005, el senador Alberto Espina promovió una indicación tendiente a agregar al entonces inciso tercero del artículo 83 (hoy 94) de la Constitución, la siguiente oración: “*La declaración de inconstitucionalidad no operará con efecto retroactivo respecto de todas aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada.*” (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 8 de marzo de 2003);

8°. Que, por su parte, el Subsecretario del Interior, Jorge Correa Sutil, acotaba, respecto de este punto que: “*la indicación 269 (del Ejecutivo), si bien intenta reafirmar la validez de aquellas gestiones en que haya recaído reso-*

*lución o sentencia ejecutoriada antes de una declaración de inconstitucionalidad, no impide que se susciten dudas en relación a actos, negocios, contratos y otros instrumentos suscritos con anterioridad a dicha declaración.”*

Por su parte, en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se estimó conveniente dejar expresa constancia de que los fallos del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional un precepto legal producen efectos desde su publicación en el Diario Oficial y “en ningún caso en forma retroactiva”. (El subrayado es nuestro). (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 8 de marzo de 2003).

De esta forma, al rechazarse las indicaciones que tendían a matizar el efecto no retroactivo de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de un precepto legal, sólo cabe concluir que el Tribunal Constitucional no está autorizado por la Ley Suprema para atribuirles dicho efecto;

**9°.** Que, así, y en lo que a la resolución de este conflicto de constitucionalidad atañe, no cabe, a juicio de esta previniente, retrotraer los efectos de la sentencia recaída en el Rol N° 1.710 a un contrato (del año 2009), celebrado con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial, con mayor razón cuando el conflicto sometido a esta Magistratura se ha originado en un alza en el precio del plan de salud basado en la aplicación de la tabla de factores incorporada a ese contrato, que se ha reclamado, también, con anterioridad (febrero de 2010) a la fecha de publicación de dicha sentencia en el Diario Oficial;

**10°.** Que, con todo, distinta es la necesidad que asiste a este Tribunal de examinar si el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 puede recibir aplicación en el recurso de protección que sustancia el Tribunal Arbitral de la Superintendencia de Salud, bajo el rol de ingreso N° 2.400-2010 teniendo presente que, al momento de su interposición, dicho precepto legal no se encontraba derogado y que, además, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2° de la Ley N° 20.015, *“los contratos de salud previsional que se celebren con posterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley deberán ajustarse a ella.”*;

**11°.** Que, en esa línea de razonamiento debe recordarse que, conforme a la jurisprudencia de esta Magistratura, *“(...) para fundar una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es suficiente que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto, correspondiendo al Tribunal únicamente verificar la posibilidad de que el precepto legal sea aplicado a un caso, para quedar obligado a pronunciarse sobre la acción deducida (...).”* (STC Rol N° 1.295, c. cuadragésimosegundo);

**12°.** Que, desde este punto de vista, la acción de inaplicabilidad deducida en esta oportunidad se funda en el hecho de que, de aplicarse por el Tribunal Arbitral de la Superintendencia de Salud, el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 o Ley de Isapres, para fallar el reclamo por alza del precio

en el plan de salud derivado de un contrato suscrito en el año 2009 por don Edwin Dimter Bianchi, se producirá una vulneración de los derechos asegurados en los numerales 2<sup>º</sup> (derecho a la igualdad ante la ley); 9<sup>º</sup> (derecho a la protección de la salud); 24<sup>º</sup> (derecho de propiedad) y 26<sup>º</sup> (protección a la esencia de los derechos) del artículo 19 de la Constitución Política. Entonces, la sola posibilidad de que dicha aplicación produzca un resultado contrario a la Constitución es suficiente para que, conforme a su jurisprudencia reiterada, este Tribunal deba decidir su inaplicabilidad a la luz de las circunstancias propias del control concreto que ella supone;

14<sup>º</sup>. Que, sobre la base explicada, y para decidir el conflicto de constitucionalidad que ha de resolverse en esta oportunidad debe considerarse que esta Magistratura ha acogido, en reiteradas oportunidades, acciones de inaplicabilidad referidas al artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, que es la misma norma impugnada en esta ocasión. De hecho, y antes de pronunciarse la inconstitucionalidad de dicha norma, con efectos erga omnes, decidió la inaplicabilidad de dicho precepto legal en los roles N<sup>OS</sup> 976, 1.218, 1.287 y 1.273;

15<sup>º</sup>. Que, como esta Ministra previniente señaló en su voto particular recaído en la sentencia Rol N<sup>º</sup> 1.710, tales acciones de inaplicabilidad se dedujeron teniendo como gestión pendiente, sendos recursos de protección deducidos ante Cortes de Apelaciones, reclamando de la ilegalidad y arbitrariedad en que había incurrido la Isapre respectiva, al subir, unilateralmente, el precio del plan de salud por aplicación de la tabla de factores contenida en el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 introducido por la Ley N<sup>º</sup> 20.015. Ello coincide con el fundamento del reclamo deducido ante la Superintendencia de Salud que constituye la gestión pendiente en el presente requerimiento de inaplicabilidad. Pero, además, en aquel voto particular, se precisó que *“las referidas acciones de inaplicabilidad fueron deducidas por personas afiliadas a diversas Instituciones de Salud Previsional (Isapres), quienes fueron notificadas, mediante la respectiva carta de adecuación de un alza en el precio de su plan de salud como consecuencia de la modificación experimentada en el valor de éste, no en su precio base, sino que en la aplicación de la tabla de factores a que alude el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, en base a los factores de edad y sexo, respectivamente.”* Se indicó, también, que *“los diversos requirentes de inaplicabilidad, en cada uno de esos procesos, fueron personas de 60 años de edad o más.”* (c. decimosexto).

Finalmente, se sostuvo, siguiendo la jurisprudencia previa del Tribunal, que *“la introducción de factores como el sexo y la edad, así como la diferencia de tramos en aplicación de esos criterios, en cuanto modalidades de estructuración de una tabla de factores (...) no son, en sí mismas, arbitrarias o carentes de razonabilidad, en la medida que se basan en la consideración de factores objetivos y fácilmente comprobables, como la mayor demanda de prestaciones de salud por parte de la mujer en edad fértil o de las personas mayores de 60 años de edad.”*

*“Distinto es lo relativo a la forma cómo se aplica la tabla de factores, sin considerar la vulnerabilidad que, en determinadas etapas de la vida, afecta a ciertas personas. Un aumento indiscriminado de los precios de los planes de salud respecto de ellas, ciertamente, podría lesionar los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social cuando no se consideran mecanismos de solidaridad que permitan soportar dichas alzas sin discontinuar el acceso a las prestaciones de salud.”* (c. trigesimoquinto);

**16°.** Que las declaraciones previas de inaplicabilidad recaídas en los roles N<sup>os</sup> 976, 1.218, 1.287 y 1.273 contaron con el voto de esta Ministra previniente sobre la base de constatarse que la vulneración, en cada una de las gestiones judiciales pendientes, de los derechos constitucionales mencionados se producía porque el alza en el precio del respectivo plan de salud, como consecuencia de la aplicación de la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la Ley N<sup>o</sup> 18.933, se producía considerando los factores edad y sexo a que ella alude, de forma que personas que objetivamente se encontraban en condiciones de particular vulnerabilidad, no sólo por su edad, sino por su condición de “cotizantes cautivos”, eran discriminadas y desprotegidas desde el punto de vista de la seguridad social, haciendo además ilusorio su derecho a elegir el sistema de salud al que habían decidido estar adscritas;

**17°.** Que un razonamiento congruente con tal juicio y que además resulte acorde a la naturaleza propia de un control concreto como el que importa la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad exige examinar si, en la especie, se dan condiciones similares a las que motivaron la decisión de esta magistrada en las sentencias previas de inaplicabilidad a que se ha hecho referencia;

**18°.** Que, en tal sentido, de los antecedentes acompañados a este proceso constitucional y, especialmente, de la carta de adecuación remitida por Isapre Banmédica S.A. al requirente, con fecha 19 de enero de 2010, se desprende que el alza en el precio del plan de salud del señor Edwin Dimter Bianchi se produjo por la variación en el rango de edad de él mismo, cambiando del factor 2,10 a 2,70. Ello por ingresar al tramo que va desde los 60 a los 65 años de edad de conformidad con la respectiva tabla de factores;

**19°.** Que, tal y como se razonó en la sentencia recaída en Rol N<sup>o</sup> 1.273, la aplicación del artículo 38 ter de la Ley N<sup>o</sup> 18.933 producirá un resultado contrario a la Constitución, en la especie, por las siguientes razones:

1. Porque la evolución del factor edad consultado en la respectiva tabla de factores, incorporada al contrato de salud suscrito entre don Edwin Dimter Bianchi e Isapre Banmédica S.A., como consecuencia de haber cambiado de tramo, implica que no se ha respetado la proporcionalidad de las prestaciones derivadas de un contrato que, por exigencias de orden público, debe tender a maximizar el goce de las prestaciones de

salud, impidiendo a los respectivos cotizantes mantener el régimen privado de atención al que habían deseado acogerse. Esta situación reviste particular preocupación cuando se trata de un afiliado a quien se eleva el precio de su plan de salud, al alcanzar la edad de 60 años, esto es, precisamente cuando accede a una situación de mayor vulnerabilidad, desde el punto de vista de la salud. Si el respectivo afiliado no puede seguir pagando el nuevo costo del plan, quedaría obligado a abandonar el sistema privado de salud para incorporarse, obligadamente, al equivalente público vulnerándose su derecho a elegir el sistema de salud al que desea acogerse, de acuerdo con lo que le asegura el numeral 9° del artículo 19 de la Constitución (cc. decimosexto y decimoséptimo);

2. Porque la existencia de reajustes periódicos del precio del plan de salud previsional sólo por el aumento de edad, independientemente de la iniquidad de su cuantía, por estar expresada en múltiplos del precio base, resulta inconciliable con el derecho a la seguridad social, garantizado en el numeral 18° del artículo 19 de la Ley Suprema, puesto que resulta incompatible con los propósitos que persiguen las instituciones de seguridad social –entre las que se encontraría el contrato de salud previsional– en el sentido de impedir que la desprotección frente a los estados de necesidad aumente en la misma medida en que aumentan los años de vida (cc. septuagesimooctavo y octagésimo).

En este sentido, no debe olvidarse que la sentencia recaída en el Rol N<sup>º</sup> 976 afirmó:

*“Que el deber de los particulares y de las instituciones privadas de respetar y promover el ejercicio de los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana en cuanto a su existencia y exigibilidad, se torna patente respecto de aquellos sujetos a los cuales la Constitución, como manifestación del principio de subsidiariedad, les ha reconocido y asegurado la facultad de participar en el proceso que infunde eficacia a los derechos que ella garantiza. Tal es exactamente lo que sucede con las Instituciones de Salud Previsional, en relación con el derecho de sus afiliados a gozar de las acciones destinadas a la protección de la salud, consagrado en el artículo 19, N<sup>º</sup> 9, de la Constitución.”* (c. trigesimosexto).

*“Que, sin duda, las instituciones aludidas tienen también asegurados sus derechos en la Carta Política, pero, con idéntica certeza, ha de afirmarse que ellos se encuentran sometidos a los deberes correlativos, de los cuales resulta menester realzar aquí su contribución al bien común, haciendo cuanto esté a su alcance, dentro del ordenamiento jurídico, por materializar el goce del derecho a la protección de la salud (...).”* (c. trigesimoséptimo);

**20°.** Que las circunstancias particulares que rodean la situación de don Edwin Dimter Bianchi demuestran que el cotizante no goza de la libertad indispensable para trasladarse a otra institución de salud previsional. Con mayor razón, cuando, en razón de su edad, es posible sostener que se trata de un cotizante “cautivo”, en los términos definidos por el artículo

170, letra i), del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, esto es, de *“aquel cotizante cuya voluntad se ve seriamente afectada, por razones de edad, sexo o por la ocurrencia de antecedentes de salud, sea de él o de algunos de sus beneficiarios, y que le impida o restrinja, significativa o definitivamente, su posibilidad de contratar con otra Institución de Salud Previsional.”*;

**21°.** Que los razonamientos consignados precedentemente son suficientes, a juicio de esta juez previniente, para acoger el requerimiento de inaplicabilidad deducido por don Edwin Dimter Bianchi, en forma congruente con la jurisprudencia previa del Tribunal Constitucional y sin brindarle efecto retroactivo a la sentencia recaída en el Rol N° 1.710, por prohibirlo expresamente la Carta Fundamental.

**Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán** no compare el considerando tercero y tiene adicionalmente presente las siguientes motivaciones:

**1°.** Que con fecha 6 de agosto de 2010 esta Magistratura señaló, en los autos de inconstitucionalidad Rol N° 1.710, que *“los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.993, son inconstitucionales”*. Como se sabe, dicho precepto decía relación con la circunstancia de que cada rango de edad que fijare la Superintendencia en sus instrucciones se debía sujetar a las siguientes reglas *“1. El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad; 2. Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años; 3. La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan; 4. La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo.”*;

**2°.** Que en dicha sentencia se sostuvo que *“como corolario del análisis efectuado, este Tribunal ha logrado convicción en cuanto a que los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 no cumplen los supuestos descritos en el considerando precedente y, por consiguiente, son incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, y lesionan, asimismo, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, en el sentido que todos ellos se encuentran reconocidos y asegurados en nuestra Carta Fundamental”* (c. centesimocuatrecientoscuarto). Por lo mismo se dejó constancia de que *“esta Magistratura estima necesario, además, hacer presente que la determinación de la estructura de las tablas de factores y la fijación de los factores de cada una de ellas deberán ajustarse a lo que establezcan, en uso de sus facultades, los órganos colegisladores para dar cabal cumplimiento a lo resuelto en este fallo”* (c. centesimosexagesimotercero). Se trata de un llamado al legislador futuro;

**3°.** Que en más de un centenar de pronunciamientos (STC Roles N°s 742, 757, 761, 837, 845, 847 a 874, 876, 878, 879, 880, 882 a 942, 949 a

962, 971, 973, 974, 975 y 978, entre otros) esta Magistratura sostuvo la improcedencia de las acciones de inaplicabilidad presentadas respecto de un precepto declarado íntegramente inconstitucional. Fundó lo anterior en atención a que *“no le corresponde pronunciarse sobre un requerimiento recaído sobre preceptos legales que no tienen carácter de tales por encontrarse derogados a la fecha en que éste fue presentado”*. Se hizo presente los efectos derogatorios de la declaración, entendiéndose que por lo mismo la sentencia sólo produce consecuencias a futuro, entendiéndose por tales *“a las situaciones que ocurran con posterioridad a su publicación en el Diario Oficial”*. De forma tal que carecería de *“facultades para declarar la inaplicabilidad de un precepto legal que no tiene existencia constitucional y que, además y a mayor abundamiento, como su principal consecuencia, ya no puede tener efecto alguno en la decisión del fondo de la materia en litis”*. Sin embargo, este previniente concurrió a dicha decisión en el entendido que el conflicto constitucional no resultaba factible al haber dejado de existir el precepto legal en cuestión, presupuesto básico de la inaplicabilidad, razón por la cual el precepto legal no podía aplicarse a partir de dicha decisión;

4°. Que en estos autos se ha acogido la acción de inaplicabilidad, remitiéndose en el considerando tercero a lo resuelto en los autos Rol N<sup>o</sup> 1.552. En esta última decisión esta Magistratura hizo presente que la sentencia de inconstitucionalidad *“ha venido a afectar la totalidad de los contratos de salud en curso al 9 de agosto, donde fueron incorporadas las reglas sobre alzas que prevenían los N<sup>os</sup> 1 a 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>o</sup> 18.933, puesto que –a contar de esa data– tales reglas perdieron validez general y, por tanto, no pueden seguir aplicándose”*. De modo tal que no resulta posible *“que un precepto invalidado por esta Magistratura (...) pueda seguir rigiendo hacia el futuro bajo la premisa de haberse encontrado vigente al momento de perfeccionarse la antedicha relación contractual”*; concluyéndose que los contratos de salud a partir de la fecha de la sentencia no pueden estar afectos a lo dispuesto en el precepto legal declarado inconstitucional y por lo mismo *“no tiene dicho precepto efecto ultractivo por el hecho de que hallara vigente al momento de perfeccionarse las mencionadas convenciones”*;

5°. Que, como lo señaló este previniente en todas las causas a que alude el considerando tercero de este voto, de conformidad a lo establecido en el artículo 94 de la Constitución Política de la República, inciso tercero, el precepto legal declarado inconstitucional, en este caso los números 1 a 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, *“se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”*;

6°. Que en cuanto a los antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento de la disposición, es del caso reiterar la discusión suscitada en torno a la controversia, a objeto de precisar el propósito del constituyente;

7°. Que, en primer trámite constitucional, en el Senado, se consagra-ba que la norma legal que fuera declarada inconstitucional *“se entenderá derogada desde dicha publicación”*. En la Comisión de Constitución, Legis-lación, Justicia y Reglamento del Senado, el Senador señor Espina pro-puso una disposición según la cual *“la declaración de inconstitucionalidad no operará con efecto retroactivo respecto de todas aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada”*. Sobre el punto el Subsecretario del Interior de la época, señor Jorge Correa Sutil, opinó que, *“si bien intenta reafirmar la validez de aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada antes de una declaración de inconstitucionalidad, no impide que se susciten dudas en relación a actos, negocios, contratos y otros instrumentos suscritos con anterioridad a dicha declaración”*. Por su parte, el senador Lar-raín consideró innecesaria esta indicación pues *“las proposiciones que ella contiene son igualmente aplicables en virtud de los principios generales de derecho en esta materia, que son de común e indubitada aplicación en nuestro medio”*. Del mismo modo, los senadores Moreno y Silva Cimma *“coincidieron en cuanto a que tales disposiciones serían innecesarias”*. Así las cosas, se dejó expresa constancia en relación a que *“los fallos del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional un precepto legal producen efectos desde su publica-ción en el Diario Oficial y, en caso alguno, en forma retroactiva”*;

8°. Que, en segundo trámite, en la Cámara de Diputados también se discutió acerca del alcance de la inconstitucionalidad. Así, en sesión de 23 de marzo de 2005, la diputada señora Guzmán destacó la relevancia de la inconstitucionalidad, como una *“forma más consistente para asegurar la igualdad ante la ley”*. Por su parte, el diputado señor Bustos señaló la conveniencia de *“establecer un recurso de inconstitucionalidad en que la disposi-ción quede erga omnes como tal y, por lo tanto, inválida jurídicamente”*. El texto aprobado en segundo trámite establecía que el precepto legal declarado inconstitucional quedaría sin efecto *“de pleno derecho”*;

9°. Que, con posterioridad, en la Comisión de Constitución, Legisla-ción, Justicia y Reglamento del Senado se hizo presente ciertas dudas que se suscitaban en lo concerniente al momento a partir del cual el precepto declarado inconstitucional quedaba sin efecto, estimando que *“la redacción de esta norma no debería admitir la posibilidad que las resoluciones que el Tribunal Constitucional adopte en estos casos produzcan efectos retroactivos”*, solicitando al Ejecutivo recoger estas observaciones en el veto que el Presidente de la República podía formular;

10°. Que, por lo mismo, el efecto de las sentencias del Tribunal Consti-tucional fue materia de un veto presidencial, precisándose –en sus moti-vaciones– que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal *“sólo tiene carácter derogatorio y, por ende, su declaración de inconstitucionalidad no tiene efecto retroactivo”*. De modo tal que la disposición señala que el pre-cepto declarado inconstitucional *“se entenderá derogado desde la publicación*



en el *Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo*". En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se consignó que este veto correspondía a *"ajustes que se han efectuado a diversos numerales del artículo 82"*. Esta materia fue aprobada en la Sala sin discusión y por unanimidad. La Cámara de Diputados a su turno también lo aprobó, destacándose por los diputados Guzmán y Bustos la relevancia de la acción de inconstitucionalidad;

11°. Que sobre el punto la doctrina especializada ha señalado que la decisión del constituyente en cuanto al efecto derogatorio y no retroactivo, *ex nunc*, *"es compleja y no exenta de críticas"*, habida consideración de que ello *"tiene enormes implicancias y se relaciona con juicios sentenciados conforme a preceptos legales declarados inconstitucionales; con procesos en marcha, y derechos, situaciones o posiciones adquiridas en dicho período conforme a un precepto legal inconstitucional"*, incluso en materias tan relevantes como la penal; sin embargo, concluye, *"la Constitución es categórica: prohíbe aplicar efectos retroactivos a una sentencia de inconstitucionalidad"* (Gastón Gómez Bernal, La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional, en Reforma Constitucional, 2005, página 683). Otro autor ha puntualizado, con motivo de la prohibición de efecto retroactivo de la sentencia de inconstitucionalidad, que la regla constitucional *"parece excesivamente rígida, ya que en algunos casos excepcionales se puede requerir que la sentencia pueda generar efectos ex tunc. Un caso concreto donde parece razonable la aplicación de criterios ex tunc es cuando se impugna la inconstitucionalidad de un precepto legal por vicios de procedimiento o forma; declarada la inaplicabilidad en concreto y solicitada la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, parece difícil sostener que una norma que no pudo nacer constitucionalmente pueda considerarse válida e integrante del ordenamiento jurídico hasta el momento de la expulsión por fallo del Tribunal Constitucional; parece que en tal caso se justifica los efectos ex tunc, dejando a salvo los derechos adquiridos y la cosa juzgada"* (Humberto Nogueira Alcalá, El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad de las leyes en la reforma constitucional de 2005. De las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias, en La Constitución Reformada de 2005, páginas 444 y 445);

12°. Que de lo dicho se desprende que el propósito del constituyente fue evitar que la decisión de inconstitucionalidad pudiera tener efectos retroactivos, de forma tal de no alterar situaciones jurídicas consolidadas o amparadas por sentencia o resolución que produzca efectos de cosa juzgada. Como señaló esta misma Magistratura, en los autos de inconstitucionalidad: *"de lo expresado anteriormente, debe concluirse que el artículo 94 de la Constitución, al referirse a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, y señalar que la norma declarada inconstitucional se entenderá derogada, alude a una especie de derogación sui generis, que debe distinguirse de la derogación efectuada por el legislador, toda vez que no responde a razones de mérito sino a la*

*verificación de un vicio constitucional de orden público; por lo mismo, un efecto ultractivo de las normas derogadas es limitado y sólo opera para el futuro*” (c. vigesimoséptimo). De este modo, *“la sentencia que dicte el Tribunal Constitucional no puede afectar situaciones consolidadas, esto es, nacidas y concluidas bajo el imperio de la o las normas declaradas inconstitucionales”* (c. centesimosexagesimoctavo). En otras palabras, el hecho de que su sentencia carezca de efectos retroactivos significa que *“no afecta situaciones acaecidas ni actos realizados con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial”* (STC Rol N° 597, c. quinto);

**13°.** Que así las cosas, teniendo presente la circunstancia de que los numerales 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 han sido derogados como consecuencia de la sentencia dictada por este Tribunal, en conformidad a lo prescrito en el artículo 94 de la Constitución Política de la República, debe concluirse que la disposición no puede recibir aplicación en la causa *sub lite*, tal como se señaló en los autos Rol N° 685;

**14°.** Que, por último, a este Tribunal, como también lo ha señalado esta Magistratura, no le corresponde pronunciarse sobre la validez de los pactos contractuales suscritos con anterioridad a la publicación en el Diario Oficial de la sentencia de inconstitucionalidad, lo que es de resorte y competencia exclusiva del juez de la instancia (STC Rol N° 685, c. decimotercero). Por lo mismo, tal como lo comunicó este Tribunal frente a una consulta formulada por la Corte Suprema, en resolución de 17 de julio de 2007, *“la sentencia de inconstitucionalidad dictada por este organismo y a la que alude el oficio, no puede, ni pueden producir, ningún efecto respecto de la facultad privativa que tiene vuestra Excelencia para resolver, en ejercicio de su competencia, la causa sub lite”*. De igual forma como también le corresponderá a la judicatura ordinaria determinar si el precepto legal no resulta aplicable a la litis en atención a la fecha de suscripción de los contratos respectivos de salud, tal como lo ha señalado este Tribunal (STC roles N°s 1.544, 1.644 y 1.646) y la propia Sala Constitucional de la Corte Suprema (Rol N° 7779-2008).

Redactó la sentencia el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado y las prevenciones, la Ministra señora Marisol Peña Torres y el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán.

Notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 1.690-2010**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fer-

nández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Carlos Carmona Santander e Iván Aróstica Maldonado. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

## ROL N<sup>º</sup> 1.691-2010

### REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, 38 TER DE LA LEY N<sup>º</sup> 18.933, 2<sup>º</sup> DE LA LEY N<sup>º</sup> 20.015 Y 199 DEL D.F.L. N<sup>º</sup> 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, DEDUCIDO POR SONIA BELARMINA ELENA PÉREZ SEPÚLVEDA

Santiago, catorce de junio de dos mil once.

#### VISTOS:

La señora Sonia Belarmina Elena Pérez Sepúlveda ha deducido ante este Tribunal Constitucional acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 38, inciso quinto, de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N<sup>º</sup> 20.015, en la parte que alude a la tabla de factor etario; 38 ter de Ley N<sup>º</sup> 18.933, incorporado por la Ley N<sup>º</sup> 20.015 y que corresponde actualmente al artículo 199 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1 del Ministerio de Salud, del año 2005; y 2<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, en la causa sobre reclamo por alza de precio del plan de salud interpuesto por la requirente en contra de la Isapre Banmédica S.A. y que se encuentra actualmente pendiente ante el Tribunal Arbitral de la Superintendencia de Salud bajo el Rol de ingreso N<sup>º</sup> 2401-2010.

Como antecedentes de la referida gestión se indica que la requirente suscribió un contrato de salud con la mencionada Isapre el 18 de abril de 2002 (fojas 44) y que mediante carta fechada el 19 de enero de 2010 (fojas 23), ésta le informó el aumento que sufriría el precio de su plan de salud –de 5,989 a 6,102 Unidades de Fomento mensuales–, por efecto del cambio del factor de riesgo (de 0,90 a 1,00) que correspondía aplicar a raíz de la variación de la edad de su hijo beneficiario (25 años).

En cuanto al conflicto constitucional que se somete al conocimiento y resolución de esta Magistratura, la actora sostiene que la aplicación de

los preceptos legales impugnados para la resolución del asunto judicial pendiente invocado, resulta contraria a las garantías que aseguran los N<sup>os</sup> 2<sup>o</sup>, 9<sup>o</sup>, 24<sup>o</sup> y 26<sup>o</sup> del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Como fundamento de lo expresado, la actora argumenta que al autorizarse a las Isapres para ajustar los precios de los contratos de salud en relación con la edad y el sexo de los beneficiarios, las normas legales impugnadas establecen una diferencia entre los distintos grupos etarios y entre los hombres y las mujeres, de modo que, para acceder al mismo beneficio, unos pagan más que otros. Esta diferencia, señala la requirente, sería arbitraria, porque la edad y el sexo constituyen hechos involuntarios, a diferencia de otros que involucran una exposición voluntaria al riesgo, como son los hábitos de fumar o beber en exceso. Además, hace hincapié en que sería erróneo pensar que el aumento en la edad de la persona está necesariamente vinculado a una mayor ocurrencia de enfermedades. En este punto, la actora también plantea que las normas legales impugnadas serían arbitrarias en un sentido ético, por atentar contra la justicia.

Agrega, en seguida, que los preceptos legales cuestionados suponen una cortapisa a la libertad de las personas para elegir y permanecer en el plan de salud por el que optaron al celebrar el contrato de salud con la respectiva institución, siendo el fuerte y creciente aumento del precio una forma indirecta de obligarlas a salir del sistema privado de salud, vulnerando así la garantía del libre e igualitario acceso a la protección de la salud y el derecho a elegir el sistema al que la persona desee acogerse, sea estatal o privado.

Denuncia que también en su caso concreto se infringe su derecho de propiedad, pues al serle exigido el pago de una mayor cotización para mantener los mismos beneficios que se convinieron en su oportunidad, junto con impedirle su derecho a hacer uso del sistema privado de salud, que constituye un bien que ya se encuentra incorporado a su patrimonio, en tanto es cotizante cautiva, se le estaría privando injustamente, además, de parte de dicho patrimonio al no contemplarse una contraprestación que resulte equivalente al aumento del precio del respectivo contrato de salud.

Observa, finalmente, que las tablas de factores que contemplan los preceptos legales impugnados imponen como condición, requisito o tributo el aumento de la cotización mensual para permanecer en el sistema privado de salud y en el plan elegido por el respectivo cotizante, afectando así la esencia de las garantías constitucionales a que se ha aludido.

La Segunda Sala de este Tribunal, por resolución de 6 de mayo de 2010 (fojas 27), admitió a tramitación el requerimiento y ordenó la suspensión del procedimiento en que incide; posteriormente, por resolución de 30 de noviembre de 2010 (fojas 102), el Tribunal declaró admisible la acción deducida sólo respecto del artículo 38, en la parte que alude a la

tabla de factor etéreo, de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N<sup>º</sup> 20.015.

Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, el Tribunal ordenó practicar las comunicaciones y notificaciones previstas en el artículo 86 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura.

Consta en autos que sólo la Isapre Banmédica, representada por el abogado Omar Matus de la Parra Sardá, mediante presentación de fecha 7 de enero de 2011, formuló observaciones al requerimiento deducido, solicitando al Tribunal rechazarlo en todas sus partes (fojas 122).

La institución requerida argumenta que el legislador ha reconocido que el precio del plan de salud puede experimentar variaciones en el tiempo debido a elementos distintos del costo de la vida, entre los cuales se consagran expresamente la edad y el sexo. Lo anterior, señala, se justifica por el carácter indefinido del contrato de salud, ya que la variación del valor permite lograr un equilibrio dentro del mismo. Añade que la tabla de factores constituye una protección para los afiliados, ya que es una fórmula basada en datos objetivos (como son el sexo y la edad), determinada y conocida con antelación por los contratantes.

Sostiene que el precepto legal impugnado no es arbitrario ni vulnera la igualdad ante la ley, ya que a través del señalado mecanismo de variación de precio precisamente se busca brindar un tratamiento igualitario a quienes se encuentran en la misma situación.

Afirma que tampoco se infringiría el derecho a la protección de la salud, dado que éste no implica que al afiliado le sea permitido acceder a las acciones de protección, promoción y recuperación virtualmente sin costo o con el costo que él estime razonable, ya que ello haría inviable el funcionamiento de las Isapres, a lo que agrega que el propio sistema tiene prevista la posibilidad de que una persona no pueda pagar su permanencia en el sistema privado y para eso contempla la cobertura de FONASA.

Añade, en cuanto a la supuesta infracción del derecho de propiedad, que el cambio de factor de ponderación en que se apoya el aumento del precio del plan de salud, constaba desde un primer momento en el contrato de salud previsional suscrito por la requirente, de modo que ésta sabía con claridad que su factor de ponderación iba a variar y cuándo iba a hacerlo.

Señala, por último, que suponer que los derechos invocados por la actora son ilimitados, es un error jurídico y lógico, ya que no puede entenderse que existan derechos ilimitados, independiente de la importancia que tengan. Agrega que la regulación que establece el artículo impugnado no representa una restricción impuesta artificialmente, sino que obedece al reconocimiento de una realidad que dice relación con el aumento del riesgo de la salud de las personas de acuerdo a su sexo y a su edad, por lo cual tampoco se infringiría el artículo 19, N<sup>º</sup> 26<sup>º</sup>, de la Constitución.

Habiéndose traído los autos en relación, el día 5 de mayo de dos mil once se procedió a la vista de la causa, en forma conjunta con las causas roles N<sup>os</sup> 1.735, 1.737, 1.733, 1.782 y 1.908, oyéndose sólo la relación, ya que ninguna de las partes de este proceso se presentó a alegar en la respectiva audiencia.

**CONSIDERANDO:**

**I**  
**LA IMPUGNACIÓN**

**PRIMERO.** Que la requirente, doña Sonia Belarmina Elena Pérez Sepúlveda, sostiene que la Isapre Banmédica, con quien tiene un contrato de salud previsional desde el año 2002, le ha comunicado que el factor de riesgo de su hijo, correspondiente al plan de salud contratado, cambió de 0,90 a 1,00, al pasar de un tramo a otro de la tabla de factores étareos, aumentando de manera considerable el precio que debe pagar mensualmente a dicha institución de salud. Contra esa decisión, en lo que constituye la gestión pendiente de estos autos, la requirente interpuso demanda arbitral ante el señor Superintendente de Salud con el objeto de impugnar dicho reajuste;

**SEGUNDO.** Que, en el marco de dicha gestión, la requirente ha impugnado de constitucionalidad el artículo 38 de la Ley N<sup>o</sup> 18.933, el artículo 38 ter de la misma ley, incorporado por la Ley N<sup>o</sup> 20.015, el artículo 2<sup>o</sup> de la Ley N<sup>o</sup> 20.015 y el artículo 199 del D.F.L. N<sup>o</sup> 1, de 2005, del Ministerio de Salud. A su juicio, dichas normas infringen los números 2<sup>o</sup>, 9<sup>o</sup>, 24<sup>o</sup> y 26<sup>o</sup> del artículo 19 de la Constitución;

**TERCERO.** Que, mediante resolución de 30 de noviembre de 2010, se declaró admisible el presente requerimiento sólo respecto del artículo 38 de la Ley N<sup>o</sup> 18.933, en lo que se refiere a la tabla de factores. Por lo tanto, esta Magistratura no emitirá pronunciamiento sobre el resto de las normas legales cuestionadas;

**II**  
**EL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO**

**CUARTO.** Que la norma legal impugnada corresponde al inciso quinto del artículo 38 de la Ley N<sup>o</sup> 18.933, que indica:

*“No obstante la libertad de las Isapres para adecuar el precio y su obligación de no discriminar en los términos señalados en el inciso tercero, el nuevo valor que se cobre al momento de la renovación deberá mantener la relación de precios por sexo y edad que hubiere sido establecida en el contrato original, usando como base de cálculo la edad del beneficiario a esa época, con la lista de precios vigentes en la Institución para el plan en que actualmente se encuentre.”.*

Este inciso fue incorporado por la Ley N<sup>º</sup> 19.381, publicada en el Diario Oficial en mayo de 1995;

**QUINTO.** Que la norma legal recién señalada fue reemplazada el año 2005 por el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 –hoy artículo 199 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, del Ministerio de Salud, del año 2005–, introducida por la Ley N<sup>º</sup> 20.015. Por tanto, la norma legal en cuestión se encuentra actualmente derogada;

**SEXTO.** Que, según la jurisprudencia actual de este Tribunal (establecida en los cc. noveno, décimo y decimoprimeros de la sentencia de las causas roles N<sup>OS</sup> 1.399 y 1.469, acumulados e invocados por las sentencias de las causas roles N<sup>OS</sup> 1.572, 1.598, 1.629, 1.765, 1.766, 1.784, 1.806, 1.807, 1.769 y 1.745), es perfectamente posible pronunciarse sobre la constitucionalidad de un precepto legal derogado, “siempre y cuando, como sucede en la especie, dicha norma hubiere estado en vigor en el momento en que se suscitó la situación jurídica regida por ella y deba ser aplicada por el juez de la gestión pendiente al momento de resolver el asunto”;

### III

#### RESUMEN DE LA DOCTRINA CONTENIDA EN LOS PRECEDENTES SOBRE LA MATERIA DE AUTOS

**SÉPTIMO.** Que este Tribunal tiene establecido un estándar conforme al cual se ha enjuiciado la constitucionalidad del precepto legal ahora impugnado, construido en otros casos de inaplicabilidad (STC roles N<sup>OS</sup> 1.572, 1.598, 1.629, 1.765, 1.766, 1.784, 1.806, 1.807, 1.769 y 1.745).

Este análisis tuvo como punto de partida, aparte de las normas constitucionales, dos antecedentes. Por una parte, la crítica que al precepto legal cuestionado realizó el propio Ejecutivo, cuando envió la modificación legislativa a dicho precepto legal al Congreso Nacional. La misma crítica formuló recientemente el actual Presidente de la República, cuando evacuó su informe en el procedimiento de inconstitucionalidad de los autos Rol N<sup>º</sup> 1.710 y cuando envió al Congreso el proyecto de ley que modifica el régimen actual. Por la otra, las críticas que las propias Isapres, para defender la constitucionalidad de la tabla de factores del artículo 38 ter, formularon al precepto legal que ahora se cuestiona;

**OCTAVO.** Que esta doctrina, elaborada a propósito de la tabla de factores fijada conforme a la ley, también es aplicable en el caso que acá analizamos, en que la tabla tiene origen contractual.

Dicha doctrina tiene tres componentes fundamentales. Por una parte, ciertos criterios que debe cumplir la tabla de factores para ser legítima. En primer lugar, este Tribunal ha dicho que la tabla de factores debe tener proporcionalidad en relación a las rentas (STC Rol N<sup>º</sup> 1.710, cc.

sexagesimoquinto, centesimocuadragésimoquinto y centesimocuadragésimosexto); por lo mismo, no puede generar un desequilibrio entre el cobro de la cotización y la protección del derecho a la salud (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimosexto); no puede generar un reajuste exponencial y confiscatorio de las rentas del afiliado (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimoquinto); no puede generar la imposibilidad de que el afiliado costee el aumento del precio que su aplicación conlleva (STC Rol N° 1.710, c. centesimosexagésimo); y no puede obligar a los beneficiarios a emigrar del sistema (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimoséptimo).

En segundo lugar, la relación que dicha tabla establezca entre los distintos factores que la componen, debe tener una fundamentación razonable (STC Rol N° 1.710, cc. centesimocuadragésimoquinto y centesimocuadragésimosexto); no puede haber discrecionalidad de la Isapre para determinar los factores de cada tabla (STC Rol N° 1.710, considerandos sexagesimoquinto y centesimocuadragésimoquinto); y tienen que existir límites idóneos, necesarios y proporcionales y, por ende, razonables (STC Rol N° 1.710, c. centesimocuadragésimoquinto).

En tercer lugar, el mecanismo debe permitir una intervención del afiliado, sin que pueda limitarse a aceptar o rechazar lo que la entidad previsional ofrezca (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimoterce-ro); no puede haber dispersión en la determinación del precio entre los diferentes intervinientes (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimotercero).

Finalmente, no puede generar tratos desiguales (STC Rol N° 1.710, cc. centesimocuadragésimooctavo y centesimoquinquagesimoquinto) ni considerar factores inherentes a la condición humana (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimoquinto);

**NOVENO.** Que el segundo componente de esta doctrina es la manera en que este Tribunal ha caracterizado al contrato de salud. Así, ha señalado que el constituyente ha configurado algunas variables de este contrato. Estos tienen que ver con la posibilidad de las Isapres de financiar acciones de salud (artículo 19, N° 9°), con la opción del cotizante entre el sistema estatal o privado (artículo 19, N° 9°), con la cotización obligatoria (artículo 19, N° 9°) y con el control del Estado de las acciones realizadas en el ámbito de la salud (artículo 19, N° 9°). Asimismo, ha sostenido que el contrato de salud es un contrato de tracto sucesivo (STC Rol N° 1.710, c. centesimoseptuagésimo), de orden público (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimocuarto) y distinto a un contrato de seguro propio del derecho privado (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimocuarto). En el mismo sentido se han pronunciado los roles N°s 1.572, 1.598, 1.629, 1.765, 1.766, 1.784, 1.806, 1.807, 1.769 y 1.745. Del mismo modo lo ha entendido la Corte Suprema (SCS roles 8837-2010, 566-2011 y 9044-2010);



**DÉCIMO.** Que el tercer componente de esta doctrina es que este Tribunal ha señalado que el contenido esencial de la seguridad social recoge los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad, sobre todo si se ven conjuntamente el derecho a la salud (artículo 19, N<sup>º</sup> 9<sup>º</sup>) y el derecho a la seguridad social (artículo 19, N<sup>º</sup> 18<sup>º</sup>). (STC Rol N<sup>º</sup> 1.710, cc. centesimotrigesimoprimeros a centesimotrigesimoquintos);

#### IV

#### APLICACIÓN DE ESTOS ESTÁNDARES AL CASO CONCRETO

**DECIMOPRIMERO.** Que la doctrina constitucional señalada tiene una consecuencia directa en el caso concreto, pues en este caso no se respeta el estándar precedentemente analizado;

**DECIMOSEGUNDO.** Que, en efecto, en primer lugar, no hay una proporcionalidad del reajuste ofrecido por la Isapre. Sobre todo si se considera que se ha estimado desproporcionada y carente de razonabilidad la norma que entregaba amplia libertad de actuación a un organismo de la Administración (STC Rol N<sup>º</sup> 1.710, cc. sexagesimoprimeros, sexagesimosegundos y centesimocuatrecientosquintos), peor aún resulta entregar la regulación de esta materia a la libertad contractual o, como lo dice la norma, a la libertad de la Isapre, por el desequilibrio de facultades que tiene en su favor (STC roles N<sup>OS</sup> 1.572, 1.598, 1.629, 1.765, 1.766, 1.784, 1.806, 1.807, 1.769 y 1.745);

**DECIMOTERCERO.** Que, asimismo, en el presente caso se infringe la Constitución, pues se entrega a la voluntad de las partes determinar un elemento esencial de un contrato de orden público, como lo es la reajustabilidad del precio del plan.

Considérese, por de pronto, que cuando la requirente de estos autos suscribió su contrato de salud, pagaba 4,04 UF, en el año 2002. Nueve años después, su mismo plan tiene un costo de 6,46 UF. Es decir, aumentó más del 50%. Partió pagando, en dinero de hoy, casi 85 mil pesos y termina pagando 138 mil pesos;

**DECIMOCUARTO.** Que, en segundo lugar, tampoco se cumple el estándar de relación razonable que debe existir entre los factores que componen la tabla respectiva.

En efecto, en la tabla que suscribió la requirente, el precio de su plan se encarece con la edad. De hecho, para el caso que nos ocupa, el factor aumenta en 0,1, al cumplir 25 años su hijo beneficiario;

**DECIMOQUINTO.** Que, en tercer lugar, tampoco se respeta el estándar de protagonismo que debe tener el afiliado en su determinación. Por una parte, porque estamos frente a un verdadero contrato de adhesión. En los hechos, se impone la voluntad de la Isapre. Por la otra, la renova-

ción se convierte en dramática, porque o paga más por su plan o rebaja sus prestaciones. Así las cosas, la permanencia del beneficiario en su plan o, incluso, en el régimen privado de salud, puede significar un elevado costo que sea inviable para el común de las personas, como la requirente de autos;

**DECIMOSEXTO.** Que, además, el precepto legal objetado tampoco pasa el estándar de la no discriminación. Por de pronto, porque se construye el mecanismo en base a elementos inherentes a la naturaleza humana, como la edad y el sexo. En el caso de la requirente, el mecanismo implica que entre más edad tenga, más caro será su plan.

**DECIMOSÉPTIMO.** Que, en consecuencia, el requerimiento interpuesto debe acogerse, toda vez que la aplicación del inciso quinto del artículo 38 de la Ley N° 18.933, impugnado, vulnera el derecho a la protección de la salud (artículo 19, N° 9°) y, por tanto, resulta contrario a la Constitución.

Habiéndose acogido el requerimiento respecto de la norma legal impugnada antes mencionada por los argumentos señalados, no se emitirá pronunciamiento respecto de la supuesta infracción de las demás disposiciones constitucionales invocadas.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en los artículos 19, número 9°, y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE FOJAS 1 SÓLO EN CUANTO SE DECLARA INAPLICABLE EL INCISO QUINTO DEL ARTÍCULO 38 DE LA LEY N° 18.933 EN LA CAUSA SUB LITE. SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN ESTOS AUTOS, DEBIENDO OFICIARSE AL EFECTO A LA SUPERINTENDENCIA DE SALUD.**

**Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán concurre** a lo resuelto únicamente en atención a lo señalado en los considerandos primero a quinto, y teniendo adicionalmente presente que el legislador no precisó suficientemente en el aludido artículo 38, inciso quinto, que se impugna, la forma de fijación de la tabla de factores, según criterios de edad y sexo, la que por sí misma no es contraria a la Carta Fundamental, como lo ha señalado esta misma Magistratura. De este modo, se incumple así el mandato delegado al legislador de establecer la forma y condiciones en que el Estado debe garantizar adecuadamente la ejecución de las acciones de salud, sea que éstas se presten a través de institu-

ciones públicas o privadas, en el marco del principio de subsidiariedad. No corresponde, sin embargo, a través de esta vía procesal constitucional pronunciarse acerca de los aumentos en los valores de los planes de salud que ha sufrido el requirente, todo lo cual es materia propia de la acción de protección, tal como lo ha señalado reiteradamente este previniente (STC Rol N<sup>º</sup> 1.710), puesto que la ponderación de los hechos litigiosos de las gestiones respectivas corresponde a los jueces de fondo de la instancia (STC roles N<sup>os</sup> 1.130, 1.210, 1.266 y 1.324). Finalmente, es del caso tener presente que las tablas de factores se incorporaron a los respectivos contratos, de suerte tal que las acciones de inaplicabilidad no resultan idóneas para declarar la inconstitucionalidad de los contratos suscritos, lo que deberá impugnarse –en su caso– a través de las vías ordinarias que prevé el ordenamiento jurídico.

**El Ministro señor Iván Aróstica Maldonado previene** que concurre a la sentencia, en virtud única y exclusivamente de lo expresado en los considerandos primero al séptimo, y en especial por lo expresado en este último en relación con el artículo 19, N<sup>º</sup> 9<sup>º</sup>, inciso cuarto, de la Constitución. Tiene presente para ello que, en su oportunidad, la norma legal impugnada no hizo exigible la obligación del Estado de facilitar el acceso de los afiliados más riesgosos afectados por su aplicación, a las correspondientes acciones de salud que por su intermedio brindan las Isapres, de conformidad con el principio de subsidiariedad.

**Acordada con el voto en contra del Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto**, quien tiene en cuenta para rechazar el requerimiento las siguientes consideraciones:

1<sup>º</sup>. Que el precepto legal impugnado, esto es el artículo 38, inciso quinto, de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N<sup>º</sup> 20.015, permite a las Isapres alzar el precio de los contratos de salud por diferencias de edad y sexo de los beneficiarios;

2<sup>º</sup>. Que la mencionada disposición no contiene, sin embargo, una regulación completa y precisa de las reglas a utilizar por las Isapres en la configuración de la estructura de las tablas de factores que emplean para reajustar el precio de los planes de salud, por lo que no satisface plenamente la exigencia constitucional de que sea la ley la que determine la forma y condiciones en que han de ejecutarse las acciones de salud, como lo prescribe el inciso cuarto del N<sup>º</sup> 9 del artículo 19 de la Carta Fundamental;

3<sup>º</sup>. Que resulta, entonces, que el artículo 38, inciso quinto, de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, posibilita el establecimiento de diferencias arbitrarias entre los diferentes grupos de beneficiarios y puede llegar a impedir el acceso a las acciones de salud, lo que resultaría contrario a la Constitución Política;

4°. Que, sin embargo, en su aplicación concreta al caso sometido a la decisión de este Tribunal no se ha producido tal efecto, atendido a que el alza en el precio del plan de salud –motivado por el cambio de factor étareo de la beneficiaria– es sólo de 0,113 Unidades de Fomento mensuales, aumento que no puede estimarse injustificado pues es admisible un alza moderada en el precio de dichos planes por razones de edad, y tampoco cabe considerar que dicho aumento, por su reducida cuantía, impide el acceso a las acciones de protección de la salud.

Redactó la sentencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander y las prevenciones y la disidencia, sus respectivos autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

### **Rol Nº 1.691-2010**

Se certifica que la Ministra señora Marisol Peña Torres concurrió al acuerdo y fallo, pero no firma por encontrarse con permiso.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

## **ROL Nº 1.692-2010**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, 38 TER  
DE LA LEY Nº 18.933, 2º DE LA LEY Nº 20.015 Y 199 DEL D.F.L.  
Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, DEDUCIDO POR  
PATRICIO CONSTANTINO PRIMO RIVEROS**

Santiago, a dieciocho de mayo de dos mil diez.

Proveyendo al oficio de fojas 26, a sus antecedentes.

Proveyendo al escrito de fojas 92, a lo principal, atendido lo dispuesto en el artículo 33 A de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional de esta

Magistratura, téngase por retirado y no presentado para todos los efectos legales el requerimiento de fojas 1; al otrosí, estése al mérito de lo resuelto precedentemente. Archívese la caratula conjuntamente con la presente resolución.

Comuníquese la presente resolución al Tribunal Arbitral de la Superintendencia de Salud, adjuntándose copia del escrito de fojas 92.

**Rol N<sup>º</sup> 1.962-2010**

Marcelo Venegas Palacios (Presidente). Marta de la Fuente Olguín (Secretaria).

**ROL N<sup>º</sup> 1.693-2010**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, 38 TER  
DE LA LEY N<sup>º</sup> 18.933, Y 2<sup>º</sup> DE LA LEY N<sup>º</sup> 20.015 Y 199 DEL D.F.L.  
N<sup>º</sup> 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, DEDUCIDO POR  
RAFAEL GONZALO SANZ LLANO**

Santiago, treinta y uno de mayo de dos mil diez.

Proveyendo la presentación de fojas 26, a lo principal, atendido lo dispuesto en el artículo 33 A de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura, téngase por retirado el requerimiento interpuesto a fojas 1 y por no presentado para todos los efectos legales; al otrosí, déjese sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 18.

Archívese la caratula conjuntamente con la presente resolución.

Notifíquese por carta certificada al requirente.

Comuníquese la presente resolución al Tribunal Arbitral de la Superintendencia de Salud, adjuntándose copia del escrito de fojas 26.

**Rol N<sup>º</sup> 1.693-2010**

Proveído por el Señor Presidente del Tribunal Constitucional.

ROL N° 1.694-2010

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY  
N° 18.933, DEDUCIDO POR MARÍA ANGÉLICA SANCHO PERNAS

Santiago, cinco de mayo de dos mil diez.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que, con fecha 16 de abril de 2010, María Angélica Sancho Pernas, por sí, ha requerido a esta Magistratura Constitucional para que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, hoy artículo 199 del DFL N° 1/2005 del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2763 de 1979 y de las Leyes N°s 18.933 y 18.469, en el proceso de protección Rol 2510-2010, seguido en contra de la Isapre Colmena Golden Cross S.A., en actual tramitación ante la Corte Suprema, según consta en el certificado acompañado;

2°. Que, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Constitución Política, es atribución de este Tribunal: *“Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”*;

A su turno, el inciso decimoprimer del mismo precepto señala: *“En el caso del N° 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”*;

3°. Que la normativa aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, la cual razona en el sentido de que el pronunciamiento sobre la admisibilidad de un requerimiento de esta naturaleza establecido por la Ley Fundamental exige, previamente, resolver sobre la admisión a trámite del requerimiento. Así, el inciso primero del artículo 47 D de dicho texto legal establece que: *“Para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 47 A y 47 B. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres*

días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales”.

Por su parte, los artículos 47 A y 47 B de la legislación aludida establecen:

*“Artículo 47 A. En el caso del número 6° del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.*

*Si la cuestión es promovida por una parte ejerciendo la acción de inaplicabilidad, se deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.*

*Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.*

*El tribunal deberá dejar constancia en el expediente de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes del proceso”.*

*“Artículo 47 B. El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas”;*

4°. Que el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento de inaplicabilidad deducido en la Primera Sala de esta Magistratura;

5°. Que el examen de la acción constitucional interpuesta permite concluir que ella no satisface las exigencias previstas en los artículos 47 A y 47 B, transcritos precedentemente, para que pueda ser acogida a tramitación.

En efecto, sin perjuicio de que el certificado expedido por el tribunal de la causa sub lite, que fue acompañado por el requirente, no contiene todas las menciones que exige el citado artículo 47 A, en el requerimiento no se expone de qué forma se produciría el eventual resultado contrario a la Constitución que se denuncia, limitándose la actora a transcribir parcialmente la sentencia definitiva dictada en el proceso Rol N<sup>º</sup> 1.218, seguido ante esta Magistratura.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en los artículos 6°, 7° y 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6°, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República y en los artículos 47 A, 47 B y 47 D de la Ley N<sup>º</sup> 17.997,

**SE RESUELVE:**

Que no se acoge a tramitación el requerimiento deducido en lo principal de fojas uno, teniéndose por no presentado, para todos los efectos legales; al primer otrosí, atendido lo resuelto a lo principal, no ha lugar; al segundo otrosí, no ha lugar; al tercer otrosí, ténganse por acompañados los documentos que indica; al cuarto otrosí, téngase presente.

Notifíquese por carta certificada al requirente.

Archívese.

**Rol N° 1.694-2010**

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente Subrogante, Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake, y los Ministros señores Mario Fernández Baeza, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

**ROL N° 1.695-2010**

**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD RESPECTO  
DEL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY N° 20.022,  
CON EL OBJETO DE ESTABLECER UN NUEVO PLAZO PARA EL  
CIERRE DE TRIBUNALES DEL TRABAJO QUE INDICA  
Ley N° 20.438, de 29 de abril de 2010**

Santiago, veintidós de abril de dos mil diez.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.** Que, por oficio N° 8656, de 15 de abril de 2010, la Cámara de Diputados ha enviado el proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, Boletín N° 6870-07, que modifica la Ley N° 20.022, con el objeto de establecer un nuevo plazo para el cierre de los Tribunales del Trabajo que indica, a fin de que este Tribunal, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 1, de la Constitución Política de la República, ejerza el control de constitucionalidad respecto de su artículo 1°;



**SEGUNDO.** Que el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 1<sup>º</sup>, de la Constitución Política establece que es atribución de este Tribunal ejercer el control de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación;

**TERCERO.** Que el artículo 77, incisos primero y segundo, de la Carta Fundamental señala: *“Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República. La misma ley señalará las calidades que respectivamente deban tener los jueces y el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas ministros de Corte o jueces letrados.*

*La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, sólo podrá ser modificada oyendo previamente a la Corte Suprema de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva.”;*

**CUARTO.** Que la disposición del proyecto sometida a control preventivo de constitucionalidad establece:

*“Artículo 1<sup>º</sup>. Sustitúyese el inciso primero del artículo noveno transitorio de la ley N<sup>º</sup> 20.022 por los tres incisos siguientes, pasando el actual inciso segundo a ser cuarto, y así sucesivamente:*

*“Artículo noveno. La supresión de tribunales a que se refiere el artículo 2<sup>º</sup> se llevará a cabo dieciocho meses después de la entrada en vigencia de esta ley, salvo en el caso de Antofagasta, La Serena y Rancagua; un tribunal de Valparaíso y uno de Concepción, cuyas supresiones se llevarán a cabo después de treinta meses desde la entrada en vigencia de esta ley en la región respectiva.*

*En los casos de Valparaíso y Concepción, la Corte de Apelaciones correspondiente, previo informe técnico de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, determinará qué tribunal será el suprimido en cada plazo.*

*Vencidos los plazos señalados, las causas que se mantuvieren pendientes serán traspasadas a un juzgado de letras del trabajo o de cobranza laboral y previsional, según correspondiere, debiendo designarse en éste a un juez que asumirá su tramitación en conformidad al procedimiento vigente al momento de su iniciación.”;*

**QUINTO.** Que, de acuerdo al considerando segundo de esta sentencia, corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre la norma del proyecto remitido que está comprendida dentro de las materias que el Constituyente ha reservado a una ley orgánica constitucional;

**SEXTO.** Que el artículo único del proyecto, al modificar la Ley N<sup>º</sup> 20.022 en su artículo noveno transitorio, es propio de la ley orgánica constitucional a que alude el artículo 77, incisos primero y segundo, de la Carta Fundamental, puesto que se refiere a *“la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República”*, como ya lo ha declarado esta Magistratura en sus sentencias Rol N<sup>º</sup> 442, de fecha 11 de mayo de 2005, y Rol N<sup>º</sup> 1.028, de fecha 31 de enero de 2008;

**SÉPTIMO.** Que consta de los antecedentes que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 77, inciso segundo, de la Carta Fundamental;

**OCTAVO.** Que, de igual forma, consta en los autos que la norma a que se hace referencia en el considerando cuarto de esta sentencia, ha sido aprobada en ambas Cámaras del Congreso Nacional con las mayorías requeridas por el inciso segundo del artículo 66 de la Constitución y que sobre ella no se ha suscitado cuestión de constitucionalidad;

**NOVENO.** Que el artículo único del proyecto en examen no es contrario a la Constitución Política de la República.

y **VISTO** lo prescrito en los artículos 66, inciso segundo, 77, incisos primero y segundo, 93, inciso primero, N° 1°, e inciso segundo, de la Constitución Política de la República y lo dispuesto en los artículos 34 a 37 de la Ley N° 17.997,

**SE DECLARA:**

Que el artículo primero del proyecto remitido es constitucional.

Devuélvase el proyecto a la Cámara de Diputados, rubricado en cada una de sus hojas por la Secretaria del Tribunal, oficiándose al efecto.

Regístrese, déjese fotocopia del proyecto y archívese.

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben.

**Rol N° 1.695-2010**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

ROL N<sup>º</sup> 1.696-2010

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY  
N<sup>º</sup> 18.933, DEDUCIDO POR IGNACIO HERRERA ARAVENA

SENTENCIA DE FECHA 28 DE ABRIL DE 2011,  
EN EL MISMO SENTIDO QUE ROL N<sup>º</sup> 1.677

ROL N<sup>º</sup> 1.697-2010

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO  
DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY N<sup>º</sup> 18.933,  
DEDUCIDO POR CAROLINA PAROT URCELAY

Santiago, a dos de junio de dos mil once.

**VISTOS:**

Con fecha 19 de abril de 2010, doña Carolina Parot Urcelay ha requerido a esta Magistratura Constitucional para que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, en el marco del proceso de protección Rol N<sup>º</sup> 507-2010, incoado en contra de la Isapre Colmena Golden Cross S.A., en tramitación ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Doña Carolina Parot Urcelay menciona estar afiliada a la Isapre Colmena Golden Cross, identifica el plan al cual está integrada y señala ser objeto de un alza unilateral de un 10,6%, de 7,34 U.F. a 8,12 U.F. mensuales, sin acompañar contrato ni señalar fecha del mismo, ni tampoco especificar cuál sería el supuesto cambio de factores que motivaría el alza.

A fojas 2 señala que la aplicación del precepto impugnado vulneraría los numerales 2<sup>º</sup>, 9<sup>º</sup>, 18<sup>º</sup> y 24<sup>º</sup> del artículo 19 de la Carta Fundamental, de acuerdo a las argumentaciones ya conocidas por este Tribunal en diversas causas anteriores referidas a la solicitud de inaplicabilidad del mismo precepto.

Con fecha 28 de abril de 2010, la Primera Sala de este Tribunal acogió a trámite el requerimiento, suspendiendo el procedimiento en la gestión invocada.

Con fecha 4 de junio de 2010, la Isapre requerida solicitó que se declarara la inadmisibilidad del requerimiento en cuestión, pues el proceso de protección N° 507-2010, que constituye supuestamente la gestión pendiente, no se individualiza correctamente en el requerimiento, en cuyo otrosí que acompaña documentos se ofrece copia del proceso Rol N° 336-2010 del mismo tribunal de alzada, que no correspondería a la actora, pero que es del mismo abogado, aunque con otras partes, correspondiendo a Victoria Silva Aránguiz. Por otra parte, se señala que la carta de adecuación nada tiene que ver con la edad de la requirente, sino que se refiere al cambio de prestador preferente, haciendo ver que el presente proceso es parte de aquellos iniciados sin fundamento en contra de su mandante, solicitando la inadmisibilidad y condena en costas. Finalmente, acompaña el contrato de salud, de 28 de abril de 2006, y una carta de adecuación que rola a fojas 47.

En mérito de lo expuesto, la Primera Sala de esta Magistratura ordenó oficiar a la Superintendencia respectiva para que aclarara la discordancia de las cartas de adecuación (rolantes a fojas 17 y 47), remitiendo copia de los autos, y para que, en ejercicio de sus facultades, requiriera a la Isapre Colmena Golden Cross y remitiera a este Tribunal la información respectiva.

Con fecha 5 de octubre de 2010, la Superintendencia remitió copia de la carta de adecuación correspondiente, similar a la acompañada a fojas 47 por la Isapre requerida, de la cual se colige que el cambio del precio del plan de salud se fundamenta en el término del convenio entre la Isapre y el prestador preferente de salud, mas no obedece a un cambio de tramo de edad.

El día 20 de octubre de 2010 se declaró admisible el requerimiento deducido y posteriormente se confirió traslado acerca del fondo del conflicto constitucional planteado.

Con fecha 19 de noviembre de 2010 la parte requerida solicitó tener por reiteradas sus argumentaciones, formuladas en la etapa de admisibilidad.

Concluida la tramitación del proceso, se ordenó traer los autos en relación y se realizó la vista de la causa el día 25 de enero de 2011, y

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.** Que, como ha quedado expuesto en la parte expositiva de esta sentencia, la adecuación del contrato de salud de la requirente, doña Carolina Parot Urcelay, y que le fuera comunicada por la Isapre Colmena Golden Cross en enero de 2010, obedeció al término del convenio con el prestador preferente previsto en el referido contrato, y no a un incremento por la aplicación de la tabla de factores de riesgo, materia esta última que es la regulada por la disposición legal impugnada en el requerimiento;

**SEGUNDO.** Que, en tales circunstancias, el precepto legal objeto de reproche en este proceso constitucional no ha de tener aplicación en la resolución de la gestión pendiente, misma que incide en una materia totalmente diferente, cual es la modificación del contrato de salud por cambio del prestador preferente;

**TERCERO.** Que, en consecuencia y en conformidad a lo dispuesto en el inciso undécimo del artículo 93 constitucional y en el numeral 5° del artículo 84 de la Ley N<sup>o</sup> 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura, debe declararse improcedente la acción deducida en autos.

Y TENIENDO PRESENTE las normas constitucionales y legales precedentemente invocadas,

**SE RESUELVE:**

**QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE FOJAS 1 Y SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS, OFICIÁNDOSE AL EFECTO.**

Que no se condena en costas al requirente por estimar que ha tenido motivo plausible para litigar.

Redactó la sentencia el ministro señor Francisco Fernández Fredes.

Notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N<sup>o</sup> 1.697-2010**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, señora Marisol Peña Torres y señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney, Iván Aróstica Maldonado y el Suplente de Ministro señor Ricardo Israel Zipper. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

ROL N° 1.698-2010

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD  
POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER  
DE LA LEY N° 18.933, DEDUCIDO POR  
VÍCTOR RAMÍREZ DE ARELLA CARVALLO

RESOLUCIÓN DE INADMISIBILIDAD DE FECHA 25 DE AGOSTO  
DE 2010, EN EL MISMO SENTIDO QUE LA RECAÍDA  
EN EL ROL N° 1.659

ROL N° 1.699-2010

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO 38 TER  
DE LA LEY N° 18.933, DEDUCIDO POR  
VICTORIA SILVA ARÁNGUIZ

Santiago, veintiocho de abril de dos mil once.

**VISTOS:**

Con fecha 19 de abril de 2010, doña Victoria Silva Aránguiz ha deducido acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, en la causa sobre recurso de protección en contra de la Isapre Colmena Golden Cross, que se encuentra pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol de ingreso N° 336-2010.

El caso es que la requirente suscribió con la mencionada Isapre un plan de salud el 16 de marzo de 2007 (fojas 44) y, mediante carta de diciembre de 2009 (fojas 12), ésta le comunicó el cambio en el tramo de edad (25 años) de una de las beneficiarias de su plan y la consiguiente variación de su factor de riesgo, por lo que el precio del plan aumentó de 3,89 a 4,19 Unidades de Fomento mensuales.

Sostiene que el artículo 38 ter, en su aplicación al caso concreto, al autorizar el aumento del precio por el sólo hecho del envejecimiento del afiliado, resulta contrario a los artículos 1°, 5° y 6° de la Carta Fundamental, como asimismo a las garantías establecidas en el artículo 19 N°s 2°, 9°, 18° y 24° de la Constitución.

Lo anterior, toda vez que se establece una discriminación infundada y carente de razonabilidad; se vulnera su derecho a la protección de la salud, derecho social que se encuentra ligado al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, siendo un deber de las Isapres respetarlo y promoverlo; además, se infringe su derecho de acceso a la salud y a la elección del sistema de salud, restringiendo la facultad del afiliado para mantenerse en el sistema privado.

Agrega que se afecta su patrimonio, al tener que pagar un precio mayor sin que exista una contraprestación real y efectiva; se contraviene la reserva legal, al permitir el precepto impugnado que la Superintendencia de Salud establezca limitaciones a la propiedad a través de instrucciones, y que se conculca su derecho a la seguridad social, en el entendido que el contrato de salud previsional tiene naturaleza de institución de seguridad social y no de contrato de seguro privado.

En abono de sus alegaciones, al actor transcribe parte de las sentencias de esta Magistratura recaídas en las causas roles N<sup>OS</sup> 976 y 1.287.

Por resolución de 28 de abril de 2010 (fojas 21), la Primera Sala de este Tribunal admitió a trámite el requerimiento entablado y ordenó la suspensión del procedimiento en que incide; posteriormente, por resolución de 28 de julio del mismo año (fojas 50), lo declaró admisible.

La Isapre Colmena Golden Cross, representada por el abogado Claudio Arellano Parker, mediante presentación de fecha 4 de junio de 2010 (fojas 36), solicitó al Tribunal declarar la inadmisibilidad de la acción interpuesta, en virtud de que el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 no sería la norma de la cual deviene la aplicación de la tabla de factores por sexo y edad. Indica, en ese sentido, que la referida tabla de factores no es elaborada en base al artículo 38 ter impugnado, sino en atención a las instrucciones que la Superintendencia de Salud fija al respecto. Es cierto, señala, que la norma impugnada establece los parámetros que la Superintendencia debe atender para impartir dichas instrucciones. Sin embargo, enfatiza, el hecho de que se declare la inconstitucionalidad de la norma que establece dichos parámetros no convierte en inconstitucionales las tablas actualmente en uso y confeccionadas en base a esos criterios. Esta interpretación, señala, coincidiría con lo dispuesto en el artículo 94 de la Constitución, conforme al cual la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un precepto “no producirá efecto retroactivo”. Agrega que a pesar de que la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de parte del artículo 38 ter, impugnado en este proceso, dejó a la Superintendencia de Salud sin criterios legales para estructurar nuevas tablas de factores, ésta debería seguir velando para se apliquen correctamente las tablas dictadas con anterioridad al respectivo fallo, ya que dichas instrucciones continúan siendo obligatorias para las Isapres. De todo lo planteado, el requerido concluye que el artículo impugnado no puede ser decisorio litis en

la respectiva gestión pendiente toda vez que dicha norma no obligaría a ninguna de las partes de autos.

Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, el requerimiento fue puesto en conocimiento de los órganos constitucionales interesados y de la Isapre Colmena Golden Cross, sin que ésta formulara observaciones dentro del plazo legal.

Se ordenó traer los autos en relación y, en audiencia de fecha 2 de diciembre de 2010, se procedió a la vista de la causa conjuntamente con las causas roles N<sup>os</sup> 1.650, 1.640, 1.696 y 1.675.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.** Que, conforme con el artículo 93, incisos primero, N<sup>o</sup> 6<sup>o</sup>, y undécimo de la Constitución Política de la República, según se señala en la parte expositiva de esta sentencia, en la acción deducida en autos se solicita inaplicar –en lo pertinente– el artículo 38 ter de la Ley N<sup>o</sup> 18.933, sobre Instituciones de Salud Previsional, porque su aplicación al caso específico de que se trata, resultaría contraria a los reseñados derechos reconocidos por la Constitución;

**SEGUNDO.** Que, por sentencia de 6 de agosto de 2010 (STC Rol N<sup>o</sup> 1.710), expedida con arreglo al artículo 93, incisos primero, N<sup>o</sup> 7<sup>o</sup>, y duodécimo de la Constitución, este Tribunal ya se pronunció sobre la materia, declarando inconstitucionales los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del referido precepto legal, precisamente por contravenir la Carta Fundamental;

**TERCERO.** Que, por ende, a partir de la publicación del aludido fallo en el Diario Oficial, ocurrida el 9 de agosto de 2010, las reglas sobre alzas que preveían los N<sup>os</sup> 1 al 4 del inciso tercero del cuestionado artículo 38 ter, correspondiente al artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N<sup>o</sup> 1, de 2005, del Ministerio de Salud, perdieron validez general, de modo que no pueden seguir aplicándose, tal como razonó esta Magistratura en ese mismo veredicto (cc. centesimosexagesimonoveno al centesimoseptuagesimoprimer) y en su posterior sentencia recaída en los autos Rol N<sup>o</sup> 1.552;

**CUARTO.** Que, así las cosas, en procura de hacer eficaz lo resuelto en la mencionada sentencia de inconstitucionalidad y a fin de evitar cualquier posibilidad de que la norma legal objetada pueda, eventualmente, aplicarse por los tribunales que conocen de la gestión pendiente y que, al hacerlo, se vulnere la Constitución, el presente recurso de inaplicabilidad será acogido.

**Y TENIENDO, ADEMÁS, PRESENTE** lo prescrito en los artículos 6<sup>o</sup> y 7<sup>o</sup> de la Carta Fundamental, así como las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,



SE RESUELVE:

**QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS UNO.** Se deja sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 21. Oficiése al efecto a la Corte de Apelaciones de Santiago.

**Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán concurre** a lo resuelto, teniendo presente en relación a la referencia contenida en el considerando cuarto respecto de la jurisprudencia posterior a la inconstitucionalidad y, en particular, a la sentencia Rol N<sup>º</sup> 1.552, lo siguiente:

1<sup>º</sup>. Que con fecha 6 de agosto de 2010 esta Magistratura señaló, en los autos de inconstitucionalidad rol N<sup>º</sup> 1.710, que *“los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.993, son inconstitucionales”*. Como se sabe, dicho precepto decía relación con la circunstancia de que cada rango de edad que fijare la Superintendencia en sus instrucciones se debía sujetar a las siguientes reglas *“1. El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad; 2. Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años; 3. La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan; 4. La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo.”*;

2<sup>º</sup>. Que en dicha sentencia se sostuvo que *“como corolario del análisis efectuado, este Tribunal ha logrado convicción en cuanto a que los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 no cumplen los supuestos descritos en el considerando precedente y, por consiguiente, son incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, y lesionan, asimismo, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, en el sentido que todos ellos se encuentran reconocidos y asegurados en nuestra Carta Fundamental”* (c. centesimocuatragesimocuarto). Por lo mismo se dejó constancia de que *“esta Magistratura estima necesario, además, hacer presente que la determinación de la estructura de las tablas de factores y la fijación de los factores de cada una de ellas deberán ajustarse a lo que establezcan, en uso de sus facultades, los órganos colegisladores para dar cabal cumplimiento a lo resuelto en este fallo”* (c. centesimosexagesimotercero). Se trata de un llamado al legislador futuro;

3<sup>º</sup>. Que en más de un centenar de pronunciamientos (STC Roles N<sup>OS</sup> 742, 757, 761, 837, 845, 847 a 874, 876, 878, 879, 880, 882 a 942, 949 a 962, 971, 973, 974, 975 y 978, entre otros) esta Magistratura sostuvo la improcedencia de las acciones de inaplicabilidad presentadas respecto de un precepto declarado íntegramente inconstitucional. Fundó lo anterior en atención a que *“no le corresponde pronunciarse sobre un requerimiento recaído sobre preceptos legales que no tienen carácter de tales por encontrarse derogados*

a la fecha en que éste fue presentado”. Se hizo presente los efectos derogatorios de la declaración, entendiéndose que por lo mismo la sentencia sólo produce consecuencias a futuro, entendiéndose por tales “a las situaciones que ocurran con posterioridad a su publicación en el Diario Oficial”. De forma tal que carecería de “*facultades para declarar la inaplicabilidad de un precepto legal que no tiene existencia constitucional y que, además y a mayor abundamiento, como su principal consecuencia, ya no puede tener efecto alguno en la decisión del fondo de la materia en litis*”. Sin embargo, este previniente concurrió a dicha decisión en el entendido que el conflicto constitucional no resultaba factible al haber dejado de existir el precepto legal en cuestión, presupuesto básico de la inaplicabilidad, razón por la cual el precepto legal no podía aplicarse a partir de dicha decisión;

4°. Que en estos autos se ha acogido la acción de inaplicabilidad, remitiéndose en el considerando tercero a lo resuelto en los autos STC Rol Nº 1.552. En esta última decisión esta Magistratura hizo presente que la sentencia de inconstitucionalidad “*ha venido a afectar la totalidad de los contratos de salud en curso al 9 de agosto, donde fueron incorporadas las reglas sobre alzas que preveían los N<sup>os</sup> 1 a 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley Nº 18.933, puesto que –a contar de esa data– tales reglas perdieron validez general y, por tanto, no pueden seguir aplicándose*”. De modo tal que no resulta posible “*que un precepto invalidado por esta Magistratura (...) pueda seguir rigiendo hacia el futuro bajo la premisa de haberse encontrado vigente al momento de perfeccionarse la antedicha relación contractual*”; concluyéndose que los contratos de salud a partir de la fecha de la sentencia no pueden estar afectados a lo dispuesto en el precepto legal declarado inconstitucional y por lo mismo “*no tiene dicho precepto efecto ultractivo por el hecho de que hallara vigente al momento de perfeccionarse las mencionadas convenciones*”;

5°. Que, como lo señaló este previniente en todas las causas a que alude el considerando 3° de este voto, de conformidad a lo establecido en el artículo 94 de la Constitución Política de la República, inciso tercero, el precepto legal declarado inconstitucional, en este caso los números 1 a 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, “**se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo**”;

6°. Que en cuanto a los antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento de la disposición, es del caso reiterar la discusión suscitada en torno a la controversia, a objeto de precisar el propósito del constituyente;

7°. Que, en primer trámite constitucional, en el Senado, se consagraba que la norma legal que fuera declarada inconstitucional “**se entenderá derogada desde dicha publicación**”. En la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, el Senador señor Espina propuso una disposición según la cual “**la declaración de inconstitucionalidad no operará con efecto retroactivo respecto de todas aquellas gestiones**

*en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada*". Sobre el punto el Subsecretario del Interior de la época, señor Jorge Correa Sutil, opinó que, *"si bien intenta reafirmar la validez de aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada antes de una declaración de inconstitucionalidad, no impide que se susciten dudas en relación a actos, negocios, contratos y otros instrumentos suscritos con anterioridad a dicha declaración"*. Por su parte, el senador Larraín consideró innecesaria esta indicación pues *"las proposiciones que ella contiene son igualmente aplicables en virtud de los principios generales de derecho en esta materia, que son de común e indubitada aplicación en nuestro medio"*. Del mismo modo, los senadores Moreno y Silva Cimma *"coincidieron en cuanto a que tales disposiciones serían innecesarias"*. Así las cosas, se dejó expresa constancia en relación a que *"los fallos del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional un precepto legal producen efectos desde su publicación en el Diario Oficial y, en caso alguno, en forma retroactiva"*;

8°. Que, en segundo trámite, en la Cámara de Diputados también se discutió acerca del alcance de la inconstitucionalidad. Así, en sesión de 23 de marzo de 2005, la diputada señora Guzmán destacó la relevancia de la inconstitucionalidad, como una *"forma más consistente para asegurar la igualdad ante la ley"*. Por su parte, el diputado señor Bustos señaló la conveniencia de *"establecer un recurso de inconstitucionalidad en que la disposición quede erga omnes como tal y, por lo tanto, inválida jurídicamente"*. El texto aprobado en segundo trámite establecía que el precepto legal declarado inconstitucional quedaría sin efecto *"de pleno derecho"*;

9°. Que, con posterioridad, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se hizo presente ciertas dudas que se suscitaban en lo concerniente al momento a partir del cual el precepto declarado inconstitucional quedaba sin efecto, estimando que *"la redacción de esta norma no debería admitir la posibilidad que las resoluciones que el Tribunal Constitucional adopte en estos casos produzcan efectos retroactivos"*, solicitando al Ejecutivo recoger estas observaciones en el veto que el Presidente de la República podía formular;

10°. Que, por lo mismo, el efecto de las sentencias del Tribunal Constitucional fue materia de un veto presidencial, precisándose –en sus motivaciones– que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal *"sólo tiene carácter derogatorio y, por ende, su declaración de inconstitucionalidad no tiene efecto retroactivo"*. De modo tal que la disposición señala que el precepto declarado inconstitucional *"se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo"*. En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se consignó que este veto correspondía a *"ajustes que se han efectuado a diversos numerales del artículo 82"*. Esta materia fue aprobada en la Sala sin discusión y por unanimidad. La Cámara

de Diputados a su turno también lo aprobó, destacándose por los diputados Guzmán y Bustos la relevancia de la acción de inconstitucionalidad;

11°. Que sobre el punto la doctrina especializada ha señalado que la decisión del constituyente en cuanto al efecto derogatorio y no retroactivo, *ex nunc*, “es compleja y no exenta de críticas”, habida consideración de que ello “tiene enormes implicancias y se relaciona con juicios sentenciados conforme a preceptos legales declarados inconstitucionales; con procesos en marcha, y derechos, situaciones o posiciones adquiridas en dicho periodo conforme a un precepto legal inconstitucional”, incluso en materias tan relevantes como la penal; sin embargo, concluye, “la Constitución es categórica: prohíbe aplicar efectos retroactivos a una sentencia de inconstitucionalidad” (Gastón Gómez Bernales, La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional, en Reforma Constitucional, 2005, página 683). Otro autor ha puntualizado, con motivo de la prohibición de efecto retroactivo de la sentencia de inconstitucionalidad, que la regla constitucional “parece excesivamente rígida, ya que en algunos casos excepcionales se puede requerir que la sentencia pueda generar efectos *ex tunc*. Un caso concreto donde parece razonable la aplicación de criterios *ex tunc* es cuando se impugna la inconstitucionalidad de un precepto legal por vicios de procedimiento o forma; declarada la inaplicabilidad en concreto y solicitada la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, parece difícil sostener que una norma que no pudo nacer constitucionalmente pueda considerarse válida e integrante del ordenamiento jurídico hasta el momento de la expulsión por fallo del Tribunal Constitucional; parece que en tal caso se justifica los efectos *ex tunc*, dejando a salvo los derechos adquiridos y la cosa juzgada” (Humberto Nogueira Alcalá, El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad de las leyes en la reforma constitucional de 2005. De las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias, en La Constitución Reformada de 2005, páginas 444 y 445);

12°. Que de lo dicho se desprende que el propósito del constituyente fue evitar que la decisión de inconstitucionalidad pudiera tener efectos retroactivos, de forma tal de no alterar situaciones jurídicas consolidadas o amparadas por sentencia o resolución que produzca efectos de cosa juzgada. Como señaló esta misma Magistratura, en los autos de inconstitucionalidad: “de lo expresado anteriormente, debe concluirse que el artículo 94 de la Constitución, al referirse a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, y señalar que la norma declarada inconstitucional se entenderá derogada, alude a una especie de derogación *sui generis*, que debe distinguirse de la derogación efectuada por el legislador, toda vez que no responde a razones de mérito sino a la verificación de un vicio constitucional de orden público; por lo mismo, un efecto ultractivo de las normas derogadas es limitado y sólo opera para el futuro” (c. vigesimoséptimo). De este modo, “la sentencia que dicte el Tribunal Constitucional no puede afectar situaciones consolidadas, esto es, nacidas y concluidas bajo el imperio de la o las normas declaradas inconstitucionales” (c. centesimo-

sexagesimoctavo). En otras palabras, el hecho de que su sentencia carezca de efectos retroactivos significa que “*no afecta situaciones acaecidas ni actos realizados con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial*” (STC Rol N<sup>º</sup> 597, c. quinto);

13°. Que así las cosas, teniendo presente la circunstancia de que los numerales 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 han sido derogados como consecuencia de la sentencia dictada por este Tribunal, en conformidad a lo prescrito en el artículo 94 de la Constitución Política de la República, debe concluirse que la disposición no puede recibir aplicación en la causa *sub lite*, tal como se señaló en los autos Rol N<sup>º</sup> 685;

14°. Que, por último, a este Tribunal, como también lo ha señalado esta Magistratura, no le corresponde pronunciarse sobre la validez de los pactos contractuales suscritos con anterioridad a la publicación en el Diario Oficial de la sentencia de inconstitucionalidad, lo que es de resorte y competencia exclusiva del juez de la instancia (STC Rol N<sup>º</sup> 685, c. decimotercero). Por lo mismo, tal como lo comunicó este Tribunal frente a una consulta formulada por la Corte Suprema, en resolución de 17 de julio de 2007, “*la sentencia de inconstitucionalidad dictada por este organismo y a la que alude el oficio, no puede, ni pueden producir, ningún efecto respecto de la facultad privativa que tiene vuestra Excelencia para resolver, en ejercicio de su competencia, la causa sub lite*”. De igual forma como también le corresponderá a la judicatura ordinaria determinar si el precepto legal no resulta aplicable a la *litis* en atención a la fecha de suscripción de los contratos respectivos de salud, tal como lo ha señalado este Tribunal (STC Roles N<sup>OS</sup> 1.544, 1.644 y 1.646) y la propia Sala Constitucional de la Corte Suprema (Rol 7779-2008).

**El Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney concurre** al fallo con la siguiente prevención:

1°. Que, dado el carácter de legislador negativo del Tribunal Constitucional, las sentencias que establecen la inconstitucionalidad de un precepto legal sólo producen efectos constitutivos *erga omnes* y *ex nunc* o *pro futuro* a partir de su publicación en el Diario Oficial, sin afectar situaciones consolidadas mediante contratos celebrados al amparo de la norma cuya inconstitucionalidad se declara;

2°. Que el tema de los efectos de tales sentencias en el tiempo fue ampliamente debatido durante la reforma a la Constitución efectuada el año 2005, cuando se introdujo la facultad contenida en el actual artículo 93, N<sup>º</sup> 7°, de la Constitución. En dicha ocasión, a sugerencia del Ministro Eugenio Valenzuela, se alcanzó consenso respecto a la necesidad de evitar incertidumbres del todo inconvenientes para el ordenamiento jurídico, especialmente en materia civil. Como consta en la historia fidedigna de

dicha reforma, se estimó conveniente dejar expresa constancia en relación a que los fallos del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional un precepto legal producen efectos desde su publicación en el Diario Oficial y, en caso alguno, tienen efecto retroactivo (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Boletines N<sup>os</sup> 2.526-07 y 2.534-07, p. 278);

3°. Que lo anterior fue reforzado por el veto enviado por el Ejecutivo, el cual estableció que *“no obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoga el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”*, no dejando lugar a dudas sobre los alcances exclusivamente prospectivos de tales sentencias;

4°. Que, al efecto, se tuvo en consideración el ejemplo de otros países, como Italia, donde impera el principio de irretroactividad de las sentencias de inconstitucionalidad, sin que se vea lesionada o menoscabada la supremacía constitucional;

5°. Que, en consecuencia, una declaración de inconstitucionalidad por parte de esta Magistratura no puede afectar los derechos legalmente constituidos ni las situaciones consolidadas mediante contratos celebrados con anterioridad, tal como lo sostiene la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes;

6°. Que, por tanto, los procesos judiciales que se suscitaron antes de la sentencia de este Tribunal que declaró inconstitucional parte del artículo 38 ter de la Ley N<sup>o</sup> 18.933, sobre la aplicación de los contratos de salud válidamente celebrados con antelación a esa fecha, deben ser resueltos conforme a las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la sentencia de inconstitucionalidad de esta Magistratura;

7°. Que, por ende, corresponde acoger el presente recurso de inaplicabilidad por las razones de fondo que esta Magistratura ha señalado en numerosas oportunidades, pues, efectivamente, la posible aplicación del artículo 38 ter de la Ley N<sup>o</sup> 18.933, actual artículo 199 del D.F.L. N<sup>o</sup> 1, del Ministerio de Salud, de 2005, en el caso en cuestión provocaría efectos contrarios a la Constitución.

**Acordada con el voto en contra de la Ministra señora Marisol Peña Torres** quien estuvo por rechazar el requerimiento de autos, en base a las siguientes consideraciones:

1°. Que, tal como se indica en la parte expositiva, la requirente, doña Victoria Silva Aránguiz, suscribió un contrato de salud con la Isapre Colmena Golden Cross, en marzo del año 2007. Mediante carta de diciembre de 2009, ésta le informó a la cotizante que correspondía actualizar el factor etáreo de su contrato de salud vigente, reajustándose por este concepto el precio del mismo. Fue la variación del rango de edad de una

de las beneficiarias de la requirente lo que motivó el cambio del valor del índice o factor de riesgo de su plan. En este contexto, al cumplir María Verde Silva, la edad de 25 años, el factor respectivo se eleva desde 0,90 a 1,40, lo que implica un alza del 15.33% en el precio total del plan de salud cuyo precio se eleva a 4,19 unidades de fomento.

Éstas son las razones fundamentales que motivaron la interposición del respetivo recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, el 29 de enero del 2010, constituyendo la gestión pendiente en la que se solicita inaplicar el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, que corresponde al artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N<sup>º</sup> 1, de 2005, del Ministerio de Salud;

2°. Que la sentencia de este Tribunal que pronunció la inconstitucionalidad de cuatro numerales del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 fue dictada el 6 de agosto de 2010, entendiéndose derogada aquella parte del precepto legal indicado desde la publicación de dicha sentencia en el Diario Oficial, lo que ocurrió el 9 de agosto de ese mismo año por aplicación de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 94 de la Carta Fundamental;

3°. Que la disposición constitucional recién mencionada señala expresamente: “(...) el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo.” (El subrayado es nuestro). Cabe entender, entonces que, por expresa disposición constitucional, la sentencia que pronuncia la inconstitucionalidad de un precepto legal no puede hacerse extensiva a situaciones que tienen su origen en situaciones anteriores a su publicación en el Diario Oficial, pues ello implicaría violentar la voluntad del Constituyente que optó por otorgarle efectos *ex nunc* a dicha sentencia y no efectos *ex tunc* como ocurre con otros ordenamientos normativos en el Derecho Comparado;

4°. Que el problema a determinar, en relación con el caso concreto que en esta oportunidad se decide, es si el efecto no retroactivo de las sentencias de inconstitucionalidad –a que alude el inciso tercero del artículo 94 de la Carta Fundamental– es de carácter absoluto o puede matizarse en algunos casos sin violentar la voluntad del Constituyente;

5°. Que, sobre este punto, conviene recordar que el propio creador de la jurisdicción constitucional concentrada, el jurista Hans Kelsen sostenía que “*sería conveniente en interés de la propia seguridad jurídica, no atribuir, en principio, ningún efecto retroactivo a la anulación de normas generales. Al menos dejar subsistir todos los actos jurídicos anteriormente realizados con base a la norma en cuestión. Pero ese interés no existe cuando los hechos anteriores a la anulación no han sido todavía objeto –al momento en que la anulación se produce– de ninguna decisión de autoridad pública, los cuales si se evitara todo efecto*

*retroactivo a la resolución de anulación, deberían ser juzgados en virtud de que la norma general es anulada pro futuro, esto es, para los hechos posteriores a su anulación— de acuerdo con la norma anulada (...).*” (“La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”. Traducción de Rolando Tamayo Salmorán revisada por Domingo García Belaúnde. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Nº 10, julio-diciembre 2008, p. 25);

6°. Que si bien el Constituyente del año 2005 optó por conferir un efecto “*derogatorio*” y no “*anulatorio*” a la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal —lo que naturalmente no tiene el mismo alcance—, la doctrina especializada ha estimado que la regla constitucional que contempla el efecto no retroactivo de la aludida declaración parece excesivamente rígida, ya que en algunos casos excepcionales se puede requerir que la sentencia pueda generar efectos *ex tunc* (Nogueira Alcalá, Humberto. “El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias.” En: Francisco Zúñiga (Coord.). Reforma constitucional. Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 615);

7°. Que, en ese sentido, durante la discusión de la reforma constitucional del año 2005, el senador Alberto Espina promovió una indicación tendiente a agregar al entonces inciso tercero del artículo 83 (hoy 94) de la Constitución, la siguiente oración: “*La declaración de inconstitucionalidad no operará con efecto retroactivo respecto de todas aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada.*” (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 8 de marzo de 2003);

8°. Que, por su parte, el Subsecretario del Interior, Jorge Correa Sutil, acotaba, respecto de este punto que: “*la indicación 269 (del Ejecutivo), si bien intenta reafirmar la validez de aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada antes de una declaración de inconstitucionalidad, no impide que se susciten dudas en relación a actos, negocios, contratos y otros instrumentos suscritos con anterioridad a dicha declaración.*”

Por su parte, en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se estimó conveniente dejar expresa constancia de que los fallos del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional un precepto legal producen efectos desde su publicación en el Diario Oficial y “*en ningún caso en forma retroactiva*”. (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 8 de marzo de 2003).

De esta forma, al rechazarse las indicaciones que tendían a matizar el efecto no retroactivo de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de un precepto legal, sólo cabe concluir que el Tribunal Constitucional no está autorizado por la Ley Suprema para atribuirles dicho efecto;



9°. Que, así, y en lo que a la resolución de este conflicto de constitucionalidad atañe, no cabe, a juicio de esta disidente, retrotraer los efectos de la sentencia recaída en el Rol N<sup>º</sup> 1.710 a un contrato celebrado con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial, con mayor razón cuando el conflicto sometido a esta Magistratura se ha originado en un alza en el precio del plan de salud basado en la aplicación de la tabla de factores incorporada a ese contrato, que se ha reclamado, también, con anterioridad (29 de enero de 2010) a la fecha de publicación de dicha sentencia en el Diario Oficial;

10°. Que, con todo, distinta es la necesidad que asiste a este Tribunal de examinar si el precepto legal impugnado en estos autos –el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, que corresponde al artículo 199 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, de 2005, del Ministerio de Salud– puede recibir aplicación en la reclamación que sustancia la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el rol de ingreso N<sup>º</sup> 336-2010, teniendo presente que, al momento de su interposición, dicho precepto legal no se encontraba derogado y que, además, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, “*los contratos de salud previsional que se celebren con posterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley deberán ajustarse a ella.*”;

11°. Que, en esa línea de razonamiento debe recordarse la jurisprudencia de esta Magistratura, en el sentido que basta que el precepto legal impugnado tenga la posibilidad de aplicarse en la gestión pendiente de que se trata –y, eventualmente, de forma inconstitucional– para que este Tribunal deba entrar a pronunciarse sobre su inaplicabilidad.

Se ha sostenido, en efecto, que “*(...) para fundar una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es suficiente que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto, correspondiendo al Tribunal únicamente verificar la posibilidad de que el precepto legal sea aplicado a un caso, para quedar obligado a pronunciarse sobre la acción deducida, y que la acción de inaplicabilidad es un medio de accionar en contra de la aplicación de normas legales determinadas contenidas en una gestión judicial y que puedan resultar derecho aplicable (STC roles N<sup>os</sup> 501, 505, 790, y 943, entre otros).*” (STC Rol N<sup>º</sup> 1.295, c. cuadragésimosegundo);

12°. Que, desde este punto de vista, la requirente sostiene, en su libelo, que “*siendo una de las razones que motiva el recurso de protección interpuesto ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, precisamente la arbitrariedad que supone el ostensible e inexorable aumento de precio de los planes de salud a medida que las personas envejecen y por el hecho de ser mujer (una de mis cargas mujeres), de la simple lectura del texto transcrito se desprende que la norma impugnada resulta directamente aplicable para resolver la cuestión debatida en dicha gestión pendiente.*” (Página 3 del requerimiento).

Por su parte, la carta de adecuación dirigida por la Colmena Golden Cross a la requirente, de diciembre de 2009, y que rola a fojas 12 de estos

autos, precisa que: “(...) *el precio de su plan complementario ha experimentado una variación producto de cambio en el tramo de edad de acuerdo al siguiente detalle: Nombre: María Verde Silva. Factor anterior 0,90. Factor nuevo: 1,40. Variación: 0,50. Total variación: 0,50*”.

**13°.** Que, así, la acción de inaplicabilidad deducida en esta oportunidad se funda en el hecho de que, de aplicarse por la Corte de Apelaciones de Santiago, el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que corresponde al artículo 199 del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, para fallar la reclamación deducida por doña Victoria Silva Aránguiz, se producirá una vulneración de los derechos asegurados en los numerales 2° (igualdad ante la ley); 9° (derecho a la protección de la salud); 18° (derecho a la seguridad social) y 24° (derecho de propiedad) del artículo 19 de la Constitución Política. Entonces, la sola posibilidad de que dicha aplicación produzca un resultado contrario a la Constitución es suficiente para que, conforme a su jurisprudencia reiterada, este Tribunal deba decidir su inaplicabilidad a la luz de las circunstancias propias del control concreto que ella supone;

**14°.** Que de conformidad a lo previsto en el artículo 93, inciso primero, N° 6° de la Carta Fundamental, el Tribunal Constitucional debe decidir la inaplicabilidad de un precepto legal “*cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.*” De ello se deduce que lo que puede resultar contrario a la Carta Fundamental es la aplicación que un determinado precepto legal recibirá en una gestión judicial concreta, a la luz de las particulares circunstancias que la rodean. Sólo así puede comprenderse por qué, en la jurisprudencia de esta Magistratura un mismo precepto legal, en algunos casos, ha sido declarado inaplicable y en otros, no (artículo 299, N° 3°, del Código de Justicia Militar);

**15°.** Que, sobre la base explicada, y para decidir el conflicto de constitucionalidad que ha de resolverse en esta oportunidad debe considerarse que esta Magistratura ha acogido, en reiteradas oportunidades, acciones de inaplicabilidad referidas al artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que es la misma norma impugnada en esta ocasión. De hecho, y antes de pronunciarse la inconstitucionalidad de dicha norma, con efectos erga omnes, decidió la inaplicabilidad de dicho precepto legal en los roles N°s 976, 1.218, 1.287 y 1.273;

**16°.** Que, como esta Ministra disidente señaló en su voto particular recaído en la sentencia Rol N° 1.710, tales acciones de inaplicabilidad se dedujeron teniendo como gestión pendiente, sendos recursos de protección deducidos ante Cortes de Apelaciones, reclamando de la ilegalidad y arbitrariedad en que había incurrido la Isapre respectiva, al subir, unilateralmente, el precio del plan de salud por aplicación de la tabla de factores contenida en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 introducido

por la Ley N<sup>º</sup> 20.015. Ello coincide con el fundamento del recurso de protección que constituye la gestión pendiente en el presente requerimiento de inaplicabilidad.

Pero, además, en aquel voto particular, se precisó que *“las referidas acciones de inaplicabilidad fueron deducidas por personas afiliadas a diversas Instituciones de Salud Previsional (Isapres), quienes fueron notificadas, mediante la respectiva carta de adecuación de un alza en el precio de su plan de salud como consecuencia de la modificación experimentada en el valor de éste, no en su precio base, sino que en la aplicación de la tabla de factores a que alude el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, en base a los factores de edad y sexo, respectivamente.”* Se indicó, también, que *“los diversos requirentes de inaplicabilidad, en cada uno de esos procesos, fueron personas de 60 años de edad o más.”* (c. decimosexto).

Finalmente, se sostuvo, siguiendo la jurisprudencia previa del Tribunal, que *“la introducción de factores como el sexo y la edad, así como la diferencia de tramos en aplicación de esos criterios, en cuanto modalidades de estructuración de una tabla de factores (...) no son, en sí mismas, arbitrarias o carentes de razonabilidad, en la medida que se basan en la consideración de factores objetivos y fácilmente comprobables, como la mayor demanda de prestaciones de salud por parte de la mujer en edad fértil o de las personas mayores de 60 años de edad.”*

*“Distinto es lo relativo a la forma cómo se aplica la tabla de factores, sin considerar la vulnerabilidad que, en determinadas etapas de la vida, afecta a ciertas personas. Un aumento indiscriminado de los precios de los planes de salud respecto de ellas, ciertamente, podría lesionar los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social cuando no se consideran mecanismos de solidaridad que permitan soportar dichas alzas sin discontinuar el acceso a las prestaciones de salud.”* (c. trigésimoquinto);

**17°.** Que las declaraciones previas de inaplicabilidad recaídas en los roles N<sup>os</sup> 976, 1.218, 1.287 y 1.273 identifican la postura de esta Ministra disidente sobre la base de constatarse que la vulneración, en cada una de las gestiones judiciales pendientes, de los derechos constitucionales mencionados se producía porque el alza en el precio del respectivo plan de salud, como consecuencia de la aplicación de la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, se producía considerando los factores edad y sexo a que ella alude, de forma que personas que objetivamente se encontraban en condiciones de particular vulnerabilidad, no sólo por su edad, sino por su condición de *“cotizantes cautivos”*, eran discriminadas y desprotegidas desde el punto de vista de la seguridad social, haciendo además ilusorio su derecho a elegir el sistema de salud al que habían decidido estar adscritas;

**18°.** Que un razonamiento congruente con tal juicio y que además resulte acorde a la naturaleza propia de un control concreto como el que importa la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad exige examinar si, en la especie, se dan condiciones similares a las que motivaron

la decisión de esta magistrada en las sentencias previas de inaplicabilidad a que se ha hecho referencia;

**19°.** Que, en tal sentido, del contrato de salud acompañado a estos autos por la Isapre Colmena Golden Cross, de 16 de marzo de 2007, puede desprenderse que doña María Victoria Verde Silva, hija y beneficiaria de la cotizante y requirente de inaplicabilidad, doña Victoria Silva Aránguiz, tenía 25 años de edad al momento de la interposición del reclamo que originó la gestión pendiente. Según la tabla de factores, incorporada a dicho contrato referido al plan de salud LINE 106, la adecuación en el precio del plan de la requirente, comunicada por carta de diciembre de 2009, se debe, precisamente a que su hija cambió de tramo de edad. En efecto, en el tramo que va desde los 20 a los 25 años de edad, el factor que debía aplicarse al precio base era de 0,90. En cambio, al cumplir 25 años, cambia al tramo que va desde esa edad a los 30 años, donde el factor corresponde a 1,40 propio de su condición de carga mujer.

**20°.** Que, por tanto, a la luz de los hechos que se han reseñado, no se aprecia cómo, en este caso concreto, la aplicación del artículo 38 de la Ley N° 18.933 puede producir un resultado contrario a la igualdad ante la ley, pues no existe una desigualdad esencial que grave a la requirente en forma distinta y discriminatoria respecto de otros cotizantes que tengan una situación familiar similar. Lo anterior, entendiendo, como lo ha hecho este Tribunal, que la discriminación que vulnera la igualdad ante la ley es aquélla carente de razonabilidad, que no respeta la igualdad de trato que la Constitución ha querido cautelar entre aquellos que se encuentran en una misma situación.

En el caso concreto, estamos frente a un cotizante joven, de 49 años de edad, cuya carga o beneficiaria es una joven, de 25 años de edad. Resulta evidente, por tanto, que no se configura la condición de vulnerabilidad propia de los mayores de 60 años de edad, afectados por dolencias físicas inherentes a la edad y que, en muchos casos, sólo perciben ingresos provenientes de sus pensiones de jubilación;

**21°.** Que, en idéntico sentido, esta Ministra disidente estima que no existe afectación del derecho a la protección de la salud, particularmente en lo que se refiere a la libre elección del sistema de salud, pues, a diferencia de lo que sostiene la requirente, no se ha acreditado en autos que estemos frente a una “cotizante cautiva” (concepto definido en la letra i) del artículo 170 del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud) que se encuentre impedida de emigrar hacia otra institución de salud previsional que le resulte más adecuada a la realidad de sus ingresos o, incluso, al sistema público representado por el Fondo Nacional de Salud (FONASA);

**22°.** Que, asimismo, no se aprecia cómo, en la especie, podría producirse una afectación del derecho a la seguridad social, asegurado a toda persona para protegerla de las contingencias derivadas, entre otros fac-

tores, de la edad, y que disminuyan su capacidad de afrontarlas por sí misma cuando, como se ha dicho, nos encontramos frente a una persona aún joven de 49 años de edad, con una beneficiaria también joven, de 25 años de edad, las cuales no padecen dolencias especiales que hayan sido demostradas en este proceso constitucional. Estas particulares condiciones de la requirente y de su grupo familiar permiten afirmar que ésta no se encuentra en una condición de particular vulnerabilidad que amerite un trato especial y diferente al de sus iguales;

23°. Que, finalmente, tampoco puede estimarse infringido el derecho de propiedad de la requirente, pues el alza operada en el precio de su plan de salud, producto del cambio del factor étáreo de su hija, no parece tener la entidad suficiente como para sostener que produce una merma significativa de su patrimonio, pues partió con una cotización pactada en su contrato de salud de 5,11 unidades de fomento, la que ahora ha disminuido a 4,19 unidades de fomento, lo que lejos de gravarla mejora su situación patrimonial. Con todo, éste es un aspecto que deberá ser apreciado, latamente, por el juez del fondo.

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben y las prevenciones y la disidencia, sus autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

### **Rol N<sup>º</sup> 1.699-2010**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

ROL Nº 1.700-2010

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO 2º  
DE LA LEY Nº 20.015, DEDUCIDO POR  
PAOLA KAISER ASTETE Y FELIPE DÍAZ STUVEN

Santiago, a catorce de diciembre de dos mil diez.

Proveyendo al escrito de fojas 79, a lo principal, estése al mérito de lo que a continuación se resolverá; al primer otrosí, ténganse por acompañados los documentos, en forma legal; al segundo otrosí, téngase presente.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1º. Que, con fecha 20 de abril de 2010, Paola Kaiser Astete y Felipe Díaz Stuvén, han requerido a esta Magistratura Constitucional para que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, respecto del artículo 2º de la Ley Nº 20.015, en el marco del proceso de protección rol 135-2010, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en contra de la Isapre Colmena Golden Cross S.A.;

2º. Que el artículo 93, inciso primero, Nº 6º, de la Constitución Política establece que es atribución de este Tribunal Constitucional “*resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.*”.

El inciso decimoprimer del mismo precepto de la Carta Fundamental dispone que “*en el caso del número 6º, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.*”;

3º. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley Nº 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial de 10 de agosto de 2010. Así, el inciso primero del artículo

82 de dicho texto legal establece que “*para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 79 y 80. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales*”.

Por su parte, los artículos 79 y 80 de la legislación aludida establecen: “*Artículo 79. En el caso del número 6° del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.*

*Si la cuestión es promovida por una parte ejerciendo la acción de inaplicabilidad, se deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.*

*Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.*

*El tribunal deberá dejar constancia en el expediente de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes del proceso”.*

“*Artículo 80. El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas.”;*

4°. Que, por otra parte, el artículo 84 de dicha ley orgánica constitucional establece que:

*“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:*

1° *Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado;*

2° *Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;*

3° *Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada;*

4° *Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal;*

5° *Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y*

6° *Cuando carezca de fundamento plausible.*

*Declarada la inadmisibilidad por resolución que deberá ser fundada, ésta será notificada a quien haya recurrido, al juez que conozca de la gestión judicial pendiente y a las demás partes que intervengan en ella, y el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.*

*La resolución que declare la admisibilidad o inadmisibilidad del requerimiento no será susceptible de recurso alguno.”;*

5°. Que, con fecha 20 de abril de 2010, el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento de inaplicabilidad deducido en la Segunda Sala de esta Magistratura, que con fecha 4 de mayo acogió a tramitación el requerimiento deducido;

6°. Que la norma legal impugnada en autos, el artículo 2° de la Ley N° 20.015, simplemente establece la transitoriedad de las situaciones contractuales anteriores y posteriores al año 2005. Esa norma no establece regulación sustantiva alguna sobre los contratos de salud, sino que sólo determina los efectos en el tiempo de la Ley N° 20.015, ya que precisa cómo deben adaptarse los contratos vigentes a julio de 2005 a sus disposiciones

7°. Que así, el precepto legal impugnado se limita a regular la entrada en vigencia de esta ley, acaecida en el mes de julio del año 2005, y su forma de aplicación a los contratos de salud previsual que se celebren con posterioridad a ello, sin perjuicio de que, en su inciso final, hace también aplicable sus disposiciones en el evento de que el afiliado –con posterioridad a su entrada en vigencia– optare por aceptar un plan alternativo o contratare un nuevo plan, situación que no acontece respecto del requirente;

8°. Que, atendido lo expuesto, al tratarse de una normativa sobre aplicación de la ley en el tiempo, la cuestión planteada constituye un asunto de mera legalidad, propio de los jueces del fondo, sin que se pueda vislumbrar cómo la aplicación del precepto impugnado podría producir un efecto contrario a la Carta Fundamental.

9°. Que, examinado el requerimiento, y atendido el mérito de los antecedentes tenidos a la vista, esta Sala concluye que la acción constitucional deducida no cumple con la exigencia constitucional transcrita, según la cual el requerimiento debe encontrarse “razonablemente fundado” y, en los términos usados por el numeral 6° del artículo 84 de la citada ley orgánica constitucional, carece de fundamento plausible;

10°. Que, a partir del mérito de los antecedentes tenidos a la vista, esta Sala ha logrado convicción en cuanto a que la acción deducida es inadmisibile.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo establecido en el artículo 93, inciso primero, N° 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política y en los artículos 79, 80, 82 y 84, N° 6°, y demás normas pertinentes de la Ley N° 17.997,



Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N<sup>º</sup> 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial de 10 de agosto de 2010,

**SE DECLARA inadmisibile** el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas uno. Téngase por no presentado para todos los efectos legales y déjase sin efecto la suspensión del procedimiento, oficiándose al efecto.

Notifíquese por carta certificada y comuníquese a la Corte de Apelaciones de Santiago.

Archívese.

### **Rol N<sup>º</sup> 1.700-2010**

Se certifica que la Ministra señora Marisol Peña Torres y el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado concurrieron al acuerdo, pero no firman la resolución por encontrarse enferma, la primera y haciendo uso de feriado legal, el segundo.

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, la Ministra señora Marisol Peña Torres y los Ministros señores Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

## **ROL N<sup>º</sup> 1.701-2010**

### **REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 199 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY N<sup>º</sup> 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, DEDUCIDO POR TERESA DÍAZ SQUELLA**

Santiago, veintidós de abril de dos mil diez.

Resolviendo a lo principal de fojas 38, atendido a lo establecido en el artículo 33 A de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, ha lugar. Téngase por retirado el requerimiento

interpuesto a fojas 1 y por no presentado para todos los efectos legales. Al otrosí, como se pide a la devolución de los documentos acompañados.

Déjese sin efecto lo ordenado a fojas 37.

Notifíquese por carta certificada al requirente.

Archívese la carátula conjuntamente con la presente resolución.

**Rol Nº 1.701-2010**

Marcelo Venegas Palacios (Presidente). Marta de la Fuente Olguín (Secretaria).

**ROL Nº 1.702-2010**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO 39,  
INCISO CUARTO, DEL DECRETO LEY Nº 2186, LEY ORGÁNICA  
DE PROCEDIMIENTO DE EXPROPIACIONES, DEDUCIDO POR  
MARÍA ELIZABETH ZÚÑIGA MARILEO Y OTROS**

Santiago, veintiséis de mayo de dos mil diez.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1°. Que, mediante resolución de fojas 34, se admitió a tramitación el requerimiento materia de autos, en el cual el abogado Cristián Manasevich, en representación de la señora María Elizabeth Zúñiga Marileo y otros, ha solicitado a esta Magistratura la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso cuarto del artículo 39 del Decreto Ley Nº 2186, de 1979, que aprueba la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones, en la causa sobre reclamo de expropiación adicional que se sigue ante el Tercer Juzgado Civil de San Miguel bajo el Rol C-14.244-2009, iniciado por su parte en contra del Servicio de Vivienda y Urbanización Metropolitano;

2°. Que para resolver sobre la admisibilidad de esta acción este Tribunal previamente escuchó los alegatos que los abogados de los requirentes y del referido servicio público formularon en la audiencia fijada para el día 19 de mayo de 2010, a las 10:30 horas, por resolución de fojas 96;

3°. Que el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6°, de la Ley Fundamental establece que es atribución de este Tribunal Constitucional “*resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.*”.

A su turno, el inciso undécimo del mismo precepto fundamental señala: “*En el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.*”;

4°. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Así el artículo 47 F de esa ley establece que: “*Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:*

1° *Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado;*

2° *Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;*

3° *Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada;*

4° *Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal;*

5° *Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y*

6° *Cuando carezca de fundamento plausible.*

*Declarada la inadmisibilidad por resolución que deberá ser fundada, ésta será notificada a quien haya recurrido, al juez que conozca de la gestión judicial pendiente y a las demás partes que intervengan en ella, y el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.*

*La resolución que declare la admisibilidad o inadmisibilidad del requerimiento no será susceptible de recurso alguno.*”;

5°. Que, atendido el mérito de los antecedentes tenidos a la vista, esta Sala ha logrado convicción en cuanto a que la acción constitucional deducida debe ser declarada inadmisibile por no cumplir el requisito establecido en el artículo 93, inciso undécimo, de la Constitución Política, en relación con el artículo 47 F, N<sup>º</sup> 5°, de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, en orden a que

la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución del asunto *sub lite*;

6°. Que, en efecto, consta de los antecedentes tenidos a la vista por este Tribunal que, con fecha 5 de mayo de 2010, la parte requirente en estos autos de inaplicabilidad dedujo recurso de apelación contra la sentencia pronunciada por el Tercer Juzgado Civil de San Miguel, el 29 de abril del presente año, que acogió la excepción de incompetencia planteada por el SERVIU Metropolitano en el reclamo del acto expropiatorio que afecta a la propiedad de la requirente y que sustancia el aludido juzgado, recurso que se encuentra pendiente ante la Corte de Apelaciones de San Miguel;

7°. Que, por su parte, esta Magistratura ha constatado, asimismo, que con fecha 16 de marzo de 2010, la Corte de Apelaciones aludida falló el recurso de apelación deducido por la misma parte requirente, esta vez, en la causa que sustancia el Cuarto Juzgado Civil de San Miguel, respecto de la consignación de la indemnización provisional en el procedimiento expropiatorio que afecta a la requirente. En dicho fallo, la Corte de Apelaciones de San Miguel confirmó la resolución dictada por el Cuarto Juzgado Civil de San Miguel, el 12 de enero de 2010, que había negado lugar al incidente de incompetencia por declinatoria, promovido por esa misma parte, así como a la petición subsidiaria de nulidad procesal de todo lo obrado;

8°. Que, en consecuencia, el Tribunal de Alzada ya ha confirmado que el tribunal competente para conocer de la consignación de la indemnización provisional como del eventual reclamo del expropiado es el Cuarto Juzgado Civil de San Miguel, de forma tal que no se aprecia cómo la aplicación de la misma norma de procedimiento –el artículo 39, inciso cuarto, del Decreto Ley N° 2.186, Ley Orgánica de Expropiaciones–, que corresponde al precepto impugnado en estos autos, puede resultar decisivo para resolver un problema de competencia del tribunal en el asunto *sub lite*, en forma distinta a como ya se ha decidido por el juez de fondo;

9°. Que, sin perjuicio de lo señalado, este Tribunal considera que la acción deducida a fojas 1 es también inadmisibles por no encontrarse razonablemente fundada, según lo prescrito en el artículo 93, inciso undécimo, de la Carta Fundamental y en el artículo 47 F, N° 6°, de la Ley 17.997.

En efecto, no puede encontrarse razonablemente fundada una acción como la deducida en estos autos mediante la cual se pretende obtener la inaplicabilidad de un precepto legal que, precisamente, es el que le sirve de fundamento a la parte requirente para perseguir el reconocimiento de la competencia del Tercer Juzgado Civil de San Miguel, estimando que es en éste en el que ha tenido lugar “*la primera gestión judicial de la entidad expropiante o del expropiado y, en su caso, el pago de la indemnización*”

*provisional o de la parte de ella que corresponda enterar de contado (...)*". Así, si esta Magistratura declarara la inaplicabilidad del precepto legal referido, la parte requirente carecería de fundamento para sostener la competencia que pretende sobre la base de una norma que, indudablemente, tiene carácter especial frente a las normas generales de competencia que se consignan en el Código Orgánico de Tribunales;

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en los artículos 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, e inciso undécimo, de la Constitución, 47 F y demás normas pertinentes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE DECLARA INADMISIBLE el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas uno.**

**Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán concurre** a esta sentencia teniendo en consideración únicamente lo establecido en su considerando noveno.

**Acordada con el voto en contra del Ministro señor Mario Fernández Baeza**, quien estuvo por declarar admisible el requerimiento de inaplicabilidad deducido en estos autos, toda vez que éste cumple con todas las exigencias contenidas en el considerando decimoprimer del artículo 93 de la Constitución Política.

Notifíquese por carta certificada a los requirentes y al Servicio de Vivienda y Urbanización Metropolitano y comuníquese al Tercer Juzgado Civil de San Miguel y a la Corte de Apelaciones de San Miguel.

Archívese.

### **Rol N<sup>º</sup> 1.702-2010**

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señor Enrique Navarro Beltrán. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgún.

## ROL Nº 1.703-2010

### REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 38, 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, 2º DE LA LEY Nº 20.015 Y 199 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, PRESENTADO POR TAMARA NAUDÓN BARROS

Santiago, catorce de abril de dos mil once.

#### VISTOS:

El abogado Ricardo González Benavides, en representación de la señora Tamara Naudón Barros, ha deducido ante este Tribunal Constitucional acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 38 (en la parte que alude a la tabla de factor etario) de la Ley 18.933; 38 ter de la ley antes citada; 2º de la Ley 20.015; y 199 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 1, de 2005, del Ministerio de Salud, en la causa sobre reclamo por alza de precio del plan de salud interpuesto por su parte en contra de Isapre Vida Tres S.A. y que se encuentra actualmente pendiente ante el Tribunal Arbitral de la Superintendencia de Salud bajo el Rol de ingreso Nº 3360-2010.

Como antecedentes de la referida gestión se indica que la requirente suscribió un contrato de salud con la mencionada Isapre el 28 de abril de 2006 (fojas 40-49) y que mediante carta fechada el 19 de enero de 2010 (fojas 23), ésta le informó el aumento que sufriría el precio de su plan de salud –de 3,99 a 5,905 Unidades de Fomento mensuales–, por efecto del cambio del factor de riesgo que correspondía aplicar por variación de la edad de la cotizante (25 años de edad a la fecha de la carta).

En cuanto al conflicto constitucional que se somete al conocimiento y resolución de esta Magistratura, la actora sostiene que los preceptos legales impugnados, al autorizar el aumento del precio de su plan de salud por el simple hecho de envejecer, resultan contrarios a las garantías establecidas en los Nºs 2º, 9º, 24º y 26º del artículo 19 de la Constitución Política.

Como fundamento de lo expresado, la requirente argumenta que al autorizarse a las Isapres para ajustar los precios de los contratos de salud en relación con la edad y el sexo de los beneficiarios, las normas impugnadas establecen una diferencia entre los distintos grupos etarios y entre los hombres y las mujeres, de modo que, para acceder al mismo beneficio, algunos –los de mayor edad, y entre ellos las mujeres– pagan más que otros. Esta diferencia, señala la requirente, sería arbitraria, porque

la edad y el sexo constituyen hechos involuntarios, a diferencia de otros que involucran una exposición voluntaria al riesgo, como son los hábitos de fumar o beber en exceso. Además, hace hincapié en que sería erróneo pensar que el aumento en la edad de la persona está necesariamente vinculado a una mayor ocurrencia de enfermedades. En este punto, la actora también plantea que las normas legales impugnadas serían arbitrarias en un sentido ético, por atentar contra la justicia.

Agrega, en seguida, que los preceptos cuestionados suponen una fuerte cortapisa a la libertad de las personas para elegir y permanecer en el plan de salud por el que optaron al celebrar el contrato de salud con la respectiva institución, siendo el fuerte y creciente aumento del precio una forma indirecta de obligarlas a salir del sistema privado de salud, vulnerando así la garantía del libre e igualitario acceso a la protección de la salud y el derecho a elegir el sistema al que la persona desee acogerse, sea estatal o privado.

Denuncia que también en su caso concreto se infringe su derecho de propiedad, pues al serle exigido el pago de una mayor cotización para mantener los mismos beneficios que se convinieron en su oportunidad, junto con impedirle su derecho a hacer uso del sistema privado de salud, que constituye un bien que ya se encuentra incorporado a su patrimonio, en tanto es cotizante cautiva, se le estaría privando injustamente, además, de parte de dicho patrimonio al no contemplarse una contraprestación que resulte equivalente al aumento del precio del respectivo contrato de salud.

Observa, finalmente, que las tablas de factores que contemplan los preceptos legales impugnados imponen como condición, requisito o tributo el aumento de la cotización mensual para permanecer en el sistema privado de salud y en el plan elegido por el respectivo cotizante, afectando así la esencia de las garantías constitucionales a que se ha aludido.

La Segunda Sala de este Tribunal, por resolución de 11 de mayo de 2010 (fojas 27), admitió a tramitación el requerimiento y ordenó la suspensión del procedimiento en que incide; posteriormente, por resolución de 29 de junio de 2010 (fojas 113), lo declaró admisible.

Pasados los autos al Pleno, el Tribunal ordenó practicar las comunicaciones y notificaciones previstas en el artículo 86 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura.

Consta en autos que la Isapre Vida Tres S.A., representada por la abogada Wanira Arís Grande, mediante presentación de fecha 8 de octubre de 2010, formuló observaciones al requerimiento deducido, solicitando al Tribunal rechazarlo en todas sus partes (fojas 128).

La referida institución argumenta que el legislador ha reconocido que el precio del plan de salud puede experimentar variaciones en el tiempo debido a elementos distintos del costo de la vida, entre los cuales se con-

sagran expresamente la edad y el sexo. Lo anterior, señala, se justifica por el carácter indefinido del contrato de salud, ya que la variación del valor permite lograr un equilibrio dentro del mismo. Por otra parte, indica, de acuerdo al artículo 170, letra n), del D.F.L. N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud, la tabla en cuestión no puede sufrir alteraciones a lo largo de la vigencia del plan. Añade que la tabla de factores constituye una protección para los afiliados, ya que es una fórmula basada en datos objetivos (como son el sexo y la edad), determinada y conocida con antelación por los contratantes.

Sostiene que el precepto impugnado no es arbitrario ni vulnera la igualdad ante la ley, ya que a través del señalado mecanismo de variación de precio precisamente se busca que se trate de un modo igual a quienes se encuentran en la misma situación.

Afirma que tampoco se infringiría el derecho a la protección de la salud, dado que éste no implica que al afiliado le sea permitido acceder a las acciones de protección, promoción y recuperación virtualmente sin costo o con el costo que él estime razonable, ya que ello haría inviable el funcionamiento de las Isapres, a lo que agrega que el propio sistema tiene prevista la posibilidad de que una persona no pueda pagar su permanencia en el sistema privado y para eso contempla la cobertura de FONASA.

En cuanto a la supuesta infracción del derecho de propiedad, enfatiza que el cambio de factor de ponderación en que se apoya el aumento del precio del plan de salud, constaba desde un primer momento en el contrato de salud previsional suscrito por la requirente, de modo que ésta sabía con claridad que su factor de ponderación iba a variar y cuándo iba a hacerlo.

Añade, por último, que suponer que los derechos invocados por la actora son ilimitados, es un error jurídico y lógico, ya que no puede entenderse que existan derechos ilimitados, independiente de la importancia que tengan. Agrega que la regulación que establece el artículo impugnado no representa una restricción impuesta artificialmente, sino que obedece al reconocimiento de una realidad que dice relación con el aumento del riesgo de la salud de las personas de acuerdo a su sexo y a su edad.

Habiéndose traído los autos en relación, el día 31 de marzo de dos mil once se procedió a la vista de la causa en forma conjunta con la vista de las causas roles N°s 1.636, 1.808, 1.809, 1.785, 1.786 y 1.777, oyéndose sólo la relación, ya que ninguna de las partes de este proceso se presentó a alegar en la respectiva audiencia.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.** Que, conforme al mérito de autos y en ejercicio de la atribución prevista en el artículo 93, inciso primero, numeral 6°, e inciso undécimo, de la Constitución, este Tribunal decidirá acerca de la inapli-



cabilidad por inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, que actualmente corresponde al artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N<sup>º</sup> 1, del Ministerio de Salud, del año 2005, para lo cual deberá verificar si la aplicación de dicho precepto legal en la gestión *sub lite* invocada, puede producir o no los efectos contrarios a las normas constitucionales que se han mencionado por la requirente en su libelo;

**SEGUNDO.** Que, en razón de la fecha en que se celebró el contrato de salud previsional entre la requirente y la Isapre Vida Tres S.A. (28 de abril de 2006), resultan aplicables al caso en análisis las reglas sobre alza de precio de los planes de que tratan los numerales 1 al 4 del inciso tercero del citado artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933;

**TERCERO.** Que esta Magistratura, en su sentencia Rol N<sup>º</sup> 1.710, de 6 de agosto de 2010 –expedida con arreglo al artículo 93, incisos primero, N<sup>º</sup> 7<sup>º</sup>, y decimosegundo, de la Constitución Política–, publicada en el Diario Oficial en su edición del día 9 del mismo mes y año, declaró la inconstitucionalidad de los números 1 al 4 del inciso tercero del precepto legal referido y, como consecuencia, si dichas reglas han perdido validez general, no pueden continuar siendo aplicadas;

**CUARTO.** Que la circunstancia descrita, siguiendo lo reflexionado extensamente en la sentencia Rol N<sup>º</sup> 1.552, de 28 de octubre de 2010, sólo puede llevar a este Tribunal a acoger el requerimiento deducido en el aspecto que ha sido objeto de este proceso constitucional, con fundamento en los criterios expresados en los referidos pronunciamientos que se dan por enteramente reproducidos en esta oportunidad;

**QUINTO.** Que resulta pertinente reiterar lo expresado por esta Magistratura en el sentido de que *“sin que se lastime ningún principio fundamental de nuestro sistema jurídico, motivos de racionalidad procesal y oportunidad de decisión hacen aconsejable que, tratándose de la resolución de un asunto controvertido que, por sus antecedentes fácticos, por la calidad de las partes involucradas, por las disposiciones constitucionales en juego y, en fin, por la médula de las pretensiones encontradas que configuran el conflicto constitucional, es, en sustancia, el mismo que se ha resuelto en procesos similares anteriores y recientes, se omita la reiteración, en cada caso, de extensos y complejos razonamientos que, en definitiva, no serán sustancialmente distintos a los anteriormente invocados, en circunstancias que, por la amplia publicidad de las sentencias y la estabilidad de la jurisprudencia, es posible remitirse a ella sin que se justifique reproducir, en cada caso, toda la argumentación sustentatoria.”* (Entre otras: STC roles N<sup>os</sup> 1.617, 1.689, 1.713, 1.725, 1.726, 1.768 y 1.787).

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en los artículos 1<sup>º</sup>, 6<sup>º</sup>, 7<sup>º</sup>, 19, números 2<sup>º</sup> y 9<sup>º</sup>, 63, 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, e inciso undécimo, y 94 de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

**QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS UNO, SÓLO EN CUANTO SE DECLARA INAPLICABLE, EN LA GESTIÓN PENDIENTE INVOCADA, EL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, QUE ACTUALMENTE CORRESPONDE AL ARTÍCULO 199 DEL DFL Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD. EN LO DEMÁS, SE RECHAZA, SIN COSTAS, EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO. SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA A FOJAS 27 DE AUTOS, DEBIENDO OFICIARSE AL EFECTO A LA SUPERINTENDENCIA DE SALUD.**

Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán concurre a lo resuelto, teniendo presente en relación a la referencia contenida en el considerando cuarto respecto de la jurisprudencia posterior a la inconstitucionalidad y, en particular, a la sentencia Rol Nº 1.552, lo siguiente:

1º. Que, con fecha 6 de agosto de 2010, esta Magistratura señaló, en los autos de inconstitucionalidad Rol Nº 1.710, que *“los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley Nº 18.933 son inconstitucionales”*. Como se sabe, dicho precepto decía relación con la circunstancia de que cada rango de edad que fijare la Superintendencia en sus instrucciones se debía sujetar a las siguientes reglas: *“1. El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad; 2. Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años; 3. La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan; 4. La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo.”*;

2º. Que en dicha sentencia se sostuvo que *“como corolario del análisis efectuado, este Tribunal ha logrado convicción en cuanto a que los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley Nº 18.933 no cumplen los supuestos descritos en el considerando precedente y, por consiguiente, son incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, y lesionan, asimismo, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, en el sentido que todos ellos se encuentran reconocidos y asegurados en nuestra Carta Fundamental”* (c. centesimocuatrecientoscuarto). Por lo mismo se dejó constancia de que *“esta Magistratura estima necesario, además, hacer presente que la determinación de la estructura de las tablas de factores y la fijación de los factores de cada una de ellas deberán ajustarse a lo que establezcan, en uso de sus facultades, los órganos colegisladores para dar cabal cumplimiento a lo resuelto en este fallo”* (c. centesimosexagesimotercero). Se trata de un llamado al legislador futuro;

3°. Que en más de un centenar de pronunciamientos (STC roles N<sup>OS</sup> 742, 757, 761, 837, 845, 847 a 874, 876, 878, 879, 880, 882 a 942, 949 a 962, 971, 973, 974, 975 y 978, entre otros) esta Magistratura sostuvo la improcedencia de las acciones de inaplicabilidad presentadas respecto de un precepto declarado íntegramente inconstitucional. Fundó lo anterior en atención a que *“no le corresponde pronunciarse sobre un requerimiento recaído sobre preceptos legales que no tienen carácter de tales por encontrarse derogados a la fecha en que éste fue presentado”*. Se hicieron presentes los efectos derogatorios de la declaración, entendiendo que por lo mismo la sentencia sólo produce consecuencias a futuro, considerándose como tales *“las situaciones que ocurran con posterioridad a su publicación en el Diario Oficial”*. De forma tal que carecería de *“facultades para declarar la inaplicabilidad de un precepto legal que no tiene existencia constitucional y que, además y a mayor abundamiento, como su principal consecuencia, ya no puede tener efecto alguno en la decisión del fondo de la materia en litis”*. Sin embargo, este previniente concurrió a dicha decisión en el entendido que el conflicto constitucional no resultaba factible al haber dejado de existir el precepto legal en cuestión, presupuesto básico de la inaplicabilidad, razón por la cual el precepto legal no podía aplicarse a partir de dicha decisión;

4°. Que en estos autos se ha acogido la acción de inaplicabilidad, remitiéndose en el considerando tercero a lo resuelto en los autos Rol N<sup>º</sup> 1.552. En esta última decisión esta Magistratura hizo presente que la sentencia de inconstitucionalidad *“ha venido a afectar la totalidad de los contratos de salud en curso al 9 de agosto, donde fueron incorporadas las reglas sobre alzas que prevenían los N<sup>OS</sup> 1 a 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, puesto que –a contar de esa data– tales reglas perdieron validez general y, por tanto, no pueden seguir aplicándose”*. De modo tal que no resulta posible *“que un precepto invalidado por esta Magistratura (...) pueda seguir rigiendo hacia el futuro bajo la premisa de haberse encontrado vigente al momento de perfeccionarse la antedicha relación contractual”*; concluyéndose que los contratos de salud a partir de la fecha de la sentencia no pueden estar afectos a lo dispuesto en el precepto legal declarado inconstitucional y por lo mismo *“no tiene dicho precepto efecto ultractivo por el hecho de que se hallara vigente al momento de perfeccionarse las mencionadas convenciones”*;

5°. Que, como lo señaló este previniente en todas las causas a que alude el considerando tercero de este voto, de conformidad a lo establecido en el artículo 94 de la Constitución Política de la República, inciso tercero, el precepto legal declarado inconstitucional, en este caso los números 1 a 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, *“se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”*;

6°. Que en cuanto a los antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento de la disposición, es del caso reiterar la discusión sus-

citada en torno a la controversia, a objeto de precisar el propósito del constituyente;

7°. Que, en primer trámite constitucional, en el Senado, se consagra-ba que la norma legal que fuera declarada inconstitucional *“se entenderá derogada desde dicha publicación”*. En la Comisión de Constitución, Legisla-ción, Justicia y Reglamento del Senado, el Senador señor Espina propuso una disposición según la cual *“la declaración de inconstitucionalidad no ope-rará con efecto retroactivo respecto de todas aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada”*. Sobre el punto el Subsecretario del Interior de la época, señor Jorge Correa Sutil, opinó que, *“si bien intenta reafirmar la validez de aquellas gestiones en que haya recaído resolución o senten-cia ejecutoriada antes de una declaración de inconstitucionalidad, no impide que se susciten dudas en relación a actos, negocios, contratos y otros instrumentos suscritos con anterioridad a dicha declaración”*. Por su parte, el senador Larraín consideró innecesaria esta indicación pues *“las proposiciones que ella contiene son igualmen-te aplicables en virtud de los principios generales de derecho en esta materia, que son de común e indubitada aplicación en nuestro medio”*. Del mismo modo, los senadores Moreno y Silva Cimma *“coincidieron en cuanto a que tales disposi-ciones serían innecesarias”*. Así las cosas, se dejó expresa constancia en rela-ción a que *“los fallos del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional un precepto legal producen efectos desde su publicación en el Diario Oficial y, en caso alguno, en forma retroactiva”*;

8°. Que, en segundo trámite, en la Cámara de Diputados también se discutió acerca del alcance de la inconstitucionalidad. Así, en sesión de 23 de marzo de 2005, la diputada señora Guzmán destacó la relevancia de la inconstitucionalidad, como una *“forma más consistente para asegurar la igualdad ante la ley”*. Por su parte, el diputado señor Bustos señaló la con-veniencia de *“establecer un recurso de inconstitucionalidad en que la disposición quede sin efecto erga omnes como tal y, por lo tanto, inválida jurídicamente”*. El texto aprobado en segundo trámite establecía que el precepto legal decla-rado inconstitucional quedaría sin efecto *“de pleno derecho”*;

9°. Que, con posterioridad, en la Comisión de Constitución, Legisla-ción, Justicia y Reglamento del Senado se hicieron presentes ciertas du-das que se suscitaban en lo concerniente al momento a partir del cual el precepto declarado inconstitucional quedaba sin efecto, estimándose que *“la redacción de esta norma no debería admitir la posibilidad que las resoluciones que el Tribunal Constitucional adopte en estos casos produzcan efectos retroactivos”* y solicitando al Ejecutivo recoger estas observaciones en el veto que el Presidente de la República podía formular;

10°. Que, por lo mismo, el efecto de las sentencias del Tribunal Con-stitucional fue materia de un veto presidencial, precisándose –en sus moti-vaciones– que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal *“sólo tiene carácter derogatorio y, por ende, su declaración de inconstitucionalidad*

*no tiene efecto retroactivo*". De modo tal que la disposición señala que el precepto declarado inconstitucional "*se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo*". En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se consignó que este veto correspondía a "*ajustes que se han efectuado a diversos numerales del artículo 82*". Esta materia fue aprobada en la Sala sin discusión y por unanimidad. La Cámara de Diputados a su turno también la aprobó, destacándose por los diputados Guzmán y Bustos la relevancia de la acción de inconstitucionalidad;

**11°.** Que sobre el punto la doctrina especializada ha señalado que la decisión del constituyente en cuanto al efecto derogatorio y no retroactivo, *ex nunc*, "*es compleja y no exenta de críticas*", habida consideración de que ello "*tiene enormes implicancias y se relaciona con juicios sentenciados conforme a preceptos legales declarados inconstitucionales; con procesos en marcha, y derechos, situaciones o posiciones adquiridas en dicho período conforme a un precepto legal inconstitucional*", incluso en materias tan relevantes como la penal; sin embargo, concluye, "*la Constitución es categórica: prohíbe aplicar efectos retroactivos a una sentencia de inconstitucionalidad*". (Gastón Gómez Bernales, La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional, en Reforma Constitucional, 2005, página 683). Otro autor ha puntualizado, con motivo de la prohibición de efecto retroactivo de la sentencia de inconstitucionalidad, que la regla constitucional "*parece excesivamente rígida, ya que en algunos casos excepcionales se puede requerir que la sentencia pueda generar efectos ex tunc. Un caso concreto donde parece razonable la aplicación de criterios ex tunc es cuando se impugna la inconstitucionalidad de un precepto legal por vicios de procedimiento o forma; declarada la inaplicabilidad en concreto y solicitada la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, parece difícil sostener que una norma que no pudo nacer constitucionalmente pueda considerarse válida e integrante del ordenamiento jurídico hasta el momento de la expulsión por fallo del Tribunal Constitucional; parece que en tal caso se justifican los efectos ex tunc, dejando a salvo los derechos adquiridos y la cosa juzgada*". (Humberto Nogueira Alcalá, El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad de las leyes en la reforma constitucional de 2005. De la competencia del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias, en La Constitución Reformada de 2005, páginas 444 y 445);

**12°.** Que de lo dicho se desprende que el propósito del constituyente fue evitar que la decisión de inconstitucionalidad pudiera tener efectos retroactivos, de forma tal de no alterar situaciones jurídicas consolidadas o amparadas por sentencia o resolución que produzca efectos de cosa juzgada. Como señaló esta misma Magistratura, en los autos de inconstitucionalidad: "*de lo expresado anteriormente, debe concluirse que el artículo 94 de la Constitución, al referirse a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y señalar que la norma declarada inconstitucional se entenderá derogada, alude*

a una especie de derogación *sui generis*, que debe distinguirse de la derogación efectuada por el legislador, toda vez que no responde a razones de mérito sino a la verificación de un vicio constitucional de orden público; por lo mismo, un efecto ultractivo de las normas derogadas es limitado y sólo opera para el futuro” (c. vigesimoséptimo). De este modo, “la sentencia que dicte el Tribunal Constitucional no puede afectar situaciones consolidadas, esto es, nacidas y concluidas bajo el imperio de la o las normas declaradas inconstitucionales” (c. centesimosexagesimoctavo). En otras palabras, el hecho de que su sentencia carezca de efectos retroactivos significa que “no afecta situaciones acaecidas ni actos realizados con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial” (STC Rol N° 597, c. quinto);

**13°.** Que así las cosas, teniendo presente la circunstancia de que los numerales 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 han sido derogados como consecuencia de la sentencia dictada por este Tribunal, en conformidad a lo prescrito en el artículo 94 de la Constitución Política de la República, debe concluirse que la disposición no puede recibir aplicación en la causa *sub lite*, tal como se señaló en los autos Rol N° 685;

**14°.** Que, por último, a este Tribunal, como también lo ha señalado esta Magistratura, no le corresponde pronunciarse sobre la validez de los pactos contractuales suscritos con anterioridad a la publicación en el Diario Oficial de la sentencia de inconstitucionalidad, lo que es de resorte y competencia exclusiva del juez de la instancia (STC Rol N° 685, c. decimotercero). Por lo mismo, tal como lo comunicó este Tribunal frente a una consulta formulada por la Corte Suprema, en resolución de 17 de julio de 2007, “la sentencia de inconstitucionalidad dictada por este organismo y a la que alude el oficio, no puede, ni pueden producir, ningún efecto respecto de la facultad privativa que tiene vuestra Excelencia para resolver, en ejercicio de su competencia, la causa *sub lite*”. De igual forma como también le corresponderá a la judicatura ordinaria determinar si el precepto legal no resulta aplicable a la litis en atención a la fecha de suscripción de los contratos respectivos de salud, tal como lo ha señalado este Tribunal (STC roles N°s 1.544, 1.644 y 1.646) y la propia Sala Constitucional de la Corte Suprema (Rol 7779-2008).

**El Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney** concurre al fallo con la siguiente prevención:

**1°.** Que, dado el carácter de legislador negativo del Tribunal Constitucional, las sentencias que establecen la inconstitucionalidad de un precepto legal sólo producen efectos constitutivos *erga omnes* y *ex nunc* o *pro futuro* a partir de su publicación en el Diario Oficial, sin afectar situaciones consolidadas mediante contratos celebrados al amparo de la norma cuya inconstitucionalidad se declara;

2°. Que el tema de los efectos de tales sentencias en el tiempo fue ampliamente debatido durante la reforma a la Constitución efectuada el año 2005, cuando se introdujo la facultad contenida en el actual artículo 93, N<sup>º</sup> 7°, de la Constitución. En dicha ocasión, a sugerencia del Ministro Eugenio Valenzuela, se alcanzó consenso respecto a la necesidad de evitar incertidumbres del todo inconvenientes para el ordenamiento jurídico, especialmente en materia civil. Como consta en la historia fidedigna de dicha reforma, se estimó conveniente dejar expresa constancia en relación a que los fallos del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional un precepto legal producen efectos desde su publicación en el Diario Oficial y, en caso alguno, tienen efecto retroactivo (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Boletines N<sup>OS</sup> 2.526-07 y 2.534-07, p. 278);

3°. Que lo anterior fue reforzado por el veto enviado por el Ejecutivo, el cual estableció que *“no obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”*, no dejando lugar a dudas sobre los alcances exclusivamente prospectivos de tales sentencias;

4°. Que, al efecto, se tuvo en consideración el ejemplo de otros países, como Italia, donde impera el principio de irretroactividad de las sentencias de inconstitucionalidad, sin que se vea lesionada o menoscabada la supremacía constitucional;

5°. Que, en consecuencia, una declaración de inconstitucionalidad por parte de esta Magistratura no puede afectar los derechos legalmente constituidos ni las situaciones consolidadas mediante contratos celebrados con anterioridad, tal como lo sostiene la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes;

6°. Que, por tanto, los procesos judiciales que se suscitaron antes de la sentencia de este Tribunal que declaró inconstitucional parte del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, sobre la aplicación de los contratos de salud válidamente celebrados con antelación a esa fecha, deben ser resueltos conforme a las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la sentencia de inconstitucionalidad de esta Magistratura;

7°. Que, por ende, corresponde acoger el presente recurso de inaplicabilidad por las razones de fondo que esta Magistratura ha señalado en numerosas oportunidades, pues, efectivamente, la posible aplicación del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, actual artículo 199 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, del Ministerio de Salud, de 2005, en el caso en cuestión provocaría efectos contrarios a la Constitución.

**Acordada con el voto en contra de la Ministra señora Marisol Peña Torres**, quien estuvo por rechazar el requerimiento de autos, en cuan-

to impugna el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que corresponde al artículo 199 del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, por las siguientes razones:

1°. Que, tal como se indica en la parte expositiva, la requirente, doña Tamara Naudón Barros, suscribió un contrato de salud con la Isapre Vida Tres S.A., en abril de 2006. Mediante carta de 19 de enero de 2010, ésta le comunicó el cambio en su tramo de edad y la consiguiente variación de su factor de riesgo aumentando consecuentemente su plan de salud de 3,99 a 5,905 unidades de fomento mensuales.

2°. Que la sentencia de este Tribunal que pronunció la inconstitucionalidad de cuatro numerales del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 fue dictada el 6 de agosto de 2010, entendiéndose derogada aquella parte del precepto legal indicado desde la publicación de dicha sentencia en el Diario Oficial, lo que ocurrió el 9 de agosto de ese mismo año, por aplicación de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 94 de la Carta Fundamental;

3°. Que la disposición constitucional recién mencionada señala expresamente: “(...) *el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo.*” (El subrayado es nuestro). Cabe entender, entonces que, por expresa disposición constitucional, la sentencia que pronuncia la inconstitucionalidad de un precepto legal no puede hacerse extensiva a situaciones acaecidas con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial, pues ello implicaría violentar la voluntad del Constituyente que optó por otorgarle efectos *ex nunc* a dicha sentencia y no efectos *ex tunc* como ocurre con otros ordenamientos normativos en el Derecho Comparado;

4°. Que el problema a determinar, en relación con el caso concreto que en esta oportunidad se decide, es si el efecto no retroactivo de las sentencias de inconstitucionalidad es de carácter absoluto o puede matizarse en algunos casos sin violentar la voluntad del Constituyente;

5°. Que, sobre este punto, conviene recordar que el propio creador de la jurisdicción constitucional concentrada, el jurista Hans Kelsen, sostenía que “*sería conveniente en interés de la propia seguridad jurídica, no atribuir, en principio, ningún efecto retroactivo a la anulación de normas generales. Al menos dejar subsistir todos los actos jurídicos anteriormente realizados con base a la norma en cuestión. Pero ese interés no existe cuando los hechos anteriores a la anulación no han sido todavía objeto –al momento en que la anulación se produce– de ninguna decisión de autoridad pública, los cuales si se evitara todo efecto retroactivo a la resolución de anulación, deberían ser juzgados en virtud de que la norma general es anulada pro futuro, esto es, para los hechos posteriores a su anulación– de acuerdo con la norma anulada (...).*” (“La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”. Traducción de



Rolando Tamayo Salmorán revisada por Domingo García Belaúnde. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N<sup>º</sup> 10, julio-diciembre 2008, p. 25);

6°. Que si bien el Constituyente del año 2005 optó por conferir un efecto “derogatorio” y no “anulatorio” a la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal –lo que naturalmente no tiene el mismo alcance–, la doctrina especializada ha estimado que la regla constitucional que contempla el efecto no retroactivo de la aludida declaración parece excesivamente rígida, ya que en algunos casos excepcionales se puede requerir que la sentencia pueda generar efectos *ex tunc* (Nogueira Alcalá, Humberto. “El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias.” En: Francisco Zúñiga (Coord.). Reforma constitucional. Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 615);

7°. Que, en ese sentido, durante la discusión de la reforma constitucional del año 2005, el senador Alberto Espina promovió una indicación tendiente a agregar al entonces inciso tercero del artículo 83 (hoy 94) de la Constitución, la siguiente oración: “*La declaración de inconstitucionalidad no operará con efecto retroactivo respecto de todas aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada.*” (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 8 de marzo de 2003);

8°. Que, por su parte, el Subsecretario del Interior, Jorge Correa Sutil, acotaba, respecto de este punto que: “*la indicación 269 (del Ejecutivo), si bien intenta reafirmar la validez de aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada antes de una declaración de inconstitucionalidad, no impide que se susciten dudas en relación a actos, negocios, contratos y otros instrumentos suscritos con anterioridad a dicha declaración.*” (El subrayado es nuestro).

Por su parte, en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se estimó conveniente dejar expresa constancia de que los fallos del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional un precepto legal producen efectos desde su publicación en el Diario Oficial y “*en ningún caso* en forma retroactiva”. (El subrayado es nuestro). (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 8 de marzo de 2003).

De esta forma, al rechazarse las indicaciones que tendían a matizar el efecto no retroactivo de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de un precepto legal, sólo cabe concluir que el Tribunal Constitucional no puede, en ningún caso, atribuirles dicho efecto;

9°. Que, así, y en lo que a la resolución de este conflicto de constitucionalidad atañe, no cabe, a juicio de esta disidente extender los efectos de la sentencia recaída en el Rol N<sup>º</sup> 1.710 a un contrato celebrado con an-

terioridad a su dictación, con mayor razón cuando el conflicto se ha originado, por un alza en el precio del plan de salud, derivada de ese contrato, que se ha reclamado, también, con anterioridad a la fecha de publicación de dicha sentencia en el Diario Oficial (24 de febrero de 2010);

**10°.** Que distinta es la necesidad que asiste a este Tribunal de examinar si el precepto legal contenido en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, a que se refiere el considerando tercero de esta sentencia, puede recibir aplicación en el reclamo por alza de precio del plan de salud de que conoce el Tribunal Arbitral de la Superintendencia de Salud, bajo el ingreso N° 3360-2010, teniendo presente que, al momento de su interposición, dicho precepto legal no se encontraba derogado y que, además, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2° de la Ley N° 20.015, *“los contratos de salud previsional que se celebren con posterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley deberán ajustarse a ella.”*;

**11°.** Que, en esa línea de razonamiento debe recordarse la jurisprudencia de esta Magistratura en el sentido que basta que el precepto legal impugnado tenga la posibilidad de aplicarse en la gestión pendiente de que se trata –y, eventualmente, de forma inconstitucional– para que este Tribunal deba entrar a pronunciarse sobre su inaplicabilidad.

Se ha sostenido, en efecto, que *“(…) para fundar una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es suficiente que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto, correspondiendo al Tribunal únicamente verificar la posibilidad de que el precepto legal sea aplicado a un caso, para quedar obligado a pronunciarse sobre la acción deducida, y que la acción de inaplicabilidad es un medio de accionar en contra de la aplicación de normas legales determinadas contenidas en una gestión judicial y que puedan resultar derecho aplicable (STC roles N°s 501, 505, 790, y 943, entre otros).”* (STC Rol N° 1.295, c. cuadragesimosegundo);

**12°.** Que, desde este punto de vista, la requirente sostiene que *“siendo una de las razones que motiva la solicitud de dejar sin efecto el alza de precio por aplicación de tabla de factores de edad y sexo interpuesto ante la Superintendencia de Salud, precisamente la arbitrariedad e ilegalidad que supone el ostensible e inexorable aumento de precio de los planes de salud a medida que las personas envejecen, de la simple lectura de los textos transcritos se desprende que las normas impugnadas resultan directamente aplicables para resolver la cuestión debatida en dicha gestión pendiente.”* (Página 7 del requerimiento).

Por su parte, en el referido reclamo señala: *“La carta que me envió la Isapre plantea lo siguiente: “...me dirijo a usted para informarle que se ha producido una variación en los tramos de edad suyo y/o de sus beneficiarios definidos en su plan de salud, lo (sic) cuales deben ajustarse en esta oportunidad... Factor cambia de 1,40 a 2,10.”* (a Fs. 20). La aludida carta de adecuación, que rola a fs. 23 de estos autos, de enero de 2010, indica, por su parte, que *“se ha producido una variación en los tramos de edad suyo y/o de sus beneficiarios definidos*

en su plan de salud, los cuales deben ajustarse en esta oportunidad”. Continúa precisando que: “En su caso la(s) persona(s) que tiene(n) variación en el rango de edad es (son) las(s) siguiente(s): TAMARA NAUDÓN BARROS, cambio del factor 1,40 al factor 2.10.”;

**13°.** Que, así, la acción de inaplicabilidad deducida en esta oportunidad se funda en el hecho de que de aplicarse por el Tribunal Arbitral de la Superintendencia de Salud el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 o Ley de Isapres, para resolver el reclamo que le ha sido deducido por doña Tamara Naudón Barros, se producirá una vulneración de los derechos asegurados en los numerales 2° (igualdad ante la ley); 9° (derecho a la protección de la salud); 24° (derecho de propiedad) y 26° (esencialidad de los derechos) del artículo 19 de la Constitución Política.

Entonces, la sola posibilidad de que dicha aplicación produzca un resultado contrario a la Constitución es suficiente para que, conforme a su jurisprudencia reiterada, este Tribunal deba decidir su inaplicabilidad a la luz de las circunstancias propias del control concreto que ella supone;

**14°.** Que, en ese contexto, el texto inequívoco del artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6° de la Carta Fundamental, establece que el Tribunal Constitucional debe decidir la inaplicabilidad de un precepto legal “cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.” (El subrayado es nuestro). De ello se deduce que lo que puede resultar contrario a la Carta Fundamental es la aplicación que un determinado precepto legal recibirá en una gestión judicial concreta, a la luz de las particulares circunstancias que la rodean. Sólo así puede comprenderse por qué, en la jurisprudencia de esta Magistratura un mismo precepto legal, en algunos casos, ha sido declarado inaplicable y en otros, no (artículo 299, N<sup>º</sup> 3°, del Código de Justicia Militar);

**15°.** Que, sobre la base explicada, y para decidir el presente conflicto de constitucionalidad, debe considerarse que esta Magistratura ha acogido, en reiteradas oportunidades, acciones de inaplicabilidad referidas al artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, que es la misma norma impugnada en esta ocasión. De hecho, y antes de pronunciarse la inconstitucionalidad de dicha norma, con efectos *erga omnes*, decidió la inaplicabilidad de dicho precepto legal en los Roles N<sup>OS</sup> 976, 1.218, 1.287 y 1.273;

**16°.** Que, como esta Ministra disidente señaló en su voto particular recaído en la sentencia Rol N<sup>º</sup> 1.710, tales acciones de inaplicabilidad se dedujeron teniendo como gestión pendiente, sendos recursos de protección deducidos ante diversas Cortes de Apelaciones, reclamando de la ilegalidad y arbitrariedad en que había incurrido la Isapre respectiva, al subir, unilateralmente, el precio del plan de salud por aplicación de la tabla de factores contenida en el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 introducido por la Ley N<sup>º</sup> 20.015. Ello coincide con la gestión pendiente en este requerimiento de inaplicabilidad.

Pero, además, esta misma disidente precisó, en aquel voto particular, que *“las referidas acciones de inaplicabilidad fueron deducidas por personas afiliadas a diversas Instituciones de Salud Previsional (Isapres), quienes fueron notificadas, mediante la respectiva carta de adecuación de una alza en el precio de su plan de salud como consecuencia de la modificación experimentada en el valor de éste, no en su precio base, sino que en la aplicación de la tabla de factores a que alude el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, en base a los factores de edad y sexo, respectivamente.”* Se indicó, también, que *“los diversos requirentes de inaplicabilidad, en cada uno de esos procesos, fueron personas de 60 años de edad o más.”*;

**17°.** Que las declaraciones previas de inaplicabilidad recaídas en los Roles N°s 976, 1.218, 1.287 y 1.273 identifican la postura de esta Ministra disidente sobre la base que la vulneración, en cada una de las gestiones judiciales pendientes, de los derechos constitucionales mencionados se producía porque el alza en el precio del respectivo plan de salud, como consecuencia de la aplicación de la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, se debía a la variación del factor edad a que ella alude, de forma que personas que objetivamente se encontraban en condiciones de particular vulnerabilidad, no sólo por su edad, sino por su condición de *“cotizantes cautivos”*, eran discriminadas y desprotegidas desde el punto de vista de la seguridad social, haciendo además ilusorio su derecho a elegir el sistema de salud al que habían decidido estar adscritas;

**18°.** Que un razonamiento congruente con tal juicio y que además resulte acorde a la naturaleza propia de un control concreto que importa la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad exige examinar si, en la especie, se dan condiciones similares a las que motivaron la decisión de esta magistrada en las sentencias previas de inaplicabilidad a que se ha hecho referencia;

**19°.** Que, en tal sentido, del contrato de salud acompañado a estos autos por la Isapre Vida Tres S.A., de 28 de abril de 2006, puede desprenderse que la cotizante y requirente de inaplicabilidad, doña Tamara Naudón Barros, tiene 26 años de edad y que, según la tabla de factores, incorporada a dicho contrato referido al plan de salud PICASSO PRO 150/05 (PCYPR150), la adecuación en el precio de su plan, comunicada por carta del mes de enero de 2010, se debe, precisamente a que ella cambió de tramo de edad. En efecto, en el tramo que va desde los 20 a menos de 25 años de edad, el factor que debía aplicarse al precio base, en su condición de cotizante, era de 1,40. En cambio, al cumplir 25 años, cambia al tramo que va desde los 25 a menos de 30 años, donde el factor corresponde a 2,10;

**20°.** Que, por tanto, a la luz de los hechos que se han reseñado, no se aprecia cómo, en este caso concreto, la aplicación del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 puede producir un resultado contrario a la igualdad ante

la ley, pues no existe una desigualdad esencial que grave a la requirente en forma distinta y discriminatoria respecto de otros cotizantes que se encuentran en una situación similar. Lo anterior, entendiendo, como lo ha hecho este Tribunal, que la discriminación que vulnera la igualdad ante la ley es aquélla carente de razonabilidad, que no respeta la igualdad de trato que la Constitución ha querido cautelar entre aquellos que se encuentran en una misma situación. Resulta evidente, por otra parte, que una persona joven, como la requirente, no está afectada por la condición de vulnerabilidad propia de los mayores de 60 años de edad, afectados por dolencias físicas inherentes a la edad y que, en muchos casos, sólo perciben ingresos provenientes de sus pensiones de jubilación;

21°. Que, en idéntico sentido, esta Ministra disidente estima que no existe afectación del derecho a la protección de la salud, particularmente en lo que se refiere a la libre elección del sistema de salud, pues, a diferencia de lo que sostiene la requirente en su reclamo, no estamos frente al caso de una persona afectada por un aumento desmesurado del precio de su plan de salud que *“coincide con la etapa de la vida en que la persona cesa en su vida laboral activa, hecho que, por regla general, trae aparejado una reducción considerable de sus ingresos”* (Página 12 del requerimiento).

Así, no se ha acreditado en autos que estemos frente a un “cotizante cautivo” (definido en la letra i) del artículo 170 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, de 2005, del Ministerio de Salud) que se encuentre impedido de emigrar hacia otra institución de salud previsional que le resulte más adecuada a la realidad de sus ingresos o, incluso, al sistema público representado por el Fondo Nacional de Salud (FONASA);

22°. Que, en cuanto a la infracción del derecho de propiedad de la requirente, la mayor o menor arbitrariedad en el alza operada en el precio de su plan de salud, producto del cambio del factor etario de la propia actora, y que va desde 3,99 UF a 5,905 UF, es un aspecto que deberá ser analizado por el juez del fondo, atendidas sus particulares condiciones de ingresos, empleo y situación familiar, que no constan en este proceso constitucional, y que llevarían este pronunciamiento más allá de sus límites propios;

23°. Que, finalmente, por las mismas razones ya señaladas, no puede estimarse que exista una infracción a la garantía de protección de la esencia de los derechos consagrada en el artículo 19, N<sup>º</sup> 26°, de la Constitución Política.

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben y las prevenciones y la disidencia, sus respectivos autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N<sup>º</sup> 1.703-2010**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente Subrogante, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, José Antonio Viera-Gallo Quesney, Iván Aróstica Maldonado y el Suplente de Ministro señor Ricardo Israel Zipper. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguin.

## ROL Nº 1.704-2010

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 67 DE LA LEY Nº 18.695, ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE MUNICIPALIDADES, AUMENTANDO EL PLAZO PARA QUE EL ALCALDE RINDA CUENTA PÚBLICA AL CONCEJO MUNICIPAL EN REGIONES DECLARADAS ZONA DE CATÁSTROFE

### Ley Nº 20.439, de 30 de abril de 2010

Santiago, veintisiete de abril de dos mil diez.

#### VISTOS Y CONSIDERANDO:

**PRIMERO.** Que, por oficio Nº 8670, de 21 de abril de 2010, la H. Cámara de Diputados ha remitido el proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que “*modifica el artículo 67 de la ley Nº 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, aumentando el plazo para que el alcalde rinda cuenta pública al Concejo Municipal en aquellas regiones declaradas zona de catástrofe*” (Boletín Nº 6901-06), con el objeto de que este Tribunal Constitucional, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, Nº 1º, de la Constitución Política de la República, ejerza el control de constitucionalidad respecto de su artículo único;

**SEGUNDO.** Que el Nº 1º del inciso primero del artículo 93 de la Carta Fundamental establece que es atribución de esta Magistratura: “*Ejercer 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;*”;

**TERCERO.** Que, de acuerdo al considerando anterior, corresponde a esta Magistratura pronunciarse sobre la norma del proyecto de ley remitido en el evento de que esté comprendida dentro de las materias que el constituyente ha reservado a una ley orgánica constitucional;

**CUARTO.** Que, en relación a la Administración Comunal, la Constitución Política de la República establece, en el artículo 118, que ella radica en las municipalidades, las que están constituidas por el Alcalde, que es su máxima autoridad, y por el Concejo. La misma norma indica en sus incisos segundo y quinto, lo siguiente:

*Artículo 118. “(...) La ley orgánica constitucional respectiva establecerá las modalidades y formas que deberá asumir la participación de la comunidad local en las actividades municipales.*

*(...) Una ley orgánica constitucional determinará las funciones y atribuciones de las municipalidades. Dicha ley señalará, además, las materias de competencia municipal que el alcalde, con acuerdo del concejo o a requerimiento de los 2/3 de los concejales en ejercicio, o de la proporción de ciudadanos que establezca la ley, someterá a consulta no vinculante o a plebiscito, así como las oportunidades, forma de la convocatoria y efectos.”.*

A lo anterior debe agregarse el artículo 119 de la Carta Fundamental, que prescribe:

*Artículo 119. “En cada municipalidad habrá un concejo integrado por concejales elegidos por sufragio universal en conformidad a la ley orgánica constitucional de municipalidades. Durarán cuatro años en sus cargos y podrán ser reelegidos. La misma ley determinará el número de concejales y la forma de elegir al alcalde.*

*El concejo será un órgano encargado de hacer efectiva la participación de la comunidad local, ejercerá funciones normativas, resolutivas y fiscalizadoras y otras atribuciones que se le encomienden, en la forma que determine la ley orgánica constitucional respectiva.*

*La ley orgánica de municipalidades determinará las normas sobre organización y funcionamiento del concejo y las materias en que la consulta del alcalde al concejo será obligatoria y aquellas en que necesariamente se requerirá el acuerdo de éste. En todo caso, será necesario dicho acuerdo para la aprobación del plan comunal de desarrollo, del presupuesto municipal y de los proyectos de inversión respectivos.”;*

**QUINTO.** Que el artículo único del proyecto de ley remitido es del siguiente tenor:

*“Artículo único. Agrégase el siguiente artículo 4<sup>º</sup> transitorio, nuevo, en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N<sup>º</sup> 1, de 2006, del Ministerio del Interior:*

*“Artículo 4<sup>º</sup>. En aquellas municipalidades pertenecientes a las regiones declaradas zonas de catástrofe, en conformidad al decreto supremo N<sup>º</sup> 150, de 2010, del Ministerio del Interior, el plazo a que se refiere el inciso primero del artículo 67 de esta ley se extenderá hasta el 31 de agosto de 2010.”;*

**SEXTO.** Que el artículo 67 a que alude el artículo 4° transitorio, nuevo, que agrega el proyecto sometido a control, dispone:

*Artículo 67. “El alcalde deberá dar cuenta pública al concejo, a más tardar en el mes de abril de cada año, de su gestión anual y de la marcha general de la municipalidad.*

*La cuenta pública se efectuará mediante informe escrito, el cual deberá hacer referencia a lo menos a los siguientes contenidos:*

*a) El balance de la ejecución presupuestaria y el estado de situación financiera, indicando la forma en que la previsión de ingresos y gastos se ha cumplido efectivamente, como asimismo, el detalle de los pasivos del municipio y de las corporaciones municipales cuando corresponda;*

*b) Las acciones realizadas para el cumplimiento del plan comunal de desarrollo, así como los estados de avance de los programas de mediano y largo plazo, las metas cumplidas y los objetivos alcanzados;*

*c) Las inversiones efectuadas en relación con los proyectos concluidos en el período y aquellos en ejecución, señalando específicamente las fuentes de su financiamiento;*

*d) Un resumen de las observaciones más relevantes efectuadas por la Contraloría General de la República, en cumplimiento de sus funciones propias, relacionadas con la administración municipal;*

*e) Los convenios celebrados con otras instituciones, públicas o privadas, así como la constitución de corporaciones o fundaciones, o la incorporación municipal a ese tipo de entidades;*

*f) Las modificaciones efectuadas al patrimonio municipal, y*

*g) Todo hecho relevante de la administración municipal que deba ser conocido por la comunidad local.*

*Un extracto de la cuenta pública del alcalde deberá ser difundido a la comunidad. Sin perjuicio de lo anterior, la cuenta íntegra efectuada por el alcalde deberá estar a disposición de los ciudadanos para su consulta.*

*El no cumplimiento de lo establecido en este artículo será considerado causal de notable abandono de sus deberes por parte del alcalde.”;*

**SÉPTIMO.** Que el artículo único del proyecto sometido a control de constitucionalidad es propio de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, contemplada en los incisos segundo y quinto del artículo 118 y en el artículo 119 de la Constitución Política de la República, toda vez que legisla sobre atribuciones de las municipalidades, e incide en las atribuciones de los alcaldes y de los concejos municipales, como ya lo ha declarado con anterioridad esta Magistratura (STC Rol N° 50, c. primero; Rol N° 145; Rol N° 284, cc. quinto y vigesimotercero, y Rol N° 446, c. séptimo);

**OCTAVO.** Que consta en autos que la norma examinada fue aprobada en ambas Cámaras del Congreso Nacional con las mayorías requeridas por el inciso segundo del artículo 66 de la Constitución Política de la



República y que, respecto de ella, no se ha suscitado cuestión de constitucionalidad;

**NOVENO.** Que el artículo único del proyecto en estudio no es contrario a la Constitución Política de la República;

y **VISTO**, además, lo dispuesto en los artículos 66, inciso segundo; 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 1<sup>º</sup>, e inciso segundo; 118, incisos segundo y quinto, y 119 de la Constitución Política de la República y lo prescrito en los artículos 34 al 37 de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal,

**SE RESUELVE:**

Que el artículo único del proyecto de ley remitido es constitucional.

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben.

Devuélvase el proyecto de ley a la H. Cámara de Diputados, rubricado por la Secretaria del Tribunal, oficiándose.

Regístrese, déjese fotocopia del proyecto y archívese.

**Rol N<sup>º</sup> 1.704-2010**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por sus Ministros señores José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

## ROL Nº 1.705-2010

### CONTIENDA DE COMPETENCIA SUSCITADA ENTRE EL JUZGADO DE LETRAS Y GARANTÍA CON COMPETENCIA EN FAMILIA DE COLLIPULLI Y EL MINISTERIO PÚBLICO

Santiago, quince de junio de dos mil diez.

#### VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que por oficio Nº 1.048, de 16 de abril de 2010, el Juzgado de Letras y Garantía con competencia en Familia de Collipulli ha remitido a este Tribunal los antecedentes de la causa **RIT 195-2010, RUC 1020020334-3**, con el objeto de que dirima la contienda de competencia trabada entre dicho tribunal y el Ministerio Público;

2°. Que, según lo dispone el artículo 93, inciso primero, Nº 12, de la Constitución Política, es atribución de este Tribunal “*resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado*”;

3°. Que por resolución de 6 de abril de 2010, el Juzgado de Letras y Garantía con competencia en Familia de Collipulli se declaró incompetente para conocer del asunto y ordenó remitir los antecedentes al Ministerio Público;

4°. Que, consta de autos que, por oficio Nº 1009, de 8 de abril de 2010, el Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Collipulli del Ministerio Público, remitió una denuncia relativa a los mismos hechos, al Tribunal de Letras y Garantía con competencia en Familia de Collipulli por tratarse de materias de su competencia en la forma que en él se indica;

5°. Que por resolución de 16 de abril de 2010, dicho tribunal resolvió que habiéndose declarado incompetente el Juzgado de Letras y Garantía con competencia en Familia de Collipulli y el Ministerio Público “se entiende desde ya trabada contienda de competencia entre ambos” y ordenó remitir los antecedentes a esta Magistratura para que sea dirimida.

6°. Que, en presentación de fecha 4 de mayo de 2010, el Fiscal Adjunto Jefe de la Fiscalía Local de Collipulli ha hecho presente a este Tribunal “*que el Ministerio Público prosigue con la persecución penal de los hechos denunciados...de manera que no se verifica en realidad una contienda de competencia.*”;

7°. Que, en estas circunstancias, debe concluirse que, por ahora, no existe contienda de competencia entre el Tribunal de Letras y Garantía con competencia en Familia de Collipulli y el Ministerio Público, razón por la cual este último deberá continuar con la investigación de los hechos que revisten caracteres de delito denunciados por Carabineros de Chile a través del Parte Nº 30, de 6 de abril de 2010, de la Segunda Comisaría de Collipulli.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 12, e inciso decimoséptimo, de la Constitución Política de la República y 50 A de la Ley N<sup>º</sup> 17.997,

**SE RESUELVE:**

1. Que no existe en esta fase procesal la contienda de competencia reseñada en esta resolución entre el Tribunal de Letras y Garantía con competencia en Familia de Collipulli y el Ministerio Público.

2. Devuélvanse al Tribunal de Letras y Garantía con competencia en Familia de Collipulli los antecedentes remitidos. Comuníquese la presente resolución al Ministerio Público, oficiándose al efecto.

Hecho, archívese.

**Rol N<sup>º</sup> 1.705-2010**

Se certifica que el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake concurrió a la presente resolución, pero no firma por estar haciendo uso de su feriado legal.

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente Subrogante, Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake y por los Ministros señores Mario Fernández Baeza, la señora Marisol Peña Torres y el señor Enrique Navarro Beltrán. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

**ROL N<sup>º</sup> 1.706-2010**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL INCISO SEGUNDO  
DEL ARTÍCULO 83 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL,  
DEDUCIDO POR SOCIEDAD  
“EFISIO SALOMONE Y COMPAÑÍA LIMITADA”**

Santiago, ocho de junio de dos mil diez.

Proveyendo la presentación de la parte requirente de fojas 207: por cumplido lo ordenado.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1°. Que, con fecha 26 de abril de 2010, el señor Claudio Enrique Salomone Corbeaux, en representación de la sociedad Efisio Salomone y Compañía Limitada, ha requerido a esta Magistratura Constitucional para que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 83, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil, en relación con los autos Rol N° 969-2007, caratulados “Reinaga con Efisio Salomone y Compañía Limitada”, seguidos ante el Quinto Juzgado del Trabajo de Santiago;

2°. Que, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Constitución, es atribución de este Tribunal “*resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución*”.

A su turno, el inciso decimoprimer del mismo precepto fundamental señala: “*En el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*”;

3°. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, la cual razona en el sentido de que el pronunciamiento sobre la admisibilidad de un requerimiento de esta índole establecido por la Ley Fundamental exige, previamente, resolver sobre la admisión a trámite del requerimiento. Así, el inciso primero del artículo 47 D de dicho texto legal establece que: “*Para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 47 A y 47 B. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales*”.

Y su inciso segundo señala: “*No obstante, tratándose de defectos de forma o de la omisión de antecedentes que debían acompañarse, el Tribunal, en la misma resolución a que se refiere el inciso anterior, otorgará a los interesados un plazo de tres días para que subsanen aquéllos o completen éstos. Si así no lo hacen, el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales*”.

Por su parte, los artículos 47 A y 47 B de la legislación aludida establecen:

“*Artículo 47 A. En el caso del número 6° del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que*

*deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.*

*Si la cuestión es promovida por una parte ejerciendo la acción de inaplicabilidad, se deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.*

*Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.*

*El tribunal deberá dejar constancia en el expediente de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes del proceso”.*

*“Artículo 47 B. El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas”;*

4°. Que, atendido el mérito de los antecedentes, esta Sala se ha formado la convicción de que la acción constitucional deducida no puede prosperar, debiendo ser declarada inadmisibile según lo que se pasa a indicar;

5°. Que en la causa seguida ante el Quinto Juzgado del Trabajo de Santiago, caratulada “Reinaga con Efisio Salomone y Compañía Limitada”, por despido injustificado, el requirente planteó un incidente de nulidad de todo lo obrado en atención a que en las actuaciones que indica tuvo participación el señor Rodrigo Mella Adasme “*como mandatario judicial habilitado en derecho, en circunstancias que NO posee ninguna de las calidades señaladas en (la) Ley N<sup>º</sup> 18.120 sobre Comparecencia en Juicio*” (fojas 160);

6°. Que por resolución de 22 de marzo de 2010, el Tribunal negó lugar a dicha incidencia por extemporánea, por cuanto, según se indica, “*la demandada debió alegar la nulidad fundada en la falta de ius postulandi del Sr. Mella (...) cuando tuvo conocimiento de ello, en junio de 2008.*” Ello, en conformidad a lo dispuesto en los artículos 82 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (fojas 187);

7°. Que el requirente dedujo recurso de reposición en contra de la mencionada resolución y, en subsidio, de apelación. Con fecha 30 de marzo de 2010, el Tribunal negó lugar al primero y declaró improcedente el segundo;

8°. Que, en esta situación, el actor, con fecha 26 de abril del presente año, ha deducido, ante esta Magistratura, el presente requerimiento de inaplicabilidad del artículo 83, inciso segundo, del Código de Procedi-

miento Civil, que señala que la nulidad procesal “sólo podrá impetrarse dentro de cinco días, contados desde que aparezca o se acredite que quien deba reclamar de la nulidad tuvo conocimiento del vicio, a menos que se trate de la incompetencia del tribunal”.

Considera que dicho precepto, en último término, hace “ilusorio el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva” (fojas dos);

9°. Que el artículo 47 F de la Ley N° 17.997 establece en su inciso primero que un requerimiento es inadmisibile: “5° Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto”;

10°. Que de los antecedentes de la gestión en que incide la acción de inaplicabilidad interpuesta se desprende que la norma que se objeta ya recibió aplicación en la resolución de 22 de marzo de 2010, del Quinto Juzgado del Trabajo de Santiago, antes mencionada, al negarse lugar al incidente de nulidad planteado por el actor y que los recursos que se dedujeron en su contra fueron desechados, razón por la cual no se observa cómo, en las actuales circunstancias, pueda resultar decisiva en el mismo asunto.

11°. Que, por lo tanto, una declaración de inaplicabilidad del precepto que se impugna es irrelevante en este caso, puesto que no produciría efecto alguno;

12°. Que atendido lo que se termina de exponer y lo dispuesto en el artículo 47 F, inciso primero, N° 5°, de la Ley 17.997, el requerimiento de autos, debe ser declarado inadmisibile.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 6°, 7° y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso decimoprimer de la Constitución Política de la República y en los artículos 47 F, inciso primero, N° 5°, y demás pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

Inadmisibile el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas uno.

Notifíquese por carta certificada al requirente y al 5° Juzgado del Trabajo de Santiago.

Archívese.

### **Rol N° 1.706-2010**

Se certifica que el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake concurrió a la presente resolución, pero no firma por encontrarse haciendo uso de feriado.

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y

por los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

## ROL N<sup>º</sup> 1.707-2010

### CONTIENDA DE COMPETENCIA SUSCITADA ENTRE EL JUZGADO DE LETRAS Y GARANTÍA DE LOS MUERMOS Y EL MINISTERIO PÚBLICO

Santiago, veintiséis de mayo de dos mil diez.

#### VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

1<sup>º</sup>. Que con fecha 26 de abril de 2010, Claudia Angélica Oyarzún Igor, Jueza Titular del Tribunal de Letras, Garantía y Familia de Los Muermos ha requerido a esta Magistratura para que resuelva la contienda de competencia suscitada con el Ministerio Público, en el marco del proceso RIT N<sup>º</sup> 00100-2010, seguido ante dicho Tribunal. Consta de los documentos acompañados que con fecha 13 de abril, la requirente remitió los antecedentes del proceso al Ministerio Público para que investigue los hechos y ejerza la acción penal correspondiente, por existir antecedentes de lo que el legislador ha denominado “maltrato habitual”.

Consta en estos autos que el proceso enviado al Ministerio Público fue devuelto al Tribunal requirente con fecha 16 de abril, señalando el ente persecutor que “*esperamos la remisión de los antecedentes una vez que se declare la habitualidad en las audiencias indicadas, y en caso de opinión contraria solicitamos se tenga el presente oficio como suficiente para la traba de la contienda de competencia*”.

Con fecha 04 de mayo, el Ministerio Público se hizo parte ante esta Magistratura y solicitó tener presente que “*ha decidido proseguir con la persecución penal de los hechos denunciados*”;

2<sup>º</sup>. Que el artículo 93 de la Constitución Política, en su numeral 12, señala que son atribuciones del Tribunal Constitucional “*Resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al senado*”, agregando que

el requerimiento deberá ser deducido por cualquiera de las autoridades o tribunales en conflicto;

3°. Que, con fecha 26 de abril de 2010, el Presidente del Tribunal ordenó dar cuenta del requerimiento en la Primera Sala de esta Magistratura;

4°. Que, para una acertada resolución del asunto *sub lite*, cabe tener presente lo razonado en la sentencia dictada en el proceso Rol N° 1.531, en orden a que “*para que pueda plantearse con propiedad una contienda de competencia, es preciso que concurren los siguientes requisitos: que al menos dos órganos, de igual o de distinta naturaleza, pretendan estar habilitados para conocer y decidir el mismo asunto; que se trate de un asunto concreto y determinado; y que su resolución definitiva se encuentre pendiente al momento de plantearse el conflicto*” (Lautaro Ríos A., *Contiendas de competencia*, Gaceta Jurídica 168, 1994, p. 7). Don Enrique Silva Cimma señala que los conflictos de competencia se producen “*cuando dos o más órganos se atribuyen competencia para conocer de un determinado asunto, en cuyo caso se habla de conflictos positivos; o cuando ninguno de ellos se cree competente, en caso éste que nace un conflicto negativo*” (*Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, p. 90). Por su lado, para Silva Bascuñán “*contienda de competencia es la disputa que se promueve entre dos autoridades o tribunales en razón de que ambos sostienen disponer o carecer de atribuciones para pronunciarse sobre determinado asunto*” (*Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VI, 2000, p. 231*). Ahora bien, según su sentido natural y obvio, contienda es “*disputa, discusión, debate*” (*Diccionario de la Lengua Española, 22 edición, Tomo I, p. 637*). Mientras que competencia es la “*atribución legítima a un juez u otra autoridad para el conocimiento o resolución de un asunto*” (*Ibid.*, p. 604) y que “*si se produce un conflicto entre órganos que ejercen distintas funciones públicas, tienen conflictos de funciones, ya que ambos órganos van a ser competentes, pero uno de ellos tiene competencia de tipo jurisdiccional y el otro de tipo administrativo*” (*Juan Colombo Campbell, La Competencia, 2ª. Ed., 2004, p. 620*)”.

En síntesis, este Tribunal estima que “*existe así una contienda de competencia o de funciones cuando un órgano, con su actuar u omisión, afecta las competencias de otro siempre y cuando tal situación importe una real y actual lesión o menoscabo*” de potestades;

5°. Que lo anterior se ve complementado por los artículos 50 A y siguientes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, cuyo artículo 50 A dispone en su inciso segundo que “*El órgano o autoridad que se atribuya competencia o falta de ella, sobre un asunto determinado, deberá presentar su petición por escrito al Tribunal. En ella deberá indicar con precisión la contienda producida, los hechos y los fundamentos de derecho que le sirven de sustento*”. A su vez, el artículo 50 B del mismo cuerpo legal dispone que “*Una vez declarada admisible, se dará traslado al o a los otros órganos en conflicto para que, en el plazo de diez días, hagan llegar al Tribunal las observaciones y antecedentes que estimen pertinentes*”;



6°. Que, de la normativa transcrita precedentemente, se concluye que los presupuestos de admisibilidad de una contienda de competencia son a) que una autoridad se atribuya competencia o falta de ella, sobre un asunto determinado; b) que la cuestión sea planteada por escrito a este Tribunal; c) que se indique con precisión la contienda producida, y, d) los hechos y los fundamentos de derecho que le sirven de sustento;

7°. Que, del mérito de los antecedentes expuestos, consta que se produjo una de las denominadas “contienda negativa de competencia”, en la medida que los dos órganos en conflicto señalaban carecer de la misma, situación a la cual se pone término, al manifestar el Ministerio Público que perseverará en la investigación de los hechos;

8°. Que, en razón de lo considerado no existe verdaderamente una contienda de competencia de aquellas que deba dirimir esta Magistratura Constitucional, no concurriendo los presupuestos expresados en los considerandos 4° y 6° de la presente resolución, por lo cual procede declarar la inadmisibilidad del requerimiento de fojas 1.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en los artículos 93, inciso primero, N° 12°, e inciso decimoséptimo, de la Constitución, 50 A y siguientes y demás normas pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE DECLARA INADMISIBLE** el requerimiento de contienda de competencia interpuesto a fojas uno.

Proveyendo al escrito de fojas 25, estése al mérito de lo resuelto precedentemente.

Notifíquese, regístrese y archívese.

### **Rol N° 1.707-2010**

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

## ROL N° 1.708-2010

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 72  
DEL DECRETO SUPREMO N° 294, DEL MINISTERIO DE OBRAS  
PÚBLICAS, DEL AÑO 1985, Y 72, INCISO PRIMERO,  
DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 850,  
DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, DEL AÑO 1998 Y,  
DEL N° 3 DEL DECRETO SUPREMO N° 169, DEL MINISTERIO DE  
OBRAS PÚBLICAS, DEL AÑO 1985, DEDUCIDO POR  
MARÍA GRACIELA MÁRQUEZ HERRERA Y OTROS

Santiago, quince de junio de dos mil diez.

A fojas 218, téngase presente.

### VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que, por resolución de fecha 11 de mayo de 2010, esta Sala acogió a tramitación el requerimiento de inaplicabilidad interpuesto por el abogado don Jaime Reyes Saavedra, en representación de las señoras María Graciela Márquez Herrera, Magaly del Carmen Pino Ibáñez y Jovita Gajardo Gómez y del señor Genaro Ruperto Fuentes Mella, respecto del inciso primero del artículo 72 del Decreto Supremo N° 294, publicado en el Diario Oficial de 20 de mayo de 1985; del N° 3 del Decreto Supremo N° 169, publicado en el Diario Oficial de 20 de septiembre de 1985, y del inciso primero del artículo 72 del Decreto con Fuerza de Ley N° 850, publicado en el Diario Oficial de 25 de febrero de 1998, todos del Ministerio de Obras Públicas, en la causa caratulada “*Márquez Herrera y otros con Fisco de Chile*”, seguida ante el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, bajo el RIT 0-639-2010, que se encuentra actualmente pendiente;

2°. Que, en la misma resolución, se ordenó requerir al Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago el envío de copia autorizada de las piezas principales del expediente de la gestión judicial invocada y, para pronunciarse acerca de la admisibilidad del requerimiento, se dio traslado al Fisco de Chile, Ministerio de Obras Públicas, Dirección General de Aguas, por el plazo de diez días.

A fojas 208, se ordenó agregar a los autos el oficio del tribunal aludido en que se remitían las copias solicitadas y, a fojas 215, se tuvo por evacuado el traslado conferido;

3°. Que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Constitución, es atribución de este Tribunal “*resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal*”

*cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”.*

El inciso decimoprimer del mismo precepto de la Carta Fundamental señala: *“En el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”;*

4°. Que la normativa constitucional referida precedentemente se complementa por la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, que dispone en su artículo 47 E que *“dentro del plazo de cinco días, contado desde que se acoja el requerimiento a tramitación o desde que concluya la vista del incidente, en su caso, la sala que corresponda examinará la admisibilidad de la cuestión de inaplicabilidad”.*

A su vez, el artículo 47 F de la misma ley orgánica constitucional prescribe que *“procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:*

1° *Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado;*

2° *Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;*

3° *Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada;*

4° *Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal;*

5° *Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y*

6° *Cuando carezca de fundamento plausible.*

*Declarada la inadmisibilidad por resolución que deberá ser fundada, ésta será notificada a quien haya recurrido, al juez que conozca de la gestión judicial pendiente y a las demás partes que intervengan en ella, y el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.*

*La resolución que declare la admisibilidad o inadmisibilidad del requerimiento no será susceptible de recurso alguno”.*

5°. Que respecto de la causal de inadmisibilidad contemplada en el N<sup>º</sup> 6° del inciso primero del artículo 47 F de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, esta Magistratura resolvió en la sentencia Rol N<sup>º</sup> 1.288 –sobre control de constitucionalidad del proyecto de ley que

modificaba la antedicha ley orgánica constitucional, que luego se promulgó como Ley N° 20.381 (D.O. 28.10.2009)– que “*el N° 6° del inciso primero del artículo 47 G [actual 47 F de la Ley N° 17.997] que el artículo único, N° 57, del proyecto remitido incorpora a la Ley N° 17.997 es constitucional en el entendido que la expresión ‘fundamento plausible’ que en él se contiene corresponde a la exigencia contemplada en el artículo 93, inciso decimoprimer, de la Constitución Política, de que la acción interpuesta esté fundada razonablemente.*” (Punto resolutivo N° 11);

6°. Que esta Magistratura ha sostenido que la exigencia constitucional de fundamentar razonablemente un requerimiento de inaplicabilidad, para los efectos de declarar su admisibilidad, supone una “*condición que implica –como exigencia básica– la aptitud del o de los preceptos legales objetos para contrariar, en su aplicación al caso concreto, la Constitución, lo que debe ser expuesto circunstanciadamente. La explicación de la forma en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye la base indispensable de la acción ejercitada.*” (STC Roles N°s 482, 483, 484, 485, 490, 491, 492 y 494, entre otras);

7°. Que, del estudio del requerimiento interpuesto, esta Sala ha llegado a la conclusión de que él no cumple con la exigencia constitucional de contener una impugnación que esté fundada razonablemente, del modo recién expuesto, ya que no indica claramente la forma en que cada una de las normas que impugna podrían contrariar la Constitución en su aplicación al caso concreto, por lo que deberá ser declarado inadmisibile;

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución y en los artículos 47 E, 47 F y demás disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**QUE SE DECLARA INADMISIBLE** el requerimiento deducido a fojas uno. Téngase por no presentado, para todos los efectos legales.

**Se previene que el Ministro señor Francisco Fernández Fredes** fue además del parecer de considerar no razonablemente fundado el requerimiento por cuanto de los antecedentes que obran en autos se desprende que la fusión en uno solo de los beneficios previsionales del desahucio y de la indemnización por años de servicios no fue producto de una extralimitación de facultades del Presidente de la República al dictar los decretos con fuerza de ley que se reprochan de inconstitucionales por los requirentes, sino que fue el fruto de una modificación legal dispuesta, en el año 1970, por el artículo 2° de la Ley N° 17.326.

Notifíquese por carta certificada al requirente y al Fisco de Chile.  
Comuníquese por oficio al Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.  
Archívese.

### **Rol N<sup>º</sup> 1.708-2010**

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por los Ministros señores Mario Fernández Baeza, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

## **ROL N<sup>º</sup> 1.709-2010**

**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE EL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY N<sup>º</sup> 20.428, QUE OTORGA UN BONO SOLIDARIO A LAS FAMILIAS DE MENORES INGRESOS**

### **Ley N<sup>º</sup> 20.442, de 9 de junio de 2010**

Santiago, seis de mayo de dos mil diez.

#### **VISTOS Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.** Que, por Oficio N<sup>º</sup> 8682, de 23 de abril de 2010, ingresado a esta Magistratura el día 27 del mismo mes y año, la Cámara de Diputados transcribe el proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que modifica la Ley N<sup>º</sup> 20.428, que otorga un bono solidario a las familias de menores ingresos (Boletín N<sup>º</sup> 6852-05), con el objeto de que este Tribunal, conforme a la atribución que le ha sido conferida en el N<sup>º</sup> 1<sup>º</sup> del inciso primero del artículo 93 de la Constitución Política, ejerza el control preventivo de constitucionalidad respecto de su artículo único

**SEGUNDO.** Que el N<sup>º</sup> 1<sup>º</sup> del inciso primero del artículo 93 de la Ley Fundamental establece que, entre otras, es atribución de este Tribunal “*ejercer el control de constitucionalidad (...) de las leyes orgánicas constitucionales*”. A su vez, el inciso segundo del mismo precepto fundamental dispo-

ne: “En el caso del número 1º, la Cámara de origen enviará al Tribunal Constitucional el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquél en que quede totalmente tramitado por el Congreso.”;

**TERCERO.** Que, en razón de lo establecido en las disposiciones referidas precedentemente, corresponde a esta Magistratura, en la oportunidad que en ellas se señala, pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas de la iniciativa legislativa remitida a control en estos autos, que estén comprendidas dentro de las materias que el constituyente ha reservado a una ley orgánica constitucional;

**CUARTO.** Que el artículo 77 de la Constitución Política dispone:

*“Art. 77. Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República. La misma ley señalará las calidades que respectivamente deban tener los jueces y el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas ministros de Corte o jueces letrados.*

*La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, sólo podrá ser modificada oyendo previamente a la Corte Suprema de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva.*

*La Corte Suprema deberá pronunciarse dentro del plazo de treinta días contados desde la recepción del oficio en que se solicita la opinión pertinente.*

*Sin embargo, si el Presidente de la República hubiere hecho presente una urgencia al proyecto consultado, se comunicará esta circunstancia a la Corte.*

*En dicho caso, la Corte deberá evacuar la consulta dentro del plazo que implique la urgencia respectiva.*

*Si la Corte Suprema no emitiere opinión dentro de los plazos aludidos, se tendrá por evacuado el trámite.*

*La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, así como las leyes procesales que regulen un sistema de enjuiciamiento, podrán fijar fechas diferentes para su entrada en vigencia en las diversas regiones del territorio nacional. Sin perjuicio de lo anterior, el plazo para la entrada en vigor de dichas leyes en todo el país no podrá ser superior a cuatro años.”;*

**QUINTO.** Que el artículo único del proyecto de ley sometido a control preventivo de constitucionalidad dispone:

**“PROYECTO DE LEY:**

*Artículo único. Agréganse, a continuación del inciso segundo del artículo 1º de la ley N° 20.428, los siguientes incisos tercero y cuarto, pasando los actuales incisos tercero a décimo, a ser quinto a duodécimo, respectivamente:*

*“Las controversias que se susciten con ocasión del incumplimiento de las obligaciones establecidas en el inciso anterior serán conocidas por los Tribunales de Familia, los que para estos efectos podrán exigir la entrega del monto total del bono, reajustado de conformidad a la variación que experimente el índice de precios al consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas, entre el mes*

*anterior a aquél en que se percibió y el que antecede a su restitución a quien corresponda, de conformidad al inciso precedente.*

*La solicitud de devolución del bono deberá ser presentada por escrito ante el tribunal de familia competente, la que se tramitará y resolverá de conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 26 de la ley N<sup>º</sup> 19.968.”;*

**SEXTO.** Que de los dos nuevos incisos que el artículo único del proyecto de ley remitido dispone agregar al artículo 1<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 20.428, sólo el inciso tercero regula una materia propia de la ley orgánica constitucional a que se refiere el inciso primero del artículo 77 de la Carta Fundamental, por cuanto confiere una nueva atribución a los tribunales de familia;

**SÉPTIMO.** Que, en concordancia con lo señalado precedentemente, este Tribunal concluye que, atendido su contenido, el nuevo inciso cuarto que el artículo único del proyecto de ley remitido dispone agregar al artículo 1<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 20.428 no se refiere a las materias que en virtud de la Constitución Política deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales y que, por consiguiente, no le corresponde emitir a su respecto pronunciamiento en examen preventivo de constitucionalidad;

**OCTAVO.** Que consta de autos que la norma del proyecto de ley examinada por este Tribunal ha sido aprobada en ambas Cámaras del Congreso Nacional con las mayorías requeridas por el inciso segundo del artículo 66 de la Constitución Política de la República y que, respecto de ella, no se ha suscitado cuestión de constitucionalidad;

**NOVENO.** Que igualmente consta de los antecedentes tenidos a la vista que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 77 de la Carta Fundamental;

**DÉCIMO.** Que el nuevo inciso tercero que el artículo único del proyecto de ley remitido dispone agregar al artículo 1<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 20.428, no es contrario a la Constitución.

y VISTO lo dispuesto en los artículos 66, inciso segundo, 77, incisos primero y segundo, 92, incisos quinto y sexto, y 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 1<sup>º</sup>, e inciso segundo, de la Constitución Política de la República y lo prescrito en los artículos 34 al 37 de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

**SE DECLARA:**

Que el nuevo inciso tercero que el artículo único del proyecto de ley remitido dispone agregar al artículo 1<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 20.428 es constitucional.

Que por no regular materias propias de ley orgánica constitucional, esta Magistratura no se pronuncia sobre el nuevo inciso cuarto que el artículo único del proyecto de ley remitido dispone agregar al artículo 1<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 20.428.

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben.

Devuélvase a la Cámara de Diputados el proyecto de ley remitido a control, rubricado en cada una de sus hojas por la Secretaria del Tribunal, oficiándose.

Regístrese, déjese fotocopia del proyecto y archívese.

**Rol N° 1.709-2010**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente Subrogante, Ministro señor José Luis Cea Egaña, y los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgún.

**ROL N° 1.710-2010**

**PROCESO INICIADO DE OFICIO PARA DECIDIR SOBRE  
LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY  
DE ISAPRES Y CUYA SENTENCIA SE PUBLICÓ EN EL DIARIO  
OFICIAL EL 9 DE AGOSTO DE 2010**

Santiago, seis de agosto de dos mil diez.

**VISTOS:**

En ejercicio de la atribución conferida en los incisos primero, N° 7°, y duodécimo del artículo 93 de la Constitución Política de la República, en relación con lo dispuesto en el artículo 47 O de su Ley Orgánica Constitucional, N° 17.997, por resolución de 27 de abril de 2010, este Tribunal, de oficio, decidió iniciar el presente proceso a los efectos de examinar la constitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, previamente declarado inaplicable por sentencias roles N° 976, 1.218, 1.273 y 1.287, en atención a que su aplicación en las gestiones judiciales pendientes en los primeros dos casos referidos resultaba contraria a los numerales 2° y 9° del artículo 19 de la Constitución Política, mientras que en los otros dos



casos transgredía los numerales 2<sup>º</sup>, 9<sup>º</sup> y 18<sup>º</sup> del mismo precepto constitucional aludido.

A su vez, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 47 S de la citada Ley N<sup>º</sup> 17.997, la mencionada resolución que dispuso la apertura de estos autos se puso en conocimiento del Presidente de la República, del Senado y de la Cámara de Diputados en sus calidades de órganos constitucionales interesados.

## I OBSERVACIONES FORMULADAS POR EL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Mediante escrito de 20 de mayo de 2010 –fojas 56 a 174–, el señor Presidente de la República ha pedido a esta Magistratura tener presente las siguientes observaciones, respecto de la materia objeto de este proceso constitucional:

Como cuestiones de carácter general, la autoridad se refiere a la atribución otorgada a este Tribunal en el numeral 7<sup>º</sup> del inciso primero del artículo 93 de la Carta Fundamental. Al tiempo de valorar dicha competencia como parte del perfeccionamiento de nuestro Estado de Derecho, la misma autoridad pública destaca su confianza en orden a que en este proceso se hará un ejercicio prudente de ella. En el mismo orden de consideraciones, el Jefe de Estado entiende que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal vigente, que podría ser el resultado del examen que se efectuará en este proceso, sería *“de cierta manera, la última ratio para lograr restablecer la armonía constitucional”*. A su vez, manifiesta su certeza en cuanto a que esta Magistratura Constitucional orientará su labor jurisdiccional en el *“valor superior”* de la seguridad jurídica y que, además, tendrá en consideración que, conforme a la normativa fundamental citada, la decisión que se adopte necesariamente se impondrá *“a lo resuelto por los poderes colegisladores, también en el ejercicio de sus potestades constitucionales”*.

El Ejecutivo solicita, por otra parte, atender a los criterios que este Tribunal Constitucional ha ido aplicando en diversas sentencias respecto de la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales, entre las cuales cita las recaídas en los procesos roles N<sup>os</sup> 43, 200, 226, 280, 513, 541, 546, 558 (590), 681, 792, 1.173, 1.254 y 1.345. En particular, la autoridad apunta los siguientes: a) la inconstitucionalidad supone una comparación abstracta entre dos normas de distinto rango, sin referencia a una situación singular; b) imposibilidad de armonizar el precepto legal impugnado con la Constitución Política; c) la decisión de declarar la inconstitucionalidad del precepto de que se trata no debe acarrear efectos aún más nocivos que los que produce la supervivencia del precepto cues-

tionado; y d) afectación del contenido esencial de los derechos involucrados como requisito necesario para la declaración de inconstitucionalidad.

Asimismo, en la presentación en comentario se hace alusión a criterios que habría elaborado el Tribunal Constitucional alemán para fundar la decisión de abstenerse de declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal, a los efectos de que sean también tenidos a la vista al adoptar la resolución en este caso. A saber: a) cuando se evita la creación de un vacío normativo; b) cuando la sentencia pueda incidir en la *“libertad de configuración normativa (Gestaltungsfreiheit) que corresponde al legislador”*; c) *“si la declaración de nulidad no es necesaria cuando se trata de corregir una omisión parcial del legislador”*; d) si *“la declaración de nulidad de la ley no alcanza a cubrir la finalidad perseguida por la sentencia; y e) “si la declaración de nulidad no puede eliminar el perjuicio que justamente se trata de evitar”*.

En el mismo orden de consideraciones generales y con el objeto de evidenciar las diferencias que existen entre el pronunciamiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y el de inconstitucionalidad materia de este proceso, el Presidente de la República enfatiza la declaración que formuló este Tribunal en cada una de las sentencias previas de inaplicabilidad que le sirven de sustento a estos autos y alude resumidamente a los fundamentos consignados en esos mismos fallos; luego, hace hincapié en que *“lo que se solicita por el constituyente a esta alta Magistratura es realizar un nuevo análisis, totalmente diverso a los ya efectuados, tal es examinar si la norma legal antes cuestionada por sus efectos contrarios a la Constitución, es igualmente censurable ahora desde todo punto de vista, esto es, incompatible en abstracto, con las normas constitucionales invocadas, de manera tal que una conciliación interpretativa no sea posible y si su eventual declaración de inconstitucionalidad producirá efectos jurídicos más próximos o alejados del texto fundamental”*.

Por su parte, el Capítulo IV de la presentación del Presidente de la República, en referencia, está dedicado a los antecedentes que surgen de la tramitación legislativa y al contenido del artículo 38 ter de la Ley Nº 18.933 que es objeto del examen materia de este proceso constitucional, el cual, como se indica en el mismo escrito, corresponde al artículo 199 del texto refundido, coordinado y sistematizado de la aludida legislación, aprobado por el Decreto con Fuerza de Ley Nº 1, de Salud, de 2005.

En el aspecto reseñado, el Ejecutivo hace notar que con anterioridad a la incorporación del artículo 38 ter a la legislación del rubro, por la Ley Nº 20.015, el régimen establecido en el año 1995 por la Ley Nº 19.381 *“otorgaba a las Isapres amplias facultades, que generaban la posibilidad que en cada proceso de adecuación podían modificar el precio base del plan, sus beneficios y la tabla de precios o factores, dando origen en la práctica a una discriminación entre personas afiliadas a un mismo tipo de plan”*. La misma autoridad añade que tal discriminación de precios *“no obedecía a criterios conocidos por la población en general, ni existía, a su respecto, posibilidades reales ni de control ni de*

sanción. Todo lo anterior desembocó en la existencia de miles de planes de salud que coexistían creando, nuevamente en la práctica, real discriminación entre personas supuestamente afiliadas a un mismo tipo de plan”.

Con posterioridad, en el año 2005, la Ley N.º 20.015 incorporó a la denominada “Ley de Isapres” –N.º 18.933– los artículos 38, 38 bis y 38 ter, los cuales, en términos generales, según se relata, establecieron un **“nuevo régimen para la determinación del precio de los contratos de salud y su posibilidad de revisión por parte de las Isapres”** (el destacado es nuestro), que contempla las condiciones siguientes:

“a) La revisión anual de los contratos de salud puede considerar sólo la modificación del precio base del plan con las limitaciones que se establecen en el artículo 38 bis”.

“b) Al comunicar la respectiva adecuación del contrato a sus afiliados, las Isapres sólo podrán ofrecer planes que estén en actual comercialización con, al menos, un año de vigencia y con afiliados vigentes, y su precio ‘deberá corresponder al precio base modificado por las tablas de riesgo según edad y sexo correspondientes”.

c) Se establece “una Tabla de Factores, que las Isapres deberán elaborar e incorporar a los contratos de salud que ofrezcan a sus afiliados, cuya estructura es fijada por la Superintendencia de Salud considerando los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deben utilizar”.

“d) A efectos de su elaboración y respetando las restricciones legales y los tramos de edad que fije la Superintendencia conforme a la ley, las Isapres pueden fijar libremente los factores. Con todo, las Isapres no podrán variar los factores mientras los beneficiarios se encuentren adscritos al mismo plan, ni alterarlos respecto de quienes se incorporen a él, a menos que la modificación consista en disminuir los múltiplos o factores con carácter permanente, sea total o parcialmente, cambio que requiere autorización previa de la Superintendencia de Salud”.

“e) Conforme a lo anterior, el precio del plan de salud convenido resulta de aplicar al precio base del plan respectivo el factor que corresponda al beneficiario según la tabla correspondiente. Cada plan de salud debe tener incorporada una sola tabla de factores. Por su parte, las Isapres deberán tener, a lo más, dos tablas de factores para los planes en comercialización”.

Con todo, la autoridad afirma que, como efecto de los cambios legislativos aludidos, el precio base de los contratos de salud sólo podría ser modificado en condiciones generales que no importasen discriminación entre los afiliados de un mismo plan. También se prohibió tener en cuenta el estado de salud del afiliado para modificar el aludido precio base y se estableció la obligación de las Isapres de ofrecer planes alternativos.

Se indica, asimismo, que la nueva normativa intentó limitar la “autorregulación de la industria” mejorando la forma en que los afiliados recibían la información respecto de las condiciones de los diversos planes con el objeto de que éstos pudiesen comparar efectivamente y tomar una buena decisión al momento de contratar con la respectiva Isapre. Las condicio-

nes impuestas por tal regulación legal, según se indica en la presentación, también tendían a incentivar *“la aplicación de una política solidaria razonable en este aspecto y restringían la posibilidad de discriminar entre los afiliados según el mayor o menor riesgo en salud que presenten”*.

En este último punto, el Jefe de Estado cita la opinión de la senadora Evelyn Matthei, registrada en el Segundo Informe de la Comisión de Salud del Senado, en orden a que la norma que correspondía aprobar por el Congreso Nacional en aquella oportunidad *“debía evitar que las Instituciones de Salud Previsional concentraren determinados grupos de personas en determinados planes de salud, basadas en su mayor o menor riesgo, forzando a los afiliados cautivos a migrar al sistema público”*, añadiendo que *“el precio de los planes podía variar en función de la calidad de servicio, de la incorporación de tecnología o de factores como la hotelería de las clínicas, teniendo en consideración que este último factor no se encontraba dentro de las acciones de salud garantizadas por la Constitución”*.

Se puntualiza, en otro orden de ideas, que, según el concepto contenido en la letra n) del artículo 170 de la legislación en análisis, la tabla de factores en los contratos de salud ***“representa un mecanismo pactado de variación del precio del plan a lo largo del ciclo de vida, el que es conocido y aceptado por el afiliado o beneficiario al momento de suscribir el contrato o incorporarse a él, según corresponda, y que no podrá sufrir variaciones en tanto la persona permanezca adscrita a ese plan”*** (el destacado es nuestro) y, en seguida, subraya que la norma del artículo 38 ter buscó reducir la infinidad de tablas existentes previamente a una tabla por plan y a no más de dos para todos los planes que comercialice cada Isapre.

La autoridad también fija la atención en el hecho de que la Comisión de Salud del Senado, considerando la inconveniencia de “petrificar en la ley” cuestiones de hecho que normalmente debían tender a variar en el tiempo –como lo habían expresado los senadores Matthei y Boeninger–, acordó introducir en una disposición transitoria que regiría para los primeros diez años de vigencia de la legislación en comento, la regla que fija los rangos máximos de diferencia entre los factores de las tablas. Esta norma es el artículo segundo transitorio del texto aprobado de la Ley N° 20.015, que dispone: *“La relación máxima a que alude el numeral 4 del inciso tercero del artículo 38 ter que se agrega a la ley N° 18.933 será, para el primer decenio contado desde la vigencia de la presente ley, de hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y de 14 veces, en el caso de los hombres”*.

Luego asevera que el legislador tuvo a la vista que para concluir que el factor máximo de una tabla no podía ser más de 9 veces el factor mínimo de la misma, en el caso de las mujeres, y de 14 veces, en el caso de los hombres, la Superintendencia del ramo había expresado, según quedó registrado en el mismo documento legislativo citado anteriormente, que *“las cifras estaban basadas en el análisis de los costos reales que para las Institucio-*

*nes de Salud Previsional significaban sus usuarios diferenciados por sexo y edad, extraídas de los datos recogidos entre 2001 y 2003, y estaban en estrecha correspondencia con las tablas que se elaboran en otros países respecto de cómo se distribuye el gasto en salud a lo largo del ciclo de vida de las personas”.*

Refiriéndose a la estructura de los precios de los planes de salud que ofrecen actualmente las Isapres, el Ejecutivo expresa, en síntesis, que la cotización que los afiliados pagan por su plan de salud está compuesta por: a) **Precio base**, que es el mismo para todos los adscritos a un determinado plan y que la Institución de Salud Previsional puede adecuar o modificar una vez al año, en las condiciones que establecen los artículos 197 y 198 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, de Salud, de 2005; b) **Factor etario**, que se aplica respecto de los tramos etarios determinados en cada Tabla de Factores incorporada a los planes de salud según se trate del titular del contrato o de los beneficiarios, masculinos y femeninos. Como señala expresamente la autoridad en su informe: *“Estos factores se modifican automáticamente cuando un miembro del grupo familiar cumple una edad determinada que lo haga cambiar de tramo, pero dicha variación debe ser informada anticipadamente por la Isapre, con tres meses de anticipación al vencimiento de la anualidad contractual”*; c) **Garantías Explícitas de Salud –GES–**, que se derivan del plan Auge y corresponden a las prestaciones básicas uniformes que el Estado garantiza a toda la población sin distinción por sexo o edad y cuyo precio está fijado conforme a lo establecido en la Ley N<sup>º</sup> 19.966.

Para graficar en términos simples cómo opera el sistema, el Presidente de la República indica que la cotización de salud corresponde al precio base del plan respectivo, multiplicado *“por la suma de factores etarios del grupo familiar del afiliado”* y, luego, al valor que resulte de esa operación se le suma *“el precio de la GES por cada beneficiario”*.

Además de referirse en detalle a las reglas que se encuentran definidas por el legislador para calcular la adecuación del precio base de los planes de salud, el Ejecutivo se refiere al rol que cumple la tabla de factores en el sistema privado de salud.

En este punto en particular, se argumenta que como *“los planes de salud son, en definitiva, contratos de seguros frente a determinados riesgos, la prima dependerá del monto cubierto por la probabilidad de incurrir en el riesgo asegurado. Luego, dicha situación requiere contar con mecanismos de ajustes de precios que permitan hacer viable un sistema que no cuenta con subvenciones estatales y/o con mecanismos de ajustes de riesgos de salud”* (el destacado es nuestro). Se agrega que *“ante la evidencia estadística de diferencias de gasto en salud por sexo y edad, la tabla de factores consagrada en nuestra legislación recoge dichas variables, respondiendo a una lógica sanitaria de base objetiva, cuyos elementos configuradores resultan, en consecuencia, razonables”*.

Destaca asimismo la autoridad que el artículo 38 ter, que es objeto del presente examen de constitucionalidad, *“no cuantifica la variación del factor*

*entre cada grupo, sino que sienta las bases para la determinación de cada tramo etario*” sobre el cual se aplicará un determinado factor, dependiendo del riesgo asociado al mismo. La disposición que sí se encargaría de establecer la relación máxima a que alude el numeral 4 del inciso tercero del mencionado precepto legal, es el artículo segundo transitorio de la Ley Nº 20.015, que, como ya se señaló, dispone que para los primeros diez años contados desde la entrada en vigencia de la ley dicha relación será de hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y de hasta 14 veces, en el caso de los hombres.

En esta parte de la presentación el Ejecutivo afirma que el referido precepto transitorio de la Ley Nº 20.015 sería la norma que *“eventualmente puede ser inconstitucional para aquellas prestaciones superiores a las básicas uniformes otorgadas en virtud del Plan Auge y las acciones de salud pública impulsadas por el Estado”*.

Por otra parte y sin perjuicio de la exposición que se realiza en el Capítulo III de la presentación en análisis respecto de los preceptos constitucionales que sirvieron de fundamento a las sentencias de inaplicabilidad previas en que se sustenta el presente proceso constitucional, es en el Capítulo VI del mismo escrito en el cual el Ejecutivo hace valer argumentaciones respecto de la cuestión de fondo que ha de ser resuelta por esta Magistratura, a saber, si aquel precepto legal debe o no ser declarado inconstitucional con fundamento en *“el o los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento”*, en los términos que expresamente utiliza el artículo 47 V de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

Respecto a la **garantía de la igualdad ante la ley** asegurada a toda persona en el numeral 2º del artículo 19 de la Carta Fundamental, con apoyo en la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional (sentencias roles 53, 226 y 1273) y en doctrina especializada, el Jefe de Estado hace hincapié en cuanto a que la discriminación arbitraria, esto es, la que se encuentra prohibida por nuestra Carta Fundamental, es aquella que lesiona la justicia, agregando que *“para determinar si se ha infringido el principio jurídico de la igualdad, será necesario establecer si como consecuencia de un mal ejercicio de la justicia distributiva se originó una lesión a los bienes jurídicos que la autoridad ha estimado dignos de protección”*. Señala, asimismo, que para ajustarse a la Constitución las diferencias de trato deben ser establecidas con parámetros incuestionables, es decir, razonables y justificados.

En el mismo orden de consideraciones y partiendo del supuesto de que la razonabilidad es un principio que postula la proporcionalidad de medios y fines al momento de regular o establecer una limitación a un derecho fundamental, se enuncian los tres criterios o sub-principios que cabría observar al ejercer el control de constitucionalidad de tales regulaciones legislativas. A saber:

a) el criterio de la adecuación o idoneidad, según el cual la medida limitativa del derecho debe ser apta para el logro del fin propuesto por el legislador;

b) el criterio de la necesidad, conforme al cual entre las diversas alternativas de regulación o de limitación se ha de escoger la que resulte menos lesiva para el derecho; y

c) el criterio de la proporcionalidad o razonabilidad *stricto sensu*, que se aplica luego de que se hayan efectuado los dos análisis anteriores y que se encarga de verificar que la limitación de que se trata guarde una relación razonable o proporcionada con el fin que se persigue obtener. Citando a la doctrina, la autoridad pública indica que se trata de un proceso de ponderación de las ventajas y las desventajas de la medida.

Se expresa, por otra parte, que buscar una igualdad absoluta, independientemente del sexo o de la edad de las personas, sería prudente sólo respecto de materias como la dignidad o dentro de lo que el mismo Presidente de la República denomina como un “*mínimo ético común*”, conformado por los elementos que protegen tal dignidad, como serían, a modo ejemplar, la justa retribución por el trabajo, a que se refiere el numeral 16° del artículo 19 constitucional, o “*las prestaciones básicas uniformes*” aludidas en el numeral 18° de ese mismo precepto fundamental.

En este aspecto también se argumenta que en una sociedad democrática fundada en la iniciativa individual y en un Estado subsidiario sería imposible desconocer tanto las características propias del régimen político como las particularidades de cada individuo, las cuales, sin duda, pueden surgir de su sexo o de su edad.

Sin perjuicio de lo expresado, la autoridad reconoce la ilegitimidad de las diferencias basadas sólo en el sexo o en la edad de las personas cuando no existe la relación causal con el fin perseguido, agregando que, en todo caso, si la consideración del sexo y de la edad en una determinada disposición es fruto de un ejercicio racional y prudente para lograr un efecto plausible, no cabría objetar su constitucionalidad, toda vez que ello sería reflejo de los criterios que priman dentro de la sociedad en un momento determinado.

En abono de la misma opinión expresada, el Jefe de Estado afirma que en sentencia Rol 976 esta Magistratura Constitucional habría declarado que la habilitación legal que permite a las Isapres aplicar la tabla de factores en los contratos de salud que celebran con los afiliados cotizantes no podía ser calificada como carente de razonabilidad, infundada o arbitraria.

Reconoce la autoridad, por otra parte, el interés doctrinario que suscita la tesis sostenida por este Tribunal en la sentencia Rol N<sup>º</sup> 1.273, en cuanto a que “*el respeto a la igualdad ha sido complementado con la protección de las denominadas igualdades esenciales, de donde resulta inconstitucional tra-*

*tar desigualmente a las igualdades esenciales, así como tratar igualmente a las desigualdades esenciales'*, y que ello se vincula con el respeto a la dignidad humana, reconocida en el inciso primero del artículo 1° de la Constitución, en cuanto el fallo sostiene que el aumento que sufre el precio de los contratos de salud en la medida que también aumenta la vulnerabilidad de las personas por el paso del tiempo y/o por la condición orgánica de mujer, configuraría una discriminación arbitraria. Sin embargo, el Presidente de la República resalta la idea de que, a su entender, el legislador nacional sí habría respetado las referidas igualdades esenciales en este tema y, por ende, la dignidad de las personas. Lo anterior, por cuanto ha regulado para facilitar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo, garantizándole prestaciones básicas, sea que aquel sujeto se atienda en el sistema público o en el privado.

Hace presente, asimismo, que el sexo y la edad son factores normal y regularmente utilizados en materia de salud, por la literatura científica, y también en campañas del sistema público, agregando, por ejemplo, que focalizar las prestaciones en el área de la salud en los menores de edad y en los adultos mayores se ha entendido como una medida razonable y fundada, y partiendo de una hipótesis similar debiera concluirse que la norma que es sometida al control abstracto de constitucionalidad en la especie, que permite precisamente el agrupamiento de la población en grupos étnicos y de sexo, no configura un caso de discriminación arbitraria prohibida por el ordenamiento constitucional. En este mismo aspecto se añade que tampoco se alcanza a vislumbrar cómo un plan de salud más barato o la opción por el sistema público de salud podrían vulnerar la dignidad humana.

Se afirma por la autoridad estatal que en la medida que las políticas de salud son focalizadas a grupos de la población, mejores serían sus resultados, por lo que la declaración de inconstitucionalidad que eventualmente recaiga sobre el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que es un precepto que se inserta en esa hipótesis de política pública de salud, podría tener efectos perniciosos e insospechados.

En seguida, al intentar responder directamente a la pregunta de si el aludido artículo 38 ter objeto de examen infringe o no el numeral 2° del artículo 19 constitucional, el Ejecutivo plantea, básicamente, que la introducción de esa norma dentro del ordenamiento jurídico (por disponerlo así la Ley N° 20.015) surge de *"la convicción del legislador"* en orden a que mejoraría sustancialmente los derechos de los usuarios de las Isapres, generando mayor transparencia y solidaridad entre hombres y mujeres y entre jóvenes y mayores, por aplicación del Plan Auge. Al mismo tiempo, *"para limitar el campo de acción de la Superintendencia (de Salud) se estableció una relación máxima de valores para el primer decenio"*, la que es mayor en el caso de los hombres en comparación con las mujeres.



Por otra parte, se observa que el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 no es la disposición que cuantifica la variación del factor entre cada grupo cubierto por el respectivo contrato de salud, sino que constituye sólo la norma legal que sienta las bases para la determinación de cada tramo etario sobre el cual se aplicará un factor previamente determinado, conforme al riesgo asociado a aquél. Añade que el precepto que sí establece la relación máxima a que alude el numeral 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, en examen, es el artículo segundo transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, en los términos que ya se han explicado y, por lo tanto, la misma autoridad reitera la idea de que sería esta última la norma legal que eventualmente puede infringir la garantía constitucional en comentario.

A mayor abundamiento, el Presidente de la República expresa que si se siguen los pronunciamientos previos de inaplicabilidad que ha emitido esta Magistratura Constitucional, resultaría obligada idéntica conclusión a la esbozada, es decir, entender que lo que podría cuestionarse, desde la perspectiva del derecho en análisis, sería la regulación que el legislador ya ha establecido, aunque por un tiempo definido y acotado, respecto de la relación que debe existir entre los factores que integran la denominada “*tabla de factores*” de los contratos de salud, mas no el establecimiento de esta última.

Conforme a lo anterior, se vuelve a afirmar que “*la amplitud o diferencia sustancial en los planes de salud derivada de la tabla de factores no deviene del art. 38 ter, que es una mera norma que entrega una potestad normativa a la Superintendencia de Salud, sino que del segundo transitorio de la Ley 18.933*”.

**En cuanto al derecho a la protección de la salud, reconocido en el número 9<sup>º</sup> del artículo 19 de la Constitución**, el Presidente de la República aduce, en primer lugar, que el texto constitucional vigente reemplazó al meramente referencial que contenía la Carta del año 1925 en la materia, estableciéndose concreta y claramente un deber del Estado que se traduce en asegurar a todas las personas el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud. Asimismo, la normativa constitucional vigente también considera, en este ámbito, la existencia del sistema público –FONASA– y del sistema privado –Isapres–.

Siguiendo con detención la discusión verificada al interior de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, el Jefe de Estado observa que, como quedó reflejado ya en el Acta Constitucional N<sup>º</sup> 3, se pasó de la tradicional visión estatista a la de un Estado subsidiario que actúa en función de la libertad de los individuos.

Ahora, refiriéndose en particular al derecho de que se trata, la misma autoridad reconoce que existen tres elementos básicos que orientan su configuración:

a) el deber estatal de proteger el libre e igual acceso a las acciones de salud,

b) el deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de dichas acciones, por entes estatales o privados, y

c) el derecho individual de libre elección entre el sistema privado o el sistema público.

Luego, en la misma presentación se entrega una explicación de cada uno de ellos, en los términos que, en síntesis, se expondrán:

En cuanto al deber estatal de proteger el libre e igual acceso a las acciones de salud, la autoridad indica que éste consiste en que se facilite a las personas hacer uso de ellas sin discriminaciones ni condiciones, salvo las derivadas de la salud pública e individual. Posteriormente, señala ejemplos de acciones de promoción y recuperación de la salud y sostiene que existe el derecho a demandar el acceso a ellas, pero no el derecho a incorporarse, a pertenecer o a mantenerse dentro de una determinada entidad, ya que el libre e igualitario acceso no guardaría relación con un derecho de contratación o afiliación a una determinada institución. Señala, asimismo, que las prestaciones mínimas que garantiza el Estado y que se reflejan en el sistema de atenciones del AUGE, contenidas en el artículo 156 del DFL 1/2005, sin pago adicional a la cotización del 7%, se han reforzado en el tiempo.

Además de lo anterior, se pide considerar que acceso libre e igualitario no sería sinónimo de acceso ilimitado, más allá del aludido mínimo asegurado.

En consideración a lo expresado, el Presidente de la República concluye que por el alza del costo del plan o por el cambio a otro plan de menor precio lo único que se alteraría sería la cobertura adicional que se otorga o que se tiene derecho a percibir, agregando que constituye un tema meramente contractual y que no cabe controlar, por ende, a esta Magistratura Constitucional el que alguien objetivamente más riesgoso para el sistema deba pagar un monto más caro en lo que excede a la garantía mínima estatal del AUGE.

Por otra parte, en cuanto concierne al deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud, se observa que, ya sea a través de entes privados o públicos, lo que el legislador busca garantizar es “*un nivel mínimo*” derivado de la integridad física y psíquica de las personas y, a partir de eso, surge un derecho subjetivo para optar sin apremios, presiones, restricciones o tributos infundados entre el sistema público y el privado de salud, entre las diversas instituciones existentes y entre los diferentes planes y programas de acciones, debiendo existir, en cualquier caso, variedad de alternativas para que este derecho se pueda ejercer de modo legítimo.

Haciendo una interpretación sistemática de las normas, el Ejecutivo plantea que las prestaciones básicas y uniformes establecidas por la Carta Fundamental se configurarían a nivel de ley en las acciones de salud, den-

tro de lo que cabe el Plan AUGE de la Ley N<sup>º</sup> 19.966, que garantiza derechos de cobertura exigibles en FONASA y en las Isapres respecto de un conjunto de enfermedades o patologías que irá en aumento en el tiempo. Señala, asimismo, que ese conjunto mínimo de prestaciones constituiría el núcleo esencial del derecho configurado por el legislador y que con ello también se daría cumplimiento a la regulación del derecho a la seguridad social asegurado en el N<sup>º</sup> 18<sup>º</sup> del artículo 19 de la Constitución.

Sobre la base de tal configuración legal, la autoridad hace ver que los riesgos de salud cambian en función de la situación socioeconómica del país y que ello debe ser analizado por el Ministerio del ramo a los efectos de definir la política pública que deberá implementarse.

También se destaca que, según lo ha expresado el profesor José Luis Cea Egaña, las cotizaciones obligatorias autorizadas por la Constitución son patrimonio del cotizante, por lo cual el Estado no podría destinarlas a subsidios indirectos, pues, a su entender, se vulneraría el N<sup>º</sup> 22<sup>º</sup> del artículo 19 de la Constitución.

En cuanto a la consagración constitucional de la dualidad de sistemas de salud, el Presidente de la República señala que cada uno de ellos tiene sus propias reglas y principios y que las personas son libres para elegir uno u otro. Recalca la idea de que la Constitución Política no ha establecido un sistema único y que, así, el deber del Estado es de garantía, es decir, asume un rol en ausencia o falencia de los privados.

Tras enunciar la configuración, estratificación y forma de financiamiento del sistema público en base a la cotización y el copago, se concluye que en él la contribución estatal resulta insoslayable. En comparación, advierte el Gobierno, el sistema privado de salud se encuentra concebido como un *“mercado de seguros voluntarios”* en el cual las prestaciones a que tienen derecho el afiliado y sus cargas, se financian con una cotización obligatoria no inferior al 7% de su renta imponible, según el valor del plan que contrate con la respectiva Isapre. Se especifica, además, que el ingreso al sistema privado se obtiene luego de la suscripción de un contrato de plazo indefinido, que contiene el precio y las prestaciones exigibles y que, como mínimo, debe contener las garantías explícitas y el plan complementario.

En la misma presentación en comentario se describe el sistema de las Garantías Explícitas y su financiamiento mediante el llamado Fondo de Compensación. Se señala en la materia que la prestación de dichas garantías, siendo universales, puede ser focalizada por edad o sexo, citando ejemplos de ello. Atendido aquello, se afirma que la exclusión a priori del factor edad y del factor sexo sería un error; que no sería razonable ni beneficiosa, pues ambos factores serían parte de la cobertura que entrega el sistema de salud y si no existieran, por ende, se podría llegar a la desprotección de los sectores más débiles o vulnerables.

Para compensar el diferencial entre el costo y el riesgo en salud, dice el Ejecutivo, se estableció el Fondo de Compensación, que consolida una tarifa plana que se calcula por el riesgo promedio del sistema y no a nivel individual. Se destaca, por otra parte, que este sistema de financiamiento tiende a incentivar y proteger las prestaciones universales y que fue el producto de un gran consenso legislativo.

También se afirma por el Gobierno que *“si se analiza el sistema de salud chileno en su conjunto, es posible concluir que existe una variada gama de atenciones garantizadas, cualquiera sea el sistema al cual una persona elija adscribir; dándose cumplimiento, conforme a la ley, al mandato del constituyente de asegurar el libre e igualitario acceso a las acciones de salud”*, y que no es lo mismo que asegurar un acceso ilimitado, como lo ha señalado esta Magistratura en su sentencia Rol N° 1.266. Por consiguiente, afirma el Ejecutivo, *“aun cuando una persona no esté en condiciones de solventar un aumento en el valor del plan contratado con una Isapre, ello no significa que ha quedado excluida del sistema de protección existente; asimismo, tampoco se ha visto mermado su derecho al acceso libre e igualitario a las acciones de salud. En efecto, lo único que en concreto se limita al cambiar a un plan de menor costo, es la cobertura adicional originalmente escogida por el usuario, pero sigue cubierta con las prestaciones básicas uniformes”*.

Lo que la Constitución Política asegura a todas las personas, insiste la autoridad, es el derecho, no absoluto, a elegir el sistema de salud al que deseen acogerse, pero dicha libertad no presupondría el derecho a permanecer en un determinado plan de salud sin asumir el mayor costo asociado a las prestaciones que sean superiores a las básicas uniformes.

Termina señalando el Jefe de Estado, en este mismo aspecto, que si se estableciera que una persona no debe pagar un mayor precio por el plan que le ofrece el sistema privado de salud o por todo aquello que no cubre el Plan Auge, implicaría *“irrumper en un tema que excede la seguridad social y se ubica en un ámbito contractual propio de cada cual”*. Y recuerda que en la sentencia Rol N° 1.218 esta Magistratura entendió la libertad de elección como un derecho a que *“durante la vigencia del contrato pertinente, el afiliado no sufra cambios unilateralmente decididos en las estipulaciones pactadas, al punto que impidan al cotizante perseverar en él, darle término, optar por otra Isapre o trasladarse de sistema”*.

También en cuanto al derecho a la libre elección del sistema de salud, se argumenta, citando la intervención del profesor Evans en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, en cuanto a que no hay libertad irrestricta en la materia, pues la ley impone prescripciones a los distintos sectores. En el mismo sentido, se indica que el profesor Cea Egaña ha manifestado que el derecho a elegir es relativo, pues sólo se halla en condiciones de ejercerlo quien se encuentre en situación económica adecuada para escoger. A lo anterior la autoridad añade que dicha libertad no supone el derecho de permanecer en un plan que supere las prestaciones

aseguradas sin asumir el mayor costo asociado, haciendo presente que el principio del sistema privado es el autofinanciamiento y que su solvencia depende de la siniestralidad.

**En cuanto concierne al derecho a la seguridad social**, asegurado en el numeral 18° del artículo 19 de la Ley Fundamental, el Ejecutivo analiza su evolución desde la Carta del año 1925 hasta llegar al rol subsidiario que se le asigna y reconoce al Estado en la Constitución Política de 1980. Destaca el término de las discriminaciones existentes con anterioridad al año 1980, plasmadas en más de 100 regímenes previsionales distintos, y hace notar, con especial interés y fundado en citas del Consejo de Estado y de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, que el rol subsidiario del Estado se traduce en que los particulares deben buscar fórmulas propias sobre la base de un mínimo común que les garantiza el Estado en la forma de prestaciones básicas, y todo ello, en el marco de un mercado libre en el que las instituciones pueden crear condiciones más favorables.

Se argumenta, asimismo, que éste es un derecho configurado por el legislador, según lo ha reconocido esta Magistratura en su sentencia Rol 334, y que, por tratarse de un tema de “política legislativa”, el *quantum* de las prestaciones básicas y uniformes no es revisable en esta sede constitucional. Hace valer que esta misma idea ha sido reconocida en el marco de un Estado social y democrático como España, citando al efecto sentencias del Tribunal Constitucional español.

Teniendo en consideración lo resuelto por esta Magistratura en la sentencia referida –STC Rol N<sup>º</sup> 334–, el Presidente de la República aduce que el límite de la configuración legislativa de este derecho estaría dado, en nuestro sistema, por la garantía de su contenido esencial. Agrega como otros factores propios de la regulación de este derecho la naturaleza social y prestacional del mismo, lo variable de su objeto, el principio de subsidiariedad y los ámbitos de acción del Estado y del legislador que deben ser respetados con la mayor deferencia posible.

El Jefe de Estado luego afirma que el precepto legal examinado en este proceso no infringiría el derecho a la seguridad social y para fundar tal aserto reitera el concepto de “mínimo básico” asegurado y que en esta materia se está en presencia de una regulación del precio en lo que supera ese mínimo.

Por otra parte, la autoridad estatal insiste en el argumento según el cual las tablas de factores de los contratos de salud no serían reguladas por el precepto cuestionado en autos y que la eventual afectación de derechos se limita sólo a cierto grupo de personas, señalando que las diferencias por edad podrían ser discriminaciones positivas, aun cuando es el legislador y no la judicatura quien debe regular los derechos sociales. Insiste en señalar, asimismo, que la norma impugnada representa el ejer-

cicio de la potestad que se le ha entregado al legislador para configurar el derecho y que este Tribunal Constitucional no podría ejercer un control de mérito a su respecto, si fuera fiel a los pronunciamientos previos en esta materia, contenidos en las sentencias roles N<sup>os</sup> 591, 664, 517, 535 y 1.065, cuyos considerandos transcribe.

El Presidente de la República también se pronuncia respecto de los efectos que generaría la eventual declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N<sup>o</sup> 18.933. En este aspecto, se argumenta que se podría volver a la situación vigente con anterioridad a la Ley N<sup>o</sup> 20.015, esto es, se permitiría una mayor discriminación dentro del sistema. Otro probable escenario es que se determine una “tarifa plana” para los planes de salud de las Isapres, lo cual, a juicio del Gobierno, obligaría a un millón de personas, aproximadamente, a emigrar al sistema público –FONASA–. Además, podría implicar que las personas más jóvenes subsidien el sistema, aumentando el gasto directo en 3.700 millones de pesos por la vía del copago. Por otra parte, se generaría inseguridad jurídica al originarse un vacío legal, se provocaría una desigualdad entre los cotizantes adscritos a los antiguos planes y aquellos que entren al sistema luego de la sentencia de inconstitucionalidad, considerando que ésta no tendrá efectos retroactivos. Por último, se aduce que también se restringiría la interposición de acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante este Tribunal.

Finalmente, el Jefe de Estado señala que el precepto cuestionado puede interpretarse de conformidad con la Constitución al permitir que el mayor cobro se refiera a los afiliados de entre 30 y 50 años, haciendo disminuir la carga a la tercera edad.

Por todo lo anterior, se solicita declarar que la norma que es objeto del presente proceso no es inconstitucional.

En el primer otrosí de la presentación, el Gobierno solicita tener presente que la Superintendencia de Salud se encuentra analizando medidas y propuestas para enfrentar la eventual declaración de inconstitucionalidad de la norma materia de este proceso y, como prueba de tal situación, se acompaña un informe del mismo órgano administrativo, además de un memorándum sobre acciones del Ejecutivo para mejorar la transparencia del sistema de Isapres y promover la competencia y la posibilidad de comparar entre los distintos planes de salud que se ofrecen en el mercado.

## II

### AUDIENCIAS PÚBLICAS DECRETADAS EN LOS AUTOS

Como consta a fojas 40, el Tribunal dispuso la realización de audiencias públicas en las que podrían exponer por escrito y oralmente sus observaciones las instituciones y organizaciones representativas de los intereses involucrados en el asunto materia de este proceso constitucional,

en la forma y dentro del plazo que se regulan en la misma resolución, así como en aquella complementaria que rola a fojas 51.

Dichas audiencias se verificaron los días 25 y 26 de mayo de 2010 y en ellas fueron oídos los comparecientes que se individualizarán a continuación:

**A) En contra de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, el Tribunal escuchó a:**

**1. Isapre Consalud S.A., representada por el abogado Héctor Humeres Noguer:** Esta institución, en síntesis, se refirió a las características fundamentales del sistema de salud en Chile, desarrolló las diferencias que, a su entender, existen entre las prestaciones AUGE y su financiamiento y los planes complementarios de salud, distinguiendo, en estos últimos, el precio base y la tabla de factores. Agregó que la Constitución y la ley brindan a las personas la posibilidad de elegir entre el sistema público y el privado de salud de manera libre, por lo que cuando un usuario celebra un contrato de salud con una determinada Isapre, lo que hace es atenerse a las normas que regulan tal convención, por lo que termina sosteniendo que, a su juicio, estas normas no atentan en absoluto en contra del ordenamiento constitucional.

**2. Isapres Banmédica S.A. y Vida Tres S.A., representadas por el abogado Alejandro Parodi:** Estas instituciones hicieron hincapié en los efectos de la eventual sentencia de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 que pronuncie esta Magistratura. Señalaron, básicamente, que la ley en examen no admite una discriminación arbitraria ni una vulneración de la libertad de elección del sistema de salud, toda vez que sería razonable la utilización de la edad y el sexo como factores de riesgo para calcular el costo de los planes de salud y también porque las alzas que sufre el precio de los planes de salud se justifican si se sostienen en el aumento del riesgo asociado al mismo contrato.

**3. Asociación de Isapres de Chile AG, representada por el abogado Rodrigo Díaz de Valdés y por su Presidente, señor Eduardo Aninat:** En estas exposiciones se sostuvo que de ser declarada inconstitucional la norme en cuestión, la estructura de costos de los planes de salud variará de tal forma que 3 de cada 4 afiliados sufrirán alzas notorias y que, además, ello obligaría al sistema de Isapres a fijar una “*tarifa plana*”, sin modificación por riesgo, que haría incrementar los precios de los planes que consideren niños beneficiarios y también aquellos que beneficien a los más jóvenes. Al mismo tiempo se indicó que en el caso de los hombres de entre 20 y 24 años de edad, se producirían alzas de precio de un 124% promedio y que se podría estimar un traslado hacia el sistema público de salud de, aproximadamente, 700 mil usuarios, lo que seguramente

llevará a plantear la necesidad de crear algún subsidio estatal para ciertos grupos etéreos.

**4. Isapre Cruz Blanca S.A., representada por el abogado Miguel Ángel Fernández:** La entidad solicitó al Tribunal que no declare la inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, fundando tal petición en el hecho de que no se cumplirían los estándares fijados por esta misma Magistratura para declarar la inconstitucionalidad abstracta de efectos *erga omnes*. A su juicio, no existiría la incompatibilidad manifiesta de la norma legal con el texto constitucional, exigida en la sentencia Rol N° 558. Por otro lado, puntualiza que esta declaración de última *ratio* –la de inconstitucionalidad– exige tanto el respeto por el principio de la deferencia razonada, que ha esbozado la jurisprudencia de este Tribunal, como verificar que la declaración de inconstitucionalidad no generará efectos más nocivos que la pervivencia de la norma legal examinada. En este aspecto, se señaló que la disposición cuestionada fue introducida al ordenamiento jurídico con el objeto de limitar la facultad que tenían las Isapres para modificar los precios de los planes de salud y, al mismo tiempo, habilitó a la Superintendencia de Salud para establecer la estructura de la tabla de factores dentro de un margen regulado. Se agregó que las sentencias previas de inaplicabilidad dictadas en los procesos que le sirven de sustento al actual proceso de inconstitucionalidad son marcadamente concretas y, por ende, sus fundamentos no serían de aplicación general, es decir, no podrían ser los que fundaran el fallo de inconstitucionalidad abstracto que se debe dictar en este caso. También sostuvo que el sistema actual no deja en indefensión al afiliado, ya que, sobre todo en el caso de cotizantes cautivos, la ley contempla mecanismos para impugnar las alzas desmedidas en los precios de los contratos de salud por la vía de la jurisdicción arbitral de la Superintendencia de Salud. En cuanto a la igualdad ante la ley, se señaló que el precepto cuestionado en ciertos casos iguala y en ciertos casos diferencia, añadiéndose que la Constitución no prohíbe establecer tablas de factores ni elementos de diferenciación en materia de salud. Se argumentó, además, que la norma en examen no establecería discriminaciones arbitrarias, ya que, en abstracto, el sexo y la edad serían factores relevantes al determinar precios de los planes de salud y también para determinar políticas públicas en la materia, cuestión que, mirando un caso concreto, puede ser diferente. En cuanto al juicio de proporcionalidad, se señaló que es un elemento propio del control concreto de constitucionalidad, pero que en materia de control abstracto este examen de proporcionalidad y la ponderación puede derivar en un examen de mérito, como lo han advertido autores como Prieto Sanchís y Alexy. Finalmente, se hizo valer que no existe consenso en la doctrina en cuanto a los efectos que produce la sentencia de inconstitucionalidad y, por ello, esta Magistratura debiera ser cautelosa



en el ejercicio de la atribución que ha invocado al abrir el presente proceso constitucional.

**5. Isapre Colmena Golden Cross S.A., representada por el abogado Claudio Arellano Parker:** Señaló en la respectiva audiencia que a las Instituciones de Salud Previsional se les ha imputado incumplimientos reiterados, desconocer los derechos de los afiliados y estar desvinculadas de la realidad social; manifestó que frente a tales críticas se puede contestar que esa Isapre sólo obtuvo \$71 (setenta y un pesos) de utilidad operacional mensual por afiliado, con sólo un 0,2% de utilidad anual. Indicó, asimismo, que a las Isapres se les ha imputado ser parte de un mercado de gran concentración, lo que no es efectivo, y que debieran ser aplaudidas por mantenerse sirviendo a sus afiliados, según un llamado que formuló el Estado a través de la legislación que regula la actividad que desarrollan. Expuso también que los costos aumentan de manera sostenida y no se puede limitar la cobertura; por ende, para enfrentar la situación es necesario traspasar un porcentaje al afiliado, debiendo la Isapre asumir la diferencia. La institución hizo suyos los argumentos planteados por otros expositores que han defendido la constitucionalidad de la norma en examen y afirmó que no existirían en este caso discriminaciones por edad y sexo, sino que el establecimiento de “*unidades de riesgo*” para ponderar la cuantificación económica de los riesgos a futuro que deberá asumir cada parte del contrato de salud, lo que, a su juicio, excluye la idea de arbitrariedad. Indicó, también, que existiría un universo de más de 3 millones de personas que libremente han contratado con las Isapres y que con tal decisión, que sería expresión de un acto de solidaridad, han liberado al Estado de la carga de mantener su salud y de entregar subsidios con cargo a su propio patrimonio. Concluyó expresando que las Isapres han debido adecuarse una y otra vez a modificaciones legislativas, sin que hayan sido beneficiarias de subsidios de ninguna especie.

**B) A favor de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, el Tribunal escuchó a:**

**1. Sociedad Javier Fuenzalida y Compañía, representada por Javier Fuenzalida Asmussen:** Al explicitar la estructura de la actividad económica de las Isapres, hizo hincapié en las prerrogativas unilaterales que éstas poseen, en cuáles son sus márgenes de utilidad y en la desigualdad de trato que existe hacia los afiliados del sistema, sobre la base de la discriminación por sexo y edad. La entidad sostuvo, además, que el precio de los contratos de salud se fija unilateralmente por la respectiva Isapre y que éste es conocido sólo el primer año de vigencia del acuerdo de voluntades suscrito. Agrega que en este sistema no se cumpliría el elemento esencial de todo contrato como es el acuerdo en relación al precio, según

determina el Código Civil. En este sentido, afirma que no puede haber contrato sin precio y en este caso esa situación es precisamente la que se verifica. Tampoco se cumpliría, a su entender, con la libertad del mercado en este rubro, porque existirían barreras de entrada. En consecuencia, denuncia que se estaría frente a una actividad de carácter monopólico que infringiría la ley de libre competencia. En su opinión, las condiciones de los contratos de adhesión que determina la Ley del Consumidor, tampoco serían respetadas en este sistema.

**2. Diputados del Partido Socialista señora Pacheco y señores Aguiló, Andrade, Castro, De Urresti, Díaz, Espinoza, Lemus, Monsalve, Montes y Schilling, representados por el abogado Marcelo Rojas Vega:** En esta presentación el grupo de diputados solicita a esta Magistratura declarar la inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que corresponde actualmente al artículo 199 del texto refundido, coordinado y sistematizado de dicha ley –DFL N° 1, de 2005, de Salud–, sobre la base de las infracciones constitucionales a la igualdad ante la ley y al derecho a la protección de la salud, ya declaradas en las sentencias de inaplicabilidad previas que dan sustento al presente proceso. En síntesis, luego de aludir a lo que Carlos Peña y Germán Bidart han señalado respecto de la garantía de la igualdad ante la ley, los parlamentarios afirman que por efecto de lo dispuesto en diversos preceptos de la ley del rubro (se citan los artículos 2°, letra m), y 38 ter de la Ley N° 18.933 y el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015), las Isapres han podido en una cantidad indeterminada, pero determinable de casos, subir unilateralmente el precio de los planes de salud y que el hecho de que la misma legislación aludida establezca una tabla de factores en base a la edad del afiliado, esto es, sobre la base de un hecho involuntario del individuo, trae como efecto la verificación de una discriminación arbitraria prohibida constitucionalmente. En cuanto concierne al derecho a la protección de la salud, recogiendo algunas consideraciones contenidas en las sentencias roles 220 y 976 de esta Magistratura, los diputados sostuvieron que “*en cuanto derecho social*”, éste se halla ligado “*a otros atributos esenciales*” que se aseguran en el mismo texto de la Constitución, como es el derecho a la vida y a la integridad tanto física como psíquica. Afirman, en seguida, que todos ellos deben ser tutelados y promovidos para infundir legitimidad al ordenamiento jurídico.

**3. Pedro Barría Gutiérrez, por sí, y en representación de Infolex Limitada:** Afirmó este abogado que la norma objeto del examen de constitucionalidad de autos sería ilegítima y discriminatoria y que el sistema de Isapres tendría esas mismas características, aunque ya cumplió 30 años de operación o de existencia. Argumentó que este modelo podría ser mejorado si es que se introdujera mayor competencia entre los prestadores privados, los cuales, además, hoy día tendrían privilegios que en ningún

otro sector de la economía existen. Sostuvo, por otra parte, la inconstitucionalidad de varios preceptos de la Ley 18.933, fundada en que establecen un marco de desequilibrio y de desigualdad entre las Isapres y los afiliados. Indicó, asimismo, que, como principio general, en los contratos no podría existir una parte más poderosa que otra, o que, como sucede en estas materias, una de las partes, la Isapre, tenga facultades unilaterales para modificar el precio, poner término al acuerdo y actuar como juez y parte en el caso de las licencias. Si la parte poderosa tiene facultades unilaterales, dice la entidad, se produciría un quiebre del equilibrio del contrato y, por lo tanto, la legislación que así lo establezca o permita resultará contraria a la Constitución.

**4. Corporación Humanas, representada por la abogada Paulina Maturana:** La entidad expuso que existe un aumento de las sentencias de la Corte Suprema que resuelven y acogen acciones de protección deducidas en contra del aumento del precio de los planes de salud que en la correspondiente anualidad pretende aplicar la respectiva Isapre. Puntualizó, asimismo, que en esta materia está involucrado el derecho a la igualdad y a la no discriminación y que, en tal aspecto, en los hechos, se constata que el sistema de Isapres discrimina arbitrariamente a la mujer de una manera que se acentuará a futuro. Señaló, de la misma forma, que la disposición legal que admite tal discriminación arbitraria viola, además de la Constitución, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en Contra de la Mujer, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

**5. Sociedad de Geriátría y Gerontología de Chile, representada por los doctores Juan Carlos Molina y Juan Eduardo Sánchez:** Se expuso ante el Tribunal que dichos profesionales representan a otros 150, entre ellos a los 30 geriatras formados en Chile. Denunciaron, en tal condición, el carácter nocivo de la discriminación por edad y también la poca cobertura que entrega la salud privada a medida que la edad de las personas avanza, añadiendo que ello se agravará más si se tiene en cuenta el hecho objetivo de que la población envejece sostenidamente. Sostuvieron, asimismo, que el sistema de Isapres sería injusto, aludiendo, a los efectos de fundar tal afirmación, al siguiente ejemplo: se otorga a los ancianos un paraguas cuando hay sol y se les quita en plena tormenta. Pidieron considerar que la edad no es relevante en esta materia, sino que lo que importa es el estado de salud de la persona, pues se puede tener 40 años de edad y un corazón de una persona de 60. También se refirieron al compromiso adquirido por el Estado chileno en la Conferencia de Madrid, en el sentido de no discriminar a la vejez, asumiendo que la edad promedio de la población va en aumento. Sostuvieron que el incremento del precio de los planes de salud en el sector privado sería un verdadero “impuesto

a la edad” y que en el sistema público la atención del adulto mayor es gratuita, habiéndose anunciado la posibilidad de la eliminación paulatina de la cotización del 7% que ellos pagan actualmente. Esta circunstancia llevará, a su juicio, a que el sistema público deba recibir a todos quienes no puedan seguir soportando el mayor costo de mantener un plan en el sector privado –a los adultos mayores y a los niños, fundamentalmente–, sin que éste presente en la actualidad y con los recursos de que dispone, condiciones aptas para ello. Los mismos profesionales calificaron de distorsionadas las argumentaciones que se han dado en cuanto a los efectos que produciría la eventual declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, pues sería un hecho que el sistema debe hacerse cargo de la diferencia de costos. Los facultativos agregaron que, a su entender, el fondo del asunto es valórico: la valoración y el respeto al adulto mayor.

**6. Pablo Contreras Vásquez, Gonzalo García Pino, Tomás Jordán Díaz y Álvaro Villanueva Rojas, todos profesores de Derecho Constitucional, representados por el abogado Gonzalo García:** Hicieron presente al Tribunal que ellos no representan interés corporativo alguno, compareciendo en su calidad de académicos y como usuarios del sistema privado de salud. Luego argumentaron que esta Magistratura no estaría obligada a pronunciarse sobre los efectos de la inconstitucionalidad y que, sobre este aspecto, reconocen que ha habido una campaña para generar confusión. En control abstracto, señalaron, debe haber total prescindencia de la aplicación de la norma. Citaron, como casos de igualdad, los acaecidos en Estados Unidos sobre segregación racial en escuelas, cuando la Corte Suprema de ese país señaló que se iniciaba un proceso y se marginó de las consecuencias. Hicieron hincapié en cuanto a que existe un problema del ordenamiento legal en Chile al violarse la igualdad de trato. También razonaron sobre la base de que la constitucionalidad de la norma de que trata este proceso permitiría renunciar a derechos fundamentales vía contrato. Sobre este particular indicaron que los elementos irrenunciables del contrato de salud ya fueron fijados por esta Magistratura en sus fallos de inaplicabilidad previos a la apertura de estos autos. Expresaron, también, que se configuraría una violación a la reserva legal relativa de derechos fundamentales del artículo 19 numeral 2° de la Constitución y, en tal medida, se adujo que el precepto cuestionado establece normas proporcionadas de diferenciación en la fijación de un precio, dejando fuera los factores sexo y edad, que quedan cuestionados. Agregaron que habría una reserva de ley negativa, que admite la colaboración reglamentaria. En este punto en particular, observaron que entre los 2 y los 80 años de edad la estructura de la tabla de factores debe ser determinada por la Superintendencia del rubro y ello implica que ha sido el legislador el que ha dejado entregada a la Administración la regulación de un

derecho fundamental. A su entender, por otra parte, la norma legal de que se trata admitiría un trato discriminatorio no previsto por la Constitución, ya que invocando tal disposición las Isapres han procedido a crear una categorización por grupos de personas beneficiarias de los planes de salud que ellas ofrecen, fundada en una presunción de riesgo que no necesariamente está justificada. Ello, advirtieron, sería un problema de la ley en examen. Denunciaron, asimismo, que se vulneraría el contenido esencial del derecho de libre elección del sistema de salud que se asegura a toda persona en la Constitución, ya que la norma legal, como efecto de su aplicación, obliga a quienes no pueden seguir pagando las constantes alzas de precios de los planes de salud a salir del sistema privado.

### III OTRAS PRESENTACIONES

Comparecieron en este proceso acompañando informes, sin haber solicitado que se les escuchara en las audiencias señaladas, las siguientes instituciones:

**1. Altura Management, representada por sus directores Bernardo Luque López y Victoria Beaumont Hewitt:** En su presentación de 20 de mayo de 2010 –fojas 106 a 114 del Cuaderno Especial–, esta empresa consultora acompañó un informe titulado “*Viabilidad del Sistema Isapre Sin Tabla de Factores*”, en el cual, según se indica, se intenta analizar las consecuencias que generaría para el cotizante y para las Isapres la eliminación –derogación– de la tabla de factores como mecanismo de asignación de riesgo en los contratos de salud y la eventualidad de que tras ello surja la idea de establecer una tarifa plana.

**2. Isapre Masvida S.A.:** A través de su Gerente General, señor Erwin Sariego Rivera, dicha entidad, mediante presentación de 20 de mayo de 2010 –fojas 455 a 460 vuelta del Cuaderno Especial–, pidió al Tribunal: “*Tener presente en la audiencia pública y vista de la causa que los representantes de Isapre MASVIDA suscriben en todo las actuaciones y alegaciones formuladas por la Asociación de Instituciones de Salud Previsional A.G.*”.

**3. Colegio Médico de Chile (A.G.):** En presentación de fecha 12 de mayo de 2010, que rola a fojas 462 del Cuaderno Especial, el Presidente del organismo, señor Pablo Rodríguez Whipple, acompañó a este proceso un documento titulado “*Uso de Tablas de Factores de Riesgo para determinar el Precio de los Planes de Salud en las Isapre*”, elaborado por el señor Jaime Burrows Oyarzún y aprobado por el Departamento de Ética del mismo colegio profesional.

IV  
VISTA DE LA CAUSA Y ADOPCIÓN DEL ACUERDO

El día 27 de mayo de 2010 tuvo lugar la vista de la causa, escuchándose la relación y los alegatos del abogado señor Teodoro Ribera Neumann, en representación del señor Presidente de la República.

Concurrieron a ella los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios (Presidente), José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney.

Como consta en la certificación que rola a fojas 183, el Ministro señor José Luis Cea Egaña no concurrió al acuerdo adoptado por el Tribunal el día 27 de julio de 2010, no obstante haber participado en la vista de la causa, por haber cesado en su cargo con anterioridad a esa fecha, produciéndose, en consecuencia, la situación prevista en el inciso segundo del artículo 14 de la Ley N<sup>o</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

**CONSIDERANDO:**

I  
LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UN PRECEPTO LEGAL COMO  
ATRIBUCIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

**1. La inconstitucionalidad en el Derecho Comparado.**

**PRIMERO.** Que la institución de la inconstitucionalidad de un precepto legal, entendida como control abstracto, a posteriori y con efectos generales o *erga omnes*, se encuentra muy extendida en el constitucionalismo moderno, abarcando no sólo los ordenamientos jurídicos norteamericano y europeo, sino a varios países de América Latina. Esta declaración de inconstitucionalidad, como control a posteriori, ha sido definida por el ex presidente de esta Magistratura, Juan Colombo Campbell, como: “*Un contencioso objetivo que se genera una vez dictada la ley o el acto administrativo cuestionado de inconstitucionalidad. En el derecho comparado es la facultad típica de la Corte Suprema norteamericana y en Europa y América Latina de los Tribunales Constitucionales*” (Juan Colombo Campbell: Tribunal Constitucional: Integración, Competencia y Sentencia, en: Francisco Zúñiga Urbina (coordinador): Reforma Constitucional, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005, p. 559);

**SEGUNDO.** Que es sabido que la excepcional facultad de un órgano jurisdiccional para derogar una ley proveniente de los órganos colegisla-

dores portadores de la voluntad popular se inauguró bajo la denominación de *judicial review* en 1803 con la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos dictada en el caso *Marbury versus Madison*, mediante la interpretación de la Constitución que la propia Corte hizo en relación con sus atribuciones constitucionales: “*La demanda fue rechazada como no admisible, pero en su argumentación para llegar a la decisión el chief justice Marshall sentó la base para el control de constitucionalidad*” (Wolfgang Hoffmann-Riem: La división de poderes como principio del ordenamiento, en: Konrad Adenauer Stiftung, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007, Tomo I, p. 221);

**TERCERO.** Que durante la elaboración de la Constitución de Estados Unidos, Alexander Hamilton expresó: “*Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución, puede ser válido*” (“*No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid*”). Basándose en esta opinión, que no quedó reflejada en el texto aprobado en 1787, el juez John Marshall, Presidente de la Corte mandatado por sus pares, señaló: “*La Constitución o es una ley suprema, que no se puede modificar por la ley común, o está en el mismo nivel que los actos legislativos ordinarios (...)* Si la primera parte de esta alternativa es correcta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley. Es, de modo categórico, competencia y deber del juez decir lo que la ley es”, concluyendo: “*una ley contraria a la Constitución es nula, y los tribunales, así como los otros poderes del Estado, están obligados por aquélla*” (“*The Constitution is either a superior paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts (...)* If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law (...) It is, emphatically, the province and duty of the judicial department, to say what the law is”, añadiendo: “*a law repugnant to the Constitution is void; and that courts as well as other departments, are bound by that instrument.*” (Everett Carl Ladd: The American Polity, Norton & Company, New York/London, 1991, Fourth Edition, p. 251);

**CUARTO.** Que la competencia de los Tribunales Constitucionales para declarar la inconstitucionalidad de los preceptos legales se impuso en Europa, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, al establecerse en varios países tales Magistraturas, siguiendo la iniciativa, aunque no necesariamente el modelo, formulada por Hans Kelsen en la segunda década del siglo XX y concretizada en el establecimiento del Tribunal Constitucional austríaco en 1920, como “*Hüter der Verfassung*” (“Guardián de la Constitución”). (Una descripción comparada de las magistraturas constitucionales europeas se encuentra en la obra del profesor de Salzburgo, Friedrich Koja: Allgemeine Staatslehre (Teoría General del Estado,) Wien, 1993, p. 314). Esta innovación jurídica, material y formal, inauguró una fase que “*los textos constitucionales, más que fundamento de validez superior del ordenamiento, pasan a consustanciar la propia actividad*

*política estatal a partir del establecimiento de los derechos fundamentales sociales y de los mecanismos para su concretización*” (Lenio Luiz Streck: Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales, en: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 2007, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 397);

**QUINTO.** Que, por su parte, en América Latina la tendencia descrita se difundió en las últimas décadas del siglo XX con el establecimiento de Tribunales Constitucionales, así como a través de la asignación a Salas de las Cortes superiores de la competencia para conocer los asuntos de jurisdicción constitucional. Como lo señala una completa obra de reciente publicación sobre la materia (Humberto Nogueira: El Derecho Procesal Constitucional y la Jurisdicción Constitucional en Latinoamérica y sus Evoluciones, CECOCH, Santiago de Chile, 2009, pp. 198-199): “*En el contexto latinoamericano se han desarrollado un conjunto de modelos de control de constitucionalidad que desbordan el estrecho marco conceptual del modelo norteamericano de control difuso y el modelo germano austríaco de control concentrado en un Tribunal Constitucional, generándose sistemas mixtos con distintas dosis de ambos modelos originarios o desarrollando fórmulas originales*”;

**SEXTO.** Que, a diferencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, que ocupa la cúspide de la organización federal de justicia, los Tribunales Constitucionales europeos conforman una jurisdicción separada y autónoma del Poder Judicial, dotados de la facultad de interpretación vinculante de la Constitución y del control concentrado del apego a ella de las normas jurídicas. Dentro de tal estructura jurídica, que abarca la protección de los derechos y garantías fundamentales y la resolución de los conflictos entre los órganos públicos, cabe la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica expedida por los órganos colegisladores;

**SÉPTIMO.** Que la citada atribución ofrece varias modalidades, provenientes de las diferentes tradiciones jurídicas en las que rigen y de las formas de gobierno o de Estado en que se organizan. En general, sin embargo, a diferencia del ordenamiento chileno, donde está diseminada en varias atribuciones del artículo 93 constitucional, la atribución de declarar la inconstitucionalidad agrupa no sólo los preceptos legales, abarcando disposiciones que se denominan “*disposiciones normativas con fuerza de ley*” (España) o “*acto con rango de ley*” (Italia), o simplemente “*normativa*”, como está establecido en el artículo 93, apartado 1, número 2 de la Ley Fundamental Alemana, y con lo que se alude a decretos del gobierno, estatutos territoriales o reglamentos parlamentarios. O los artículos 139 y 140 de la Ley Constitucional Federal austríaca, que señalan como revisables los decretos, las leyes refundidas, las leyes propiamente tales y los tratados. Además, la regla general es que la resolución de los asuntos de constitucionalidad en el control abstracto de normas es tramitada por los Tribunales Constitucionales en instancia única, sin mediar recursos frente



a la decisión adoptada, aun cuando en la mayoría de los casos los actores legitimados son los órganos públicos y no se admite actuar de oficio. Debe agregarse, sin embargo, que en todos esos casos los Tribunales Constitucionales conocen de los recursos de amparo de garantías constitucionales;

**OCTAVO.** Que incluso en Gran Bretaña, donde por la peculiaridad de su proceso constitucional –basado en el parlamentarismo clásico– no es admisible la revisión de las leyes por parte de un tribunal, existen precedentes de objeciones jurisdiccionales a la formalidad de las leyes, especialmente a las leyes que se conocen como “*leyes privadas*” que conciernen a determinadas personas o grupos de personas, como ayuntamientos o empresas públicas o privadas. En un fallo de la Corte de Apelación de los años setenta se lee la opinión de un juez: “*En mi opinión es función del Tribunal ver que no se abusa del procedimiento del Parlamento mismo y que no se saca ventaja indebida de él. Haciendo esto el tribunal no está violando la jurisdicción del mismo Parlamento. Está actuando en ayuda del Parlamento y, podría añadir, en ayuda de la justicia*” (Ignacio Torres Muro: El control jurisdiccional de los actos parlamentarios en Inglaterra, en: Revista Española de Derecho Constitucional, volumen 15, número 43, 1995, p. 68);

**NOVENO.** Que la potestad de la mayoría de los tribunales constitucionales europeos para controlar a posteriori las leyes se ha extendido incluso a la esfera comunitaria, pues el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha ejercido por décadas una especie de control del conjunto de instrumentos jurídicos que han conformado una Constitución no escrita de la Europa comunitaria. Este control se ha ejercido a través del recurso por incumplimiento, del recurso de anulación, del recurso por omisión y de las cuestiones prejudiciales. Esta actividad jurisdiccional supranacional ha sido entendida como control de constitucionalidad “*en la medida en que posibilita la revisión de la conformidad de los actos normativos de carácter general con los Tratados constitutivos*” (José Ignacio Martínez Estay: El sistema europeo-continental de justicia constitucional. El control de constitucionalidad en la Unión Europea, en: Estudios Constitucionales, año 3, N<sup>º</sup> 2, 2005, p.74);

**DÉCIMO.** Que con el contexto jurídico comparado descrito, la declaración de inconstitucionalidad en el ordenamiento constitucional chileno presenta similitudes y diferencias. Desde luego, la atribución entregada al Tribunal Constitucional chileno es análoga a la de sus congéneres europeos y a la Corte Suprema de Estados Unidos en su capacidad para revisar una ley según su compatibilidad con la Constitución. Se trata de una de las características más innovadoras desde el punto de la doctrina y del derecho constitucional de los últimos dos siglos, pues relativiza formalmente el poder de los órganos legitimados por el principio de la soberanía popular para dictar, reformar y derogar las leyes. Esta innovación, debatida durante mucho tiempo, es hoy en día no sólo aceptada,

sino que elogiada en el debate jurídico constitucional. Esta consolidación la resume la doctrina, refiriéndose al caso alemán: *“Es ésa la vía, por un lado, por la que se depura el ordenamiento jurídico, expulsando de su seno las normas inconstitucionales, y, por otro, es un procedimiento típico de garantía y de control de los derechos de las minorías, en particular de los de la oposición parlamentaria, frente a los proyectos aprobados por la mayoría.”*(Rainer Grote: El Tribunal Constitucional Alemán como Supremo Guardián de la Constitución, en: Universidad de Chile/Heidelberg Center para América Latina, et. al. (Editores): Estado de Derecho y Reformas a la Justicia, Santiago de Chile, 2005, p. 159);

**DECIMOPRIMERO.** Que una segunda coincidencia del ordenamiento chileno con gran parte de las instituciones comparadas se presenta en el carácter abstracto de este control. En palabras de la doctrina: *“El recurso de inconstitucionalidad es un control abstracto, es decir, un control de constitucionalidad de la norma independientemente de la aplicación de la misma a un caso concreto”* (Javier Pérez Royo: Curso de Derecho Constitucional, Marcial Pons, Madrid, 2007, undécima edición, p. 810).

Sin embargo, se ha observado, por parte de los expertos, que en ningún otro ordenamiento se establece la vinculación que en nuestro ordenamiento se prevé entre las declaraciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad, en términos de requisito para la procedencia del recurso, cuya naturaleza será examinada en esta sentencia. Esta circunstancia limita la posibilidad de situar rigurosamente nuestra institución en una perspectiva comparativa (Lautaro Ríos: Análisis crítico de la acción de inconstitucionalidad en el derecho chileno, con referencias al derecho comparado, en: Konrad Adenauer Stiftung: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009, Montevideo, 2009, pp. 349-365);

## 2. El sustento jurídico positivo de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal en Chile.

**DECIMOSEGUNDO.** Que el artículo 93, inciso primero, número 7°, de la Constitución Política establece que es atribución del Tribunal Constitucional: *“Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”*;

**DECIMOTERCERO.** Que el inciso duodécimo del mismo artículo 93 señala: *“Una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, conforme al número 6° de este artículo, habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio”*;

**DECIMOCUARTO.** Que el inciso tercero del artículo 94 de la Constitución establece: *“En el caso del N° 16° del artículo 93, el decreto supremo*

*impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo. No obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”;*

**DECIMOQUINTO.** Que el Párrafo 7 del Título II del Capítulo II de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, reformada por la Ley N<sup>º</sup> 20.381, de fecha 28 de octubre de 2009, dispone las normas a las que debe ajustarse la tramitación de las “*Cuestiones de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable*”, señalándose en el artículo 47 O: “*En los casos en que el Tribunal proceda de oficio, así lo declarará en una resolución preliminar fundada, que individualizará la sentencia de inaplicabilidad que le sirve de sustento y las disposiciones constitucionales transgredidas*”;

**DECIMOSEXTO.** Que el artículo 47 V del cuerpo legal citado agrega: “*La declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas deberá fundarse únicamente en la infracción de el o los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento*”;

**DECIMOSÉPTIMO.** Que, asimismo, el artículo 47 W de la misma ley dispone: “*La sentencia que se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de todo o parte de un precepto legal, será publicada en la forma y plazo establecidos en el artículo 31 bis. El precepto declarado inconstitucional se entenderá derogado desde la fecha de la publicación en el Diario Oficial, sin efecto retroactivo*”;

**DECIMOCTAVO.** Que en la sentencia de esta Magistratura recaída sobre el control obligatorio del proyecto de ley que modificó la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, Rol N<sup>º</sup> 1.288, se señaló, en su considerando decimocuarto que la oración “*la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento*”, del mencionado artículo 47 V, entre otras similares de distintos artículos de la misma ley, “*son constitucionales en el entendido que aluden a la o a las sentencias de inaplicabilidad en que se base la cuestión promovida o se funde la resolución preliminar o la declaración de inconstitucionalidad a que ellos se refieren, puesto que dichas sentencias pueden ser una o varias*”;

### **3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal.**

**DECIMONOVENO.** Que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable, establecida en el número 7<sup>º</sup> del inciso primero del artículo 93 de la Constitución, ha sido uniformemente descrita e interpretada a través de la jurisprudencia de esta Magistratura;

**VIGÉSIMO.** Que el 26 de marzo de 2007, el Tribunal Constitucional dictó sentencia en la causa Rol 681, declarando, por primera vez en la historia constitucional de Chile, la inconstitucionalidad de un precepto jurídico –el artículo 116 del Código Tributario–. Sobre el contenido y alcance de la facultad ejercida, la sentencia señaló que esta *“nueva atribución conferida al Tribunal Constitucional, tiene directa relación con los principios de supremacía constitucional, de concentración de la justicia constitucional y de igualdad ante la ley”*, agregándose, en el considerando sexto que se transcribe, que ella *“afecta, al mismo tiempo, el principio de certeza jurídica”*;

**VIGESIMOPRIMERO.** Que en la misma sentencia este Tribunal advirtió que la declaración de inconstitucionalidad *“en nada vulnera sino que, por el contrario, refleja y garantiza el necesario respeto hacia la labor de los órganos colegisladores y la plena eficacia de la presunción de constitucionalidad de la ley generada por los órganos legitimados para ello dentro de un Estado democrático”*. En esta línea de razonamiento, en el mismo considerando séptimo de la sentencia que se cita se señala que esta competencia del Tribunal *“procura regular el correcto funcionamiento y la eficacia del Estado de Derecho, lográndose con ello el fortalecimiento constante de los frenos y contrapesos en el actuar de los órganos del Estado en forma compatible con aquella división de funciones prevista en los artículos 6° y 7° de la Constitución”*;

**VIGESIMOSEGUNDO.** Que la envergadura de esta nueva atribución del Tribunal Constitucional y la repercusión que su ejercicio produce en el ordenamiento jurídico han sido asumidas nítidamente por la jurisprudencia producida por esta Magistratura. En efecto, en sentencia de fecha 5 de junio de 2007, recaída en causa Rol N° 558, que rechazó la acción de inconstitucionalidad formulada respecto del artículo 416 del Código Procesal Penal, esta Magistratura sostuvo que *“es indiscutible que dicha declaración constituye el último recurso para asegurar la supremacía constitucional, desde que implica no sólo la anulación o derogación de un acto emanado de un órgano legislativo –expresión éste (sic) irrecusable de la soberanía popular–, sino que conlleva un cierto grado de inseguridad jurídica ante el vacío normativo que se produce por la desaparición de la norma jurídica naturalmente destinada a regular inmediatamente las conductas, cuyo reemplazo es incierto”*, agregándose en el mismo fallo que: *“Una decisión de tal envergadura requiere la ponderación de su conveniencia para el orden constitucional que esta Magistratura debe cautelar. El criterio adecuado para calificarlo es la determinación de las consecuencias de la desaparición del precepto legal. Si deviene en una situación más perjudicial o negativa que la preexistente a su anulación, no resulta conveniente para el interés público y la plena vigencia del Estado de Derecho la derogación de la norma”*;

**VIGESIMOTERCERO.** Que en sentencia de 26 de mayo de 2009, en causa Rol 1345, que declaró la inconstitucionalidad de determinadas expresiones del artículo 171 del Código Sanitario, esta Magistratura diferenció nítidamente entre la atribución de la cual dispone para resolver

sobre la inconstitucionalidad de un precepto legal y aquella que lo habilita para resolver su inaplicabilidad por inconstitucionalidad en una gestión judicial pendiente, sosteniendo que “*los exámenes propios de la acción de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad, tanto por su regulación constitucional como por sus efectos en las respectivas sentencias, son de naturaleza diversa. Así, el primero exige examinar si la concreta aplicación de un precepto legal a un caso determinado –que constituye la gestión pendiente– es capaz de producir en él un resultado contrario a la Constitución, mismo que la sentencia debe evitar, declarando inaplicable la norma para ese solo caso. En cambio, el juicio que ha de emitirse en una acción de inconstitucionalidad exige, por los mismos efectos generales del fallo, un análisis abstracto, siendo procedente acoger la acción sólo si se concluye que el texto legal, en cualquier circunstancia y cualquiera sea la interpretación que de él se haga, infringe la Carta Fundamental. Por lo mismo, este Tribunal ha sostenido que no constituye un deber, sino una facultad declarar inconstitucional un precepto previamente declarado inaplicable*”;

#### **4. La historia fidedigna de la declaración de inconstitucionalidad en la constitución política de la república.**

**VIGESIMOCUARTO.** Que el instituto de la inconstitucionalidad como control abstracto de un precepto legal vigente con efectos generales, ya encontró gérmenes durante la redacción del proyecto de Constitución que vino a dictarse en 1980. En efecto, hubo dos intentos concretos para introducirlo a través de un artículo propuesto por la Subcomisión de Justicia de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución y mediante un artículo introducido en el Anteproyecto que la mencionada Comisión elevó al Consejo de Estado. El primero de estos artículos, que llevaba el número 86 bis, referido a la inaplicabilidad como atribución de la Corte Suprema, disponía que “*después de tres fallos, en un mismo sentido, acogiendo el recurso, la inaplicabilidad producirá efectos generales*”. La segunda disposición, que reemplazaba a la anterior, convertida en artículo 88 N<sup>º</sup> 12, entregaba al Tribunal Constitucional la atribución de “*declarar con efectos generales la inconstitucionalidad de un precepto de acuerdo a lo prescrito en el inciso final de este artículo*”, el que, a su vez, disponía que la Corte Suprema deberá requerir el pronunciamiento del Tribunal Constitucional cuando haya declarado la inaplicabilidad de un precepto en tres fallos uniformes y consecutivos. Agregaba que si el Tribunal declaraba que tal precepto se ajustaba a la Constitución, no podía volver a declararlo inaplicable (Enrique Navarro Beltrán: Inaplicabilidad e Inconstitucionalidad de las leyes, en: Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Año X, N<sup>º</sup> 10, 2006, pp. 65-66);

**VIGESIMOQUINTO.** Que esta modalidad de control fue reiterada por la Corte Suprema en el informe enviado a la Comisión de Constitu-

ción, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado durante el primer trámite de la discusión de las reformas constitucionales de 2005: *“(la Corte) fue de parecer que el recurso de inaplicabilidad existente, en la forma como se encuentra concebido, debe continuar siendo de la competencia de la Corte Suprema, sin perjuicio de las innovaciones adecuatorias que podrían formularsele. Como sería, por ejemplo, que después de tres fallos uniformes que acojan la inconstitucionalidad de un precepto legal, la Corte comunique el antecedente al Tribunal Constitucional para los efectos sancionatorios de carácter general que también deberían establecerse. La modificación constitucional a este respecto sería, en consecuencia, menor, más simple y de la misma efectividad que la insinuada”* (Emilio Pfeffer Urquiaga: Reformas Constitucionales 2005. Antecedentes-Debates-Informes, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 380);

**VIGESIMOSEXTO.** Que una variante de esa proposición fue reiterada durante la discusión de la reforma constitucional de 2005, a través de la comparecencia del entonces Ministro del Tribunal Constitucional, señor Eugenio Valenzuela Somarriva, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en el primer trámite legislativo, quien sugirió que *“después de tres fallos uniformes (del Tribunal Constitucional), en recursos de inaplicabilidad distintos, nacería la segunda acción, la de inconstitucionalidad. Si ésta se acoge, traería como consecuencia que la ley quede sin efecto con carácter general”*;

**VIGESIMOSÉPTIMO.** Que en comparecencia similar, el entonces Ministro del Tribunal Constitucional, señor Juan Colombo Campbell, abogó por conferir a la sentencia que declare la inconstitucionalidad el efecto de *“expulsar la norma del ordenamiento jurídico”*, agregando que este cambio puede parecer radical, pero no vulnera atribuciones de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Por el contrario, señaló, *“proporciona la eficacia con la que los propios legisladores quieren dotar al Tribunal, además de constituirlo en un verdadero guardián de la Constitución”*. En una segunda comparecencia, el Ministro señor Valenzuela Somarriva profundizó su opinión respecto de los efectos, rechazando la derogación de la norma una vez declarada su inconstitucionalidad: *“El criterio es que hay una inconstitucionalidad y no una derogación. Esa es la correcta doctrina, porque la inconstitucionalidad y la derogación son dos institutos jurídicos diferentes y la inconstitucionalidad es siempre previa a la derogación. Para que haya derogación tácita es necesario que dos textos se contrapongan y desde el momento en que los textos legal y constitucional se contraponen ya se generó el vicio de inconstitucionalidad. En consecuencia, la derogación no tiene sentido; hay derechamente una inconstitucionalidad y no una derogación”* (Emilio Pfeffer Urquiaga: ob. cit., pp. 375, 379 y 384).

**De lo expresado anteriormente, debe concluirse que el artículo 94 de la Constitución, al referirse a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, y señalar que la norma declarada inconstitucional se entenderá derogada, alude a una especie de derogación *sui generis*, que**

**debe distinguirse de la derogación efectuada por el legislador, toda vez que no responde a razones de mérito sino a la verificación de un vicio constitucional de orden público; por lo mismo, un efecto ultractivo de las normas derogadas es limitado y sólo opera para el futuro;**

**VIGESIMOCTAVO.** Que el veto N<sup>º</sup> 18 del Presidente de la República sobre la reforma constitucional describió la envergadura de la nueva atribución del Tribunal Constitucional con los siguientes términos: *“el acto que caracteriza la expresión moderna de los Tribunales Constitucionales radica en su capacidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley. Este poder ha sido cuestionado doctrinariamente por constituir un poder contramayoritario o un contrapoder democrático. No obstante, como reseña un autor, es perfectamente conciliable con la democracia, puesto que, a diferencia de los demás órganos del Estado, que existen para algo, la tarea del Tribunal Constitucional no es hacer el bien, sino evitar que se haga el mal, entendido éste como la actuación de los demás poderes al margen de lo previsto en la Constitución. Es un órgano defensivo del Estado Democrático frente a su posible desnaturalización. Por lo mismo, en su tarea de declarar la inconstitucionalidad ha de actuar con la debida prudencia y ejercicio de la última ratio que dicha fórmula exige”*;

#### **5. La relación entre las declaraciones de inconstitucionalidad y de inaplicabilidad.**

**VIGESIMONOVENO.** Que, como ya se ha señalado en los considerandos vigesimoprimeros a vigesimoterceros de esta sentencia, el constituyente y el legislador orgánico vincularon la declaración de inconstitucionalidad con la de inaplicabilidad, tanto en su relación de existencia como en su contenido. Por una parte, la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal es condición *sine qua non* para que el mismo precepto sea declarado inconstitucional. Por otra parte, la declaración de inconstitucionalidad debe fundarse únicamente en los preceptos constitucionales considerados trasgredidos por la sentencia de inaplicabilidad previa que le da sustento;

**TRIGÉSIMO.** Que la primera dimensión de la vinculación señalada entrega una base de certeza respecto a los antecedentes que obran en poder de la Magistratura para acometer una decisión de la envergadura de expulsar el precepto del ordenamiento jurídico. Como se ha señalado por la doctrina desde esta Magistratura: *“Ciertamente es que la declaración de inconstitucionalidad supone que, previamente, el precepto legal impugnado haya sido declarado inaplicable por el mismo Tribunal, pero debe considerarse, al mismo tiempo, que la inconstitucionalidad sólo procederá si, desde ninguna perspectiva o interpretación, es posible conciliar el aludido precepto con la Carta Fundamental. De aquí se deduce que las declaraciones previas de inaplicabilidad no importan una inconstitucionalidad automática”* (Marisol Peña Torres: Cuatro Estudios

de Justicia Constitucional, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 36, p. 37);

**TRIGESIMOPRIMERO.** Que, sin embargo, la vinculación entre ambas instituciones adiciona al examen de constitucionalidad la exigencia, no usual en el derecho comparado, de condicionar el control abstracto al control concreto de constitucionalidad, aun cuando, como se ha explicado en el considerando vigesimotercero de esta sentencia, se trata de dos facultades jurisdiccionales de distinta naturaleza. No sólo la inaplicabilidad se refiere a una gestión judicial pendiente, esto es, a un caso concreto que conoce la judicatura, sino que su verificación se produce después de examinar los resultados que tendrá la aplicación del precepto cuestionado. La inconstitucionalidad, por su parte, no se encuentra definida en la Constitución ni en la ley orgánica. Sus contornos son definidos por la atribución que el número 7° del inciso primero del artículo 93 de la Ley Fundamental entrega al Tribunal Constitucional para autorizar su declaración respecto de un precepto legal ya declarado inaplicable, así como por el inciso decimosegundo del mismo artículo, que determina el procedimiento para su tratamiento, y por el efecto derogatorio, compartido con otras declaraciones, que se le atribuye en el tercer inciso del artículo 94 de la Constitución. Esas tres reglas determinan que la inconstitucionalidad sea un control abstracto y con efecto *erga omnes*;

**TRIGESIMOSEGUNDO.** Que la situación descrita sobre las relaciones entre la inconstitucionalidad y la inaplicabilidad introduce, inevitablemente, en el examen abstracto de inconstitucionalidad que nos ocupa en autos, el examen concreto de las sentencias que sirven de apoyo al proceso. Esta imposibilidad práctica de separar ambos controles se hace más evidente con la segunda dimensión de la relación entre ambos institutos sobre la delimitación en la infracción de las disposiciones constitucionales vulneradas;

**TRIGESIMOTERCERO.** Que la declaración de inconstitucionalidad debe recaer sobre los mismos artículos de la Constitución invocados en las resoluciones previas de inaplicabilidad. Sin embargo, debe considerarse que tal infracción ha recaído sobre la aplicación del precepto cuestionado en un caso concreto, en una gestión pendiente, razón por la cual el Tribunal, al ejercer control abstracto de constitucionalidad no puede limitarse a reproducir los mismos razonamientos y análisis efectuados en el análisis de los casos concretos;

## 6. La voz “Precepto Legal” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

**TRIGESIMOCUARTO.** Que la voz *precepto legal* empleada en las disposiciones constitucionales y legales que conciernen a la materia de autos,



ha sido objeto de abundante tratamiento en los fallos de esta Magistratura (STC roles N<sup>OS</sup> 626, 944, 1.254, 1.345, 1.416 y 1.535);

**TRIGESIMOQUINTO.** Que en el fallo recaído en la causa de inaplicabilidad Rol 626, este Tribunal declaró: *“Ni la Constitución ni la ley definen lo que es un precepto (legal), término que acota lo que esta Magistratura puede declarar inaplicable. La doctrina y la jurisprudencia no han dudado que tal expresión es equivalente a la de “norma jurídica” (de rango legal). Así, la Corte Suprema señaló, más de una vez, que el término precepto legal es indicativo “de una norma o artículo de algún precepto legal; esto es, de una regla a la que debe ajustarse la conducta humana”;*

**TRIGESIMOSEXTO.** Que resulta necesario señalar en primer lugar que la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, alude en su artículo 47 W a *“la sentencia que se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de todo o parte de un precepto legal”*, precisando así el ámbito en el que puede recaer la decisión de autos. Desde luego, la declaración de inconstitucionalidad resuelta en la causa Rol 1254, respecto del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, recayó sobre una expresión, una palabra del mencionado precepto, la voz *“gratuitamente”*, misma a la que se habían restringido las declaraciones previas de inaplicabilidad que le dieron sustento;

**TRIGESIMOSÉPTIMO.** Que en los considerandos decimoprimeros al decimotercero de la sentencia recién citada, se especifica el entendimiento sobre la expresión *precepto legal* que sustenta esta Magistratura en los términos siguientes: *“Que, como ya se ha sentenciado, la expresión precepto legal es equivalente a la de norma jurídica con rango legal, la que puede estar contenida en una parte, en todo un artículo o en varios en que el legislador agrupa las disposiciones de una ley. Así, se ha razonado que “una unidad de lenguaje debe ser considerada un precepto legal a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución (roles N<sup>OS</sup> 626/2007 y 944/2008)”. De este modo, para que una unidad lingüística pueda ser considerada un precepto legal de aquellos a que alude el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa sino que se baste a sí misma”;*

**TRIGESIMOCTAVO.** Que en la sentencia Rol N<sup>º</sup> 626 esta Magistratura agregó la siguiente precisión sobre el alcance de la expresión *“precepto legal”*: *“En consecuencia, es efectivo que un precepto legal puede ser sólo una parte del enunciado normativo que compone un mismo artículo o inciso de una ley y es perfectamente posible que el precepto que resulta contrario a la Constitución sea una parte del artículo o sólo una parte del inciso”;*

**TRIGESIMONOVENO.** Que, en consecuencia, la voz *“precepto legal”* a la que aluden los números 6<sup>º</sup> y 7<sup>º</sup> del inciso primero del artículo 93 de la Constitución y, en especial, los artículos 47 V y 47 W de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura, y a la que debe ajustarse

el tratamiento de la cuestión de autos, no debe, necesariamente, abarcar el texto de un artículo completo, manteniéndose como “una unidad lingüística que establezca las conductas que hacen debida la consecuencia, los sujetos obligados y las consecuencias mismas” (c. 7° de la sentencia interlocutoria de inadmisibilidad en la causa Rol N° 626);

## 7. Sobre los efectos de la declaración de inconstitucionalidad.

**CUADRAGÉSIMO.** Que los efectos de todas las sentencias del Tribunal Constitucional, especialmente de aquellas que, como en la especie, resuelvan una cuestión de constitucionalidad, deben entenderse a la luz del principio de la **supremacía constitucional** consagrado en el artículo 6° de la Constitución, especialmente desde dos perspectivas fundamentales. Por una parte, el deber de observancia que a ella deben los titulares e integrantes de los órganos del Estado y, por la otra, su irradiación a toda persona, institución o grupo. El sustento de esta segunda perspectiva es que la comunidad tiene también “*el deber de reconocer, respetar y amparar los derechos fundamentales de sus integrantes, sometiéndose tanto a su soberanía y a las autoridades legítimas que la ejerzan, como a los principios democrático y de juridicidad*” (Jorge Reyes Riveros: La Supremacía Constitucional en Chile, en: Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Año XI, N° 11, 2007, p. 110);

**CUEDRAGESIMOPRIMERO.** Que los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional de Chile, después de su transformación a través de la reforma constitucional de 2005, han sido objeto de varios estudios en la doctrina nacional. En el último de ellos, se lee: “*Así queda expresamente consagrado en el texto constitucional que las sentencias del Tribunal Constitucional producen efecto ex nunc desde su publicación en el Diario Oficial. Así, ni el legislador orgánico constitucional ni el Tribunal Constitucional podrán dar efecto retroactivo a las sentencias del juez constitucional que expulsen preceptos jurídicos de nuestro ordenamiento jurídico por inconstitucionales*”.

“*La Constitución no asume la hipótesis de desvincular la decisión de separar el precepto jurídico inconstitucional del ordenamiento jurídico de la determinación de qué pasa con los actos jurídicos desarrollados mientras el precepto expulsado del ordenamiento tuvo vigencia*”.

“*Los efectos del precepto jurídico determinado como inconstitucional es un problema empírico que no se encuentra resuelto por la decisión de inconstitucionalidad y tampoco por la resolución que priva de eficacia al precepto inconstitucional hacia el futuro, lo que significa un pronunciamiento sobre borrar o validar los efectos cumplidos en el pasado, lo que debe ser decidido por el juez constitucional, ya que la sentencia constitucional ocupa el lugar dejado por el precepto jurídico inconstitucional y nulo*” (Humberto Nogueira: La Sentencia del Tribunal Constitucional en Chile: Análisis y reflexiones jurídicas, en: Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1, 2010, pp. 79-116);

**CUADRAGESIMOSEGUNDO.** Que las decisiones del Tribunal Constitucional están obligadas a fallarse “*de acuerdo a derecho*”, según el nítido mandato del artículo 92 de la Constitución, sin perjuicio de que deben ser adoptadas por sus miembros a la luz del sitio que le otorga el ordenamiento jurídico.

En efecto, no es ajeno a la atención de esta Magistratura que a ella le cabe la función de ser lo que los especialistas denominan el “*órgano de cierre del ordenamiento jurídico*”, pues, junto con interpretar la Carta Fundamental, sus decisiones no pueden ser impugnadas ni revisadas. En consecuencia, todas las implicancias de sus resoluciones que se extiendan a la seguridad jurídica, a la eficacia de las normas, así como a la coherencia de todo el ordenamiento jurídico, se incorporan en la ponderación global que acompaña a sus fallos (Humberto Nogueira: El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional de Chile y los efectos de sus sentencias, en: Konrad Adenauer Stiftung; Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006, Montevideo, 2006, pp. 454-455);

**CUADRAGESIMOTERCERO.** Que, igualmente, como lo ha destacado el ex magistrado del Tribunal Constitucional Federal alemán, Dieter Grimm, “*frecuentemente la pregunta por la función (del Tribunal Constitucional) es reducida a la alternativa entre derecho y política. Empero estos términos opuestos parecen ser demasiados gruesos para abarcar la jurisdicción constitucional. En gran medida el derecho constitucional requiere ser concretado y desarrollado debido a su carácter de principio y de compromiso*” (Dieter Grimm: Jurisdicción Constitucional, en: Dieter Nohlen (ed.): Diccionario de Ciencia Política, Editorial Porrúa, México, tomo II, 2006);

**CUADRAGESIMOCUARTO.** Que es posible, en consecuencia, que las decisiones del Tribunal Constitucional tengan un impacto político o económico, o social, o cultural inevitable, lo que no significa que tales decisiones hayan sido políticas o económicas o culturales. Las decisiones del Tribunal Constitucional son todas estrictamente jurídicas, sin perjuicio de la naturaleza del impacto que produzcan, sea político, económico, social o cultural. Visto el problema desde otra perspectiva, al adoptar una decisión el Tribunal puede tener plena conciencia del impacto extrajurídico que puede producir, pero tal convicción no puede inhibirlo de resolver el asunto que ha reclamado su intervención, sea que actúe de oficio o a requerimiento de persona u órgano legitimado;

**CUADRAGESIMOQUINTO.** Que, considerando los efectos extrajurídicos que inevitablemente pueden producir las sentencias del Tribunal Constitucional, es indispensable mencionar el rol de *legislador negativo*, de *órgano defensivo*, o de *guardián de la Constitución* que esta clase de magistraturas cumplen en los respectivos ordenamientos constitucionales y que tienen expresión en el derecho chileno. En efecto, la generalidad de

los tribunales constitucionales decide sobre lo que **no** se debe hacer en un Estado, resguardan el orden constitucional, garantizan la supremacía constitucional y, en tal sentido, son defensivos;

**CUADRAGESIMOSEXTO.** Que lo expresado contrasta con una función propositiva o activa que en algunos casos europeos el ordenamiento permite. El Tribunal Constitucional de Chile puede declarar que un precepto jurídico vulnera la Constitución y, en consecuencia, producirse su derogación. O sea, la desaparición del ordenamiento desde la fecha de la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que así lo ordena. Sin embargo, una vez adoptada tal resolución, a esta Magistratura no le está dada la atribución de señalar al colegislador cuál debiera ser la norma que reemplace al precepto derogado. Este Tribunal no es colegislador. Y la apreciación que sobre las bondades o carencias de este criterio pudiera formularse, tampoco es de su competencia;

**CUADRAGESIMOSÉPTIMO.** Que asociar la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal con un efecto jurídico negativo lleva inherente la interrogante sobre su propia existencia y conveniencia. En efecto, la declaración de inconstitucionalidad se verifica sobre un precepto vigente, que se encuentra cumpliendo una función jurídica, tanto que sobre él ha debido recaer previamente una sentencia de inaplicabilidad en una gestión pendiente en la que su aplicación podía ser decisiva para resolver el asunto controvertido. Si el ordenamiento jurídico permite esta situación, es porque su verificación no amenaza su existencia o su eficacia, sino, más bien, contribuye a su sana depuración;

**CUADRAGESIMOCTAVO.** Que la eventual antinomia entre derogación y nulidad, ocasionalmente válida en el derecho común sustantivo y procesal, presenta matices específicos en la jurisdicción constitucional. La doctrina chilena advirtió sobre esta materia recién aprobada la reforma constitucional de 2005 y antes de resolverse la primera declaración de inconstitucionalidad por parte de esta Magistratura. Un destacado exponente de la doctrina lo expresó de este modo: *“la derogación y la anulación (inconstitucionalidad) no son conceptos homologables, ya que pertenecen a ámbitos distintos: el primero a la producción de normas (actos estatales) de un ordenamiento y el segundo al control de normas”*. Esta conclusión doctrinaria la obtiene el autor después de efectuar un análisis sobre el nuevo instituto de la inconstitucionalidad en el derecho chileno: *“A nuestro juicio la inconstitucionalidad es una sanción específica en el género de las nulidades en Derecho Público, que opera por infracción de la Constitución, y que en cuanto parte integrante de un sistema de garantías configura la jurisdicción constitucional”* (Francisco Zúñiga Urbina: Control de Constitucionalidad y Sentencia, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 34, año 2006, p. 107);

**CUADRAGESIMONOVENO.** Que respecto de esta misma materia, la constitucionalista y ex ministra de esta Magistratura, profesora Luz Bul-

nes Aldunate, ha señalado: “en el proceso de la reforma constitucional se debatió sobre el efecto derogatorio y el de nulidad de la norma declarada inconstitucional. La derogación se diferencia de la nulidad en que se produce al momento de la publicación de la sentencia en el Diario Oficial y no afecta los derechos adquiridos bajo el amparo de la ley inconstitucional; la nulidad en cambio opera con efecto retroactivo y puede afectar a tales derechos. En conformidad con el nuevo artículo 94 la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal produce la eliminación de la norma del ordenamiento jurídico desde la fecha de la publicación de la misma. Este punto tiene gran importancia, pues de él depende la posibilidad de adquirir y mantener derechos que nacieron al amparo de la ley inconstitucional” (Luz Bulnes Aldunate: Los recursos de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad en la reforma constitucional, en: Revista Actualidad Jurídica, N<sup>º</sup> 13, enero de 2006, pp. 113-114);

## II

### EL PRECEPTO LEGAL SOMETIDO A DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

#### 1. El artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933.

**QUINCUAGÉSIMO.** Que el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, que corresponde al artículo 199 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N<sup>º</sup> 2.763, de 1979, y de las leyes 18.933 y 18.469, dispone lo siguiente:

*“Artículo 38 ter. Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores.*

*La Superintendencia fijará, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar.*

*Cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas:*

*1. El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad;*

*2. Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años;*

*3. La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan;*

*4. La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo;*

*5. En cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo.*

*En el marco de lo señalado en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen. En todo caso, la tabla de un determinado plan de salud no podrá variar para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos al mismo, ni podrá alterarse para quienes se incorporen a él, a menos que la modificación consista en disminuir de forma permanente los factores, total o parcialmente, lo que requerirá autorización previa de la Superintendencia; dicha disminución se hará aplicable a todos los planes de salud que utilicen esa tabla.*

*Cada plan de salud sólo podrá tener incorporada una tabla de factores. Las Instituciones de Salud Previsional no podrán establecer más de dos tablas de factores para la totalidad de los planes de salud que se encuentren en comercialización.*

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional podrán establecer nuevas tablas cada cinco años, contados desde las últimas informadas a la Superintendencia, manteniéndose vigentes las anteriores en los planes de salud que las hayan incorporado.*

*Las Instituciones de Salud Previsional estarán obligadas a aplicar, desde el mes en que se cumpla la anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o la reducción de factor que corresponda a un beneficiario en razón de su edad, y a informar al cotizante respectivo mediante carta certificada expedida en la misma oportunidad a que se refiere el inciso tercero del artículo 38.”;*

**QUINCUAGESIMOPRIMERO.** Que, como se observa, el artículo 38 ter transcrito constituye una norma de estructura compleja, destinada a regular una serie de materias sobre la determinación del precio de los planes de salud contratados con las Instituciones de Salud Previsional, no sólo vinculadas estrechamente entre sí, sino también con otras disposiciones de la Ley Nº 18.933. Tales características determinan que el examen de constitucionalidad de autos debe distinguir entre los diferentes aspectos que el precepto trata y tener en cuenta el efecto que una decisión de inconstitucionalidad tendría en las otras normas de la ley vinculadas con él;

**QUINCUAGESIMOSEGUNDO.** Que el primer inciso de ese artículo está destinado a establecer el procedimiento para determinar el precio del plan de salud que cada afiliado está obligado a pagar a la respectiva Isapre, aun cuando contempla un componente dispuesto en el artículo 38 bis de la misma ley –correspondiente al artículo 198 del texto refundido de la ley– al que se aplican los factores que corresponden a cada beneficiario de acuerdo a la respectiva tabla;

**QUINCUAGESIMOTERCERO.** Que, dado que el artículo 38 bis al que alude el artículo 38 ter no se encuentra sujeto al examen de constitucionalidad de autos, el pronunciamiento de esta Magistratura no puede recaer sobre el precio base cuya determinación aquél regula, sino sobre los factores resultantes de las respectivas tablas;

**QUINCUAGESIMOCUARTO.** Que la tabla de factores aludida es aquélla definida en la letra n) del artículo 2º de la Ley Nº 18.933, actual

artículo 170 en el texto refundido de dicha legislación (D.F.L. N<sup>º</sup> 1, de Salud, de 2005), en los términos siguientes:

**“Artículo 170.** *Para los fines (de la Ley N<sup>º</sup> 18.933) de este Libro se entenderá:*

**n)** *La expresión “tabla de factores” por aquella tabla elaborada por la Institución de Salud Previsional cuyos factores muestran la relación de precios del plan de salud para cada grupo de personas, según edad, sexo y condición de cotizante o carga, con respecto a un grupo de referencia definido por la Superintendencia, en instrucciones de general aplicación, el cual asumirá el valor unitario. Esta tabla representa un mecanismo pactado de variación del precio del plan a lo largo del ciclo de vida, el que es conocido y aceptado por el afiliado o beneficiario al momento de suscribir el contrato o incorporarse a él, según corresponda, y que no podrá sufrir variaciones en tanto la persona permanezca adscrita a ese plan.”;*

**QUINCAGESIMOQUINTO.** Que en el segundo inciso del artículo 38 ter se dispone la obligación, que recae en la Superintendencia de Salud, de fijar, mediante instrucciones de aplicación general, la estructura de las tablas de factores que deberán utilizar las Isapres en los contratos de salud que ofrezcan a sus afiliados. Como se observa, esta norma no hace sino reiterar lo ya establecido en el artículo 170 citado. Al mismo tiempo, la norma impone que la referida estructura considere los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o de carga, y los rangos de edad que se deban utilizar, conforme, esto último, a las reglas establecidas en su inciso tercero, a las que se hará alusión en seguida;

**QUINCAGESIMOSEXTO.** Que en el segundo inciso del artículo 38 ter se dispone la obligación que recae en la Superintendencia de Salud, de fijar, mediante instrucciones de aplicación general, la estructura de las tablas de factores que deberán utilizar las Isapres en los contratos de salud que ofrezcan a sus afiliados. Como se observa, esta norma no hace sino reiterar lo ya establecido en el artículo 170 ya citado. Esta norma faculta a la Superintendencia del ramo para ejercer esta potestad. Para determinar el contenido y los criterios conforme a los cuales ella debe ejercerse, hay que atender a lo prescrito en el inciso siguiente, el cual impone que la referida estructura considere los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o de carga, y los rangos de edad que se deben utilizar conforme a las reglas establecidas en su inciso tercero.

Así, este inciso segundo sólo puede concebirse en relación a los numerales contenidos en el inciso tercero, en el cual se fijan los parámetros que debe considerar la Superintendencia al determinar la estructura de la tabla;

**QUINCAGESIMOSÉPTIMO.** Que el tercer inciso del artículo 38 ter establece las reglas a las que debe sujetarse la fijación de los rangos de edad en las instrucciones impartidas por la Superintendencia, de las cuales tres se refieren directamente a los tramos de edad y las otras dos, a criterios de relación entre los factores. La observancia de estas reglas es una condición de ejercicio, tanto de la potestad de la Superintendencia

para fijar la estructura de las tablas de factores regulada en el inciso segundo, como de la libre determinación de los factores dentro de la tabla por parte de las Isapres, conforme al inciso cuarto;

**QUINCAGESIMOCTAVO.** Que las tres primeras reglas relativas a los rangos de edad destinadas a fijar tramos según se sigue: i) Un tramo desde el nacimiento hasta menos de dos años, ii) Los tramos que van desde los dos años hasta los ochenta años, según límites de un mínimo de tres años y un máximo de cinco años, y iii) El o los tramos “*que correspondan*” después de los ochenta años, fijados por la Superintendencia. Debe señalarse que el segundo grupo de tramos es, en verdad, un amplio espacio étéreo en el que pueden tener cabida entre 15 y 26 tramos, dependiendo de la cantidad de años máxima o mínima establecida en la norma;

**QUINCAGESIMONOVENO.** Que en el número 4 del mencionado inciso tercero del artículo 38 ter se establece el primer criterio de relación entre los factores, el cual consiste en entregar a la Superintendencia la facultad de fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de la tabla, diferenciada por sexo;

**SEXAGÉSIMO.** Que, sin embargo, fue el propio legislador el que fijó dicha relación entre factores para el primer período de diez años, por la Ley N° 20.015, de 17 de mayo de 2005 –la misma legislación que incorporó el artículo 38 ter bajo examen–. En efecto, su artículo segundo transitorio dispone: “*La relación máxima a que alude el numeral 4 del inciso tercero del artículo 38 ter que se agrega a la ley N° 18.933 será, para el primer decenio contado desde la vigencia de la presente ley, de hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y de hasta 14 veces, en el caso de los hombres*”.

**SEXAGESIMOPRIMERO.** Que la Superintendencia de Salud materializó la facultad que le entrega el precepto legal bajo examen y que especificó el artículo segundo transitorio citado, a través de la Circular N° 6, de 2 de junio de 2005, denominada “*IMPORTE INSTRUCCIONES SOBRE LA ESTRUCTURA DE LAS TABLAS DE FACTORES DE LOS PLANES DE SALUD COMPLEMENTARIOS*”. En dicho instrumento el referido organismo público estableció la estructura de la aludida tabla de factores, fijando los factores más altos y más bajos de acuerdo al tenor legal señalando: “*La relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla será de hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y de hasta 14 veces, en el caso de los hombres, para el período comprendido entre el 1 de julio de 2005 y el 1 de julio de 2015*”;

**SEXAGESIMOSEGUNDO.** Que la correspondencia entre estas dos normas originadas en la misma ley –N° 20.015–, el número 4 del inciso tercero del artículo 38 ter y el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015, establece entre ellas un lazo jurídicamente indisoluble, de tal modo que ninguna de ambas cobra vigencia y eficacia sin el complemento de la otra. En efecto, el mandato que la ley le asigna a la Superintendencia del ramo para fijar “*cada diez años la relación máxima entre el factor más alto y*



*el más bajo, diferenciada por sexo*” es inocuo sin la correspondiente determinación cuantitativa de uno y de otro extremo, así como respecto al sexo del beneficiario. Por su parte, ni la ley ni la Superintendencia podrían haber fijado cifras respecto de los mencionados factores sin remitirse al mencionado artículo 38 ter y a la cobertura que proporciona;

**SEXAGESIMOTERCERO.** Que a resultados de lo expresado y como se detallará, la indisolubilidad señalada presenta a las dos normas involucradas como un todo para los efectos del examen de constitucionalidad de autos;

**SEXAGESIMOCUARTO.** Que el segundo criterio de relación establecido en este inciso tercero del artículo bajo examen, se refiere a la correspondencia que debe existir entre los beneficiarios de un mismo plan, al señalar que *“en cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo”*;

**SEXAGESIMOQUINTO.** Que los cuatro incisos siguientes del artículo 38 ter están destinados a regular **la proporcionalidad que deben cumplir los distintos tramos al interior de** las tablas de factores. Primero se establece la libertad de las Isapres para determinar los factores de cada tabla, conforme a lo dispuesto en el inciso tercero ya comentado, **de modo que las reglas que se analizaron también determinan el ejercicio de este derecho. La ley dispone expresamente** la no variabilidad de la tabla de un determinado plan para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos a él, así como también para quienes se incorporen al mismo, a excepción que la modificación signifique una disminución de los factores, autorizada por la Superintendencia y aplicable a todos los planes que la utilicen. **Así, no se reconoce discrecionalidad amplia a las Isapres para determinar los factores de cada tabla, sino sólo en la medida que lo hagan utilizando la tabla de factores estructurada de conformidad a los numerales del inciso tercero. Luego, los** incisos siguientes señalan exigencias sobre el número de tablas, una por cada plan de salud y no más de dos para la totalidad de planes que se comercializan por la respectiva Isapre. Asimismo, conforme a la regulación legal en comento, las Isapres podrán establecer nuevas tablas cada cinco años;

**SEXAGESIMOSEXTO.** Que el último inciso del artículo 38 ter se refiere a la obligación que periódicamente les cabe a las Isapres, en el sentido de ajustar el factor que corresponda en la respectiva tabla en razón de la edad, aumentándolo o disminuyéndolo, y de comunicar tales variaciones al cotizante;

## 2. Génesis y evolución del artículo 38 ter.

**SEXAGESIMOSÉPTIMO.** Que esta Magistratura, en sentencia recaída en la causa Rol N<sup>º</sup> 1.273 destinó los considerandos décimo al decimo-

séptimo, ambos inclusive, *“a describir la evolución histórica de las disposiciones legales que se han ocupado de regular la revisión del precio de los contratos de salud previsional que ofrecen las Isapres”*, desde la dictación de la primera formulación legal en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3 de 1981, la que, en lo sustancial, se transcribirá en los considerandos que siguen, por la pertinencia directa que tiene en la especie con el tópicico que se abordará en este acápite;

**SEXAGESIMOCTAVO.** Que el artículo 38 ter bajo examen fue incorporado a la Ley N° 18.933 por el artículo 1°, N° 15, de la Ley N° 20.015 y, por disposición expresa del inciso primero de su artículo 2°, entró en vigencia en el mes de julio del año 2005, fecha coincidente con la del Reglamento a que alude el mismo artículo (Decreto Supremo N° 170, del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial de 28 de enero de 2005);

**SEXAGESIMONOVENO.** Que el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 1981, del Ministerio de Salud (publicado en el Diario Oficial de 19 de mayo de 1981), que fijó normas para el otorgamiento de prestaciones y beneficios de salud por instituciones de salud previsional, estableció en su artículo 14 que los trabajadores debían suscribir *“un contrato”* con una Isapre que elijan, en el que las *“partes podrán convenir libremente el otorgamiento, forma, modalidad y condiciones de las prestaciones y beneficios para la recuperación de la salud”*.

Como se advierte, en esta primera norma sobre la materia primó la autonomía de la voluntad, sin establecerse condición alguna para los contratos que contienen los respectivos planes de salud. Nótese, además, que la promulgación de esta legislación es posterior a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1980;

**SEPTUAGÉSIMO.** Que el referido Decreto con Fuerza de Ley fue derogado por la Ley N° 18.933, en su texto publicado en el Diario Oficial de 9 de marzo del año 1990. En esta ley se contiene un artículo 38, que en su inciso tercero reguló, entre otros aspectos, la revisión de los contratos de salud transcurrido un año de vigencia del contrato, en los términos siguientes: *“las Isapres podrán revisar los contratos de salud que correspondan, pudiendo sólo adecuar sus precios, prestaciones convenidas y naturaleza y el monto de sus beneficios, a condiciones generales que no importen discriminación entre los afiliados de un mismo plan, excepto en lo que se refiere a las condiciones particulares pactadas con cada uno de ellos al momento de su incorporación al plan, las que no podrán tener en consideración la edad del afiliado”*.

Conforme a esta norma, se limitó la libertad de las Isapres para establecer condiciones de ajuste del precio de los contratos que éstas ofrecieran a los afiliados, a la regla general de no discriminación dentro de un mismo plan, agregando la especificidad de prohibir que las excepciones a tal regla general se funden en la edad del afiliado;

**SEPTUAGESIMOPRIMERO.** Que la primera modificación que sufrió el citado artículo fue aprobada por la Ley N<sup>º</sup> 18.959, publicada en el Diario Oficial el 24 de febrero de 1990, esto es, con anterioridad a la fecha de publicación de la normativa que dispuso modificar.

Conforme a la alteración aprobada en esta oportunidad, se sustituyó la expresión *“las que no podrán tener en consideración la edad del afiliado”* por la frase *“las revisiones no podrán tener en consideración el estado de salud del afiliado”* como condición para la adecuación anual de los precios de los contratos de salud. De esta manera, esta nueva legislación reemplazó la edad por el estado de salud del afiliado como condición o factor excluido de la revisión del precio de los contratos de salud previsional, formulación que se repetirá en la nueva modificación de la legislación que comentamos, aprobada por la Ley N<sup>º</sup> 18.964, publicada en el Diario Oficial unos días más tarde (10 de marzo del año 1990). Debe agregarse que el factor edad, si bien fue suprimido como limitación a la discriminación, no fue establecido expresamente como factor a tener en cuenta para fijar el reajuste del precio del plan de salud, lo cual, como veremos, se entendió a posteriori;

**SEPTUAGESIMOSEGUNDO.** Que, en el año 1995, la Ley N<sup>º</sup> 19.381 introdujo una nueva modificación al referido artículo 38 de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, agregando, en el inciso tercero de la disposición comentada, que las revisiones de los contratos de salud no sólo no pueden tener en consideración el estado de salud del afiliado, sino que tampoco el de los beneficiarios.

La misma legislación estableció en el inciso quinto del artículo 38 la siguiente disposición: *“No obstante la libertad de las Isapres para adecuar el precio y su obligación de no discriminar en los términos señalados en el inciso tercero, el nuevo valor que se cobre al momento de la renovación deberá mantener la relación de precios por sexo y edad que hubiere sido establecida en el contrato original, usando como base de cálculo la edad del beneficiario a esa época, con la lista de precios vigentes en la Institución para el plan en que actualmente se encuentre”;*

**SEPTUAGESIMOTERCERO.** Que en la Ley N<sup>º</sup> 19.381 por primera vez aparecen mencionados los criterios de sexo y edad como condiciones o factores determinantes para la fijación del precio de los contratos de salud ya suscritos, contrariamente a lo que, referido a la edad, la normativa aprobada el año 1990 prohibía expresamente. Además, conforme se puede desprender de su texto, tal referencia tiene valor sólo si la edad estuviera considerada como factor de adecuación del precio en un contrato de salud vigente a esa fecha. En la modificación del precepto comentada, queda de manifiesto que la eliminación de la edad como causal de discriminación fue entendida y utilizada como si expresamente hubiese sido establecida como factor de fijación de dicho precio;

**SEPTUAGESIMOCUARTO.** Que la nueva modificación a la Ley N<sup>º</sup> 18.933, verificada en el año 2005, por efecto de la Ley N<sup>º</sup> 20.015 (D.O. de

17.05.05), incorporó el artículo 38 ter, bajo examen de constitucionalidad en estos autos, y, además, aprobó un nuevo texto para el referido artículo 38, en el que se dispuso que la revisión anual de los contratos de salud puede considerar sólo la modificación del precio base del plan con las limitaciones que se establecen en el también nuevo artículo 38 bis y agregó que, al comunicar la respectiva adecuación del contrato a sus afiliados, las Isapres sólo podrían ofrecer planes que estén disponibles para todos ellos y que su precio *“deberá corresponder al precio base modificado por las tablas de riesgo según edad y sexo correspondientes”*, sin que el legislador determinara razonablemente las relaciones y tramos entre los distintos factores;

**SEPTUAGESIMOQUINTO.** Que, ahora bien, la evolución legislativa antes referida da cuenta de que de la prohibición expresa de la discriminación y de la consideración de la edad y del sexo como factores determinantes del precio, se pasó a la permisividad de ambos criterios y, en consecuencia, al respaldo a la discriminación basada en ellos;

### 3. La elaboración legislativa del artículo 38 ter.

**SEPTUAGESIMOSEXTO.** Que la introducción del artículo 38 ter a la Ley N° 18.933, hecho que, como se ha señalado, ocurrió por disposición expresa de la Ley N° 20.015, es producto de un debate legislativo que se extendió por espacio de tres años, desde que, con fecha 2 de junio de 2002, se presentó en la Cámara de Diputados el respectivo Mensaje como parte de un conjunto de iniciativas legislativas que conformaron una vasta reforma del sector salud en Chile;

**SEPTUAGESIMOSÉPTIMO.** Que la documentación parlamentaria oficial sobre esta tramitación legislativa da cuenta de las numerosas transformaciones que sufrió el texto del proyecto de ley original, de las opiniones que se entregaron en las diversas instancias de la formación de la ley por parte de los parlamentarios y de los representantes de diversas organizaciones de la sociedad interesadas en esta materia;

**SEPTUAGESIMOCTAVO.** Que, independientemente de las mencionadas opiniones, durante toda la discusión parlamentaria hubo continuidad respecto de algunos temas y surgió también la preocupación de los intervinientes en cuanto a algunos aspectos en particular. Entre ellos se encuentran la fijación de tarifas, cuya regulación conforme a criterios objetivos y transparentes constituía un objetivo de la nueva legislación, la situación de los cotizantes cautivos y su eventual destino de abandonar el sistema privado de salud si no pueden sufragar sus costos, así como la situación desmedrada y sujetos a discriminación en que quedan determinados segmentos de la población como los menores de dos años, las mujeres en edad fértil y los mayores de edad de ambos sexos. A modo de ejemplo, el entonces Diputado señor Edgardo Riveros en la discusión de

la Sala en la Honorable Cámara de Diputados, durante el primer trámite legislativo, el 7 de enero de 2003, se preguntaba si “*ése cumplen los objetivos como el de no discriminación y no expulsión del sistema a las personas que necesitan atención de salud?*” Y el mismo se respondía que *no se cumplen esos objetivos básicos*. Luego afirmó que “*la discriminación del sistema se presentaba respecto de las mujeres en edad fértil, los adultos mayores y las personas que por largo tiempo cotizaron y han adquirido una enfermedad catastrófica o crónica*”;

**SEPTUAGESIMONOVENO.** Que el Honorable Diputado señor Patricio Melero, en la misma sesión de la Cámara de Diputados, señalaba: “*En definitiva, la modificación de la ley de Isapres tiene de dulce y de agraz, con algunos aspectos vinculados a la limitación del alza de precios, a los contratos, a la uniformidad de los aranceles, a nuevas facultades de la Superintendencia, en fin, que nos parecen positivos; con otros, como la definición del cotizante cautivo, los índices de precios, la integración vertical, la obligación de las instituciones de salud previsional respecto de las isapres que quiebran, que nos parecen inadecuados*”. El mismo parlamentario, después de haber presentado indicaciones, opinó en la discusión del segundo informe: “*Los objetivos principales que se persiguen con esta iniciativa ya se han anunciado; pero, en lo sustancial, buscan corregir situaciones de discriminación, especialmente en el sentido de limitar las alzas de precio de los contratos de salud*”;

**OCTOGÉSIMO.** Que al discutirse en la sala del Senado el primer informe, el 9 de marzo de 2005, el Senador informante, señor Ruiz-Esquide, señaló, sobre los objetivos de la iniciativa: “*Acotar en la ley en proyecto las alzas de precios de los programas y planes, dentro de una banda estructurada en torno a las variables de precios base y tabla de factores por sexo y edad. Además –señala el proyecto– no podrá ser de más de 1,3 veces el promedio ponderado de los porcentajes en que hayan cambiado los precios bases. A estos efectos, se definen los términos “precios base” y “tabla de factores*”;

**OCTOGESIMOPRIMERO.** Que en el tercer trámite constitucional del mencionado cuerpo legislativo, a propuesta del Senado, se agregaron dos disposiciones nuevas, los artículos 38 bis y 38 ter, en lugar del artículo 38 bis tramitado hasta entonces. Las siguientes fueron las principales innovaciones que presentó la nueva regulación propuesta: *i)* limitaciones del alza de precios de los planes a una banda, fijando para ello un máximo y un mínimo de 30% respecto del promedio ponderado de las variaciones porcentuales informadas por cada Isapre de los precios base de sus planes; *ii)* regulación de la tabla de factores en los términos que quedaron en la ley; *iii)* la inclusión de la relación máxima entre el factor más alto y el más bajo de cada tabla para el primer decenio, tal como quedó en el artículo segundo transitorio ya transcrito, señalando que para el período posterior –correspondiente a la regulación permanente– la facultad de fijar tal relación quedaría entregada a la Superintendencia de Salud (Historia de la Ley 20.015, pp. 593, 597, 598 y 605);

**OCTOGESIMOSEGUNDO.** Que, una vez aprobada la ley, persistieron los puntos de vista sobre los temas en debate arriba descritos, incluso por no haberse incorporado en la decisión. En la discusión en la sala, el 19 de abril de 2005, el Honorable Diputado señor Rossi señaló: “*Este proyecto de ley, lamentablemente, perpetúa la discriminación por sexo y por edad, aunque establece una tabla de factores que modifican el valor del plan. Así, al adulto mayor y a la mujer en edad fértil les seguirá costando más caro su plan. Lo mismo les ocurrirá a los menores de dos años, a los lactantes – que requieren más prestaciones de salud– y a los enfermos crónicos, porque el fondo compensatorio interisapres sólo opera con las patologías Auge*”;

**OCTOGESIMOTERCERO.** Que en la misma sesión de cierre de la discusión en la Cámara de Diputados, el Honorable Diputado señor Bayo, por su parte, sostuvo: “*Es indudable que la ley que se quiere modificar presenta cuestionamientos en materia de costos de planes; de exclusiones de cobertura en las preexistencias; de cumplimiento de contratos; de cancelación de registro de una isapre y de cómo compensar los riesgos de salud. Lo cierto es que la mayor parte de estas materias ya fueron consideradas en el proyecto de ley que aprobamos en primer trámite parlamentario. Pero otras, como la forma de enfrentar los riesgos derivados por diferencias de edad y sexo, no lo fueron*”;

### III

#### LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES AFECTADOS POR EL PRECEPTO LEGAL BAJO EXAMEN DE INCONSTITUCIONALIDAD

**OCTOGESIMOCUARTO.** Que los derechos que se encuentran consagrados en las disposiciones constitucionales consideradas trasgredidas por las sentencias previas de inaplicabilidad que dan sustento a este proceso, sólo pueden ser descritos si se enmarcan en su sustrato normativo constitucional –en la dignidad de la persona– y en su pertenencia a la calidad de derechos fundamentales;

##### **1. La dignidad de la persona y su irradiación en los derechos afectados.**

**OCTOGESIMOQUINTO.** Que el artículo primero de la Constitución señala: “*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”. Se trata de una disposición que no sólo encabeza la Carta Fundamental, sino que se irradia en todo su articulado. Consecuentemente, todos los preceptos de la Constitución deben subordinarse a su tenor literal y a su significado. Al referirse al alcance de la citada norma, antes de su reforma en 1999, cuando se reemplazó la expresión *hombres* por *personas*, el tratadista Alejandro Silva Bascuñán señaló que la expresión “dignidad” tiene “*su raíz*

*tanto en las consideraciones de las cualidades de la persona humana como en el fin para el cual ha sido creada*”, destacando que tal encabezamiento del articulado de la Constitución representa el “reconocimiento de un pilar central de su ordenación que no se mencionaba en las Constituciones precedentes”(ob. cit., p. 30);

**OCTOGESIMOSEXTO.** Que, respecto de la misma materia, el tratadista José Luis Cea Egaña sostuvo sobre la aludida disposición constitucional, en lo relativo a la expresión dignidad, que *“toda persona humana, por ser tal y sin más exigencias, nace y ha de convivir con la cualidad de digno, o sea, de trascendente en la historia, sujeto libre e igual al prójimo, cuyo destino es realizar un proyecto de vida, con sello singular o propio”,* agregando que *“el hombre (como equivalente de persona) resulta así un depósito o cúmulo de valores supremos, con los cuales nace y los concreta durante su vida. Entre ellos se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le reconoce con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia. Tales son, v. gr., el derecho a la vida y a la integridad, a la defensa jurídica en un proceso justo, a la libertad de conciencia y expresión, a la libertad personal, al trabajo, al descanso, de la protección de la salud y a la propiedad. Pues bien, la dignidad es la fuente de esos atributos naturales.”* (José Luis Cea: Derecho Constitucional Chileno, Ediciones UC, segunda edición actualizada, 2002, p. 170);

**OCTOGESIMOSÉPTIMO.** Que, como lo declaró esta Magistratura en causa Rol N<sup>º</sup> 1.287, *“el sistema institucional vigente en Chile se articula en torno de la dignidad que singulariza a todo sujeto de la especie humana, siendo menester poner de relieve que si la Carta Política asegura a todas las personas los derechos fundamentales, lo hace en el entendido de que preexisten a ella; y que, en armonía con lo preceptuado en el artículo 5<sup>º</sup>, inciso segundo, los órganos públicos y los agentes privados, cada cual en ejercicio de la competencia y facultades que les han conferido, respectivamente, la Constitución y la ley, no sólo están obligados a respetar esos derechos, sino que, además, a protegerlos y promoverlos”* (considerando decimooctavo);

**OCTOGESIMOCTAVO.** Que, asimismo, esta Magistratura señaló en dos de los considerandos de su sentencia recaída en la causa Rol N<sup>º</sup> 1.273 (cc. cuadragésimoquinto y cuadragésimosexto) que la irradiación de la dignidad de la persona hacia todo el articulado de la Constitución presenta una doble dimensión, como principio y como norma positiva. En la misma sentencia el Tribunal razonó en el sentido de que, sin perjuicio de la singularidad sustantiva y procesal de cada disposición constitucional invocada como vulnerada por el mismo precepto bajo actual examen, los derechos en ellas consagrados *“no pueden considerarse de manera aislada o independiente unos de otros. Al contrario, ellos se manifiestan de manera integrada, constituyendo un entramado de normas y principios cuyo alcance no puede apreciarse correctamente sin considerar una visión de conjunto que los incluya*

a todos ellos y que, también, incorpore su relación a otras disposiciones y valores constitucionales” (c. cuadragésimoséptimo);

## 2. Noción de derechos fundamentales.

**OCTOGESIMONOVENO.** Que la definición de derechos fundamentales ha sido abordada a fondo por nuestra doctrina. Como lo señala una reciente obra sobre la materia (Eduardo Aldunate Lizana: *Derechos Fundamentales*, LegalPublishing, Santiago de Chile, 2008, pp. 47-48): “*La expresión “derechos fundamentales” apunta a un concepto jurídico. En un sentido general, que es el más difundido, se usa para aludir a aquellos derechos de la persona que han recibido consagración positiva, en particular, a nivel constitucional. Otra postura, en cambio, expone la idea de “derechos fundamentales” como aquellos derechos de los que es titular el hombre, no por graciosa concesión de las normas positivas, sino por el mero hecho de ser hombre. Se trata de aquellos atributos vinculados directamente a la dignidad humana y que constituyen un conjunto limitado en su extensión sólo a aquellos que son condición para la satisfacción de las necesidades inherentes a una vida digna (...) Como una tercera alternativa, se ha propuesto reservar la utilización teórica (como opuesta a dogmática) de la expresión “derechos fundamentales” en un sentido formal o estructural para “aquellos derechos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos, de personas con capacidad de obrar”;*

**NONAGÉSIMO.** Que los derechos fundamentales son susceptibles de clasificarse en diversas categorías conceptuales según el criterio con que se les analice o se les emplee jurídicamente. Una distinción clásica se da entre igualdades y libertades, como la propuesta para los derechos consagrados en el artículo 19 de la Constitución por Pablo Ruiz-Tagle (“Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales”, en: Andrés Bordalí (coord.): *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, LexisNexis, Santiago, 2007, p. 119). Otra diferenciación se presenta entre garantías y derechos, según si la verificación de éstos se encuentra respaldada material y formalmente en el derecho positivo y si fluyen de la naturaleza humana o de la ley. Una tercera diferenciación que nos interesa, es aquella clásica de la consagración internacional de los derechos fundamentales: políticos, económicos, sociales y culturales. Una cuarta perspectiva es apreciar los derechos fundamentales como derechos subjetivos y “*como componentes del orden constitucional objetivo*” (Humberto Nogueira). Y, por último, la distinción que formula Ferrajoli entre “*derechos fundamentales*” y “*derechos patrimoniales*” (Luigi Ferrajoli: *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 45). Esas cuatro diferenciaciones hasta hace un par de décadas muy nítidas tanto en la doctrina y en la legislación, como en su correlato jurisprudencial, han sufrido importantes innovaciones;



**NONAGESIMOPRIMERO.** Que, independientemente de las clasificaciones anotadas, la definición de derecho fundamental está vinculada a su verificación positiva. Es lo que Robert Alexy denomina relación entre los conceptos de *norma de derecho fundamental* y *derecho fundamental*: “*Siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga ese derecho. Es dudoso que valga lo inverso*”. Esta diferencia debe acompañarse de otra distinción propuesta por el autor, la existente entre principios y reglas, siendo los principios “*aquellas normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales posibles*”, o sea entendidas como “*mandatos de optimización*”, mientras que “*las reglas son normas que pueden ser cumplidas o no. Si la regla es válida, entonces de (sic) hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible*”, concluyendo: “*Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio*” (Robert Alexy: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 47, 86-87);

**NONAGESIMOSEGUNDO.** Que, según el mismo autor citado precedentemente, las diferenciaciones descritas sirven de base para la dilucidación de los conflictos en materia de derechos fundamentales. Si la norma es equivalente a principio, “*no puede ser el caso que valgan dos juicios concretos de deber ser recíprocamente contradictorios*”. Y si no se introduce una cláusula de excepción, hay que declarar inválida por lo menos una de las reglas. En la colisión de principios, por su parte, “*uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción*” y el criterio para tal dilucidación debe ser la ponderación (ob. cit., pp. 88-89). En otra obra, Alexy es muy conciso sobre el punto: “*...la forma de aplicación de los principios es la ponderación. Esta es la estructura preferible para una teoría de la justicia. Permite la consideración adecuada de todos los puntos de vista, que es uno de los postulados fundamentales de la racionalidad. De ese modo, se puede intentar obtener en ella un equilibrio razonable entre los derechos de libertad liberales y los derechos sociales en un catálogo de derechos fundamentales*” (Robert Alexy: *La Institucionalización de la Justicia*, Editorial Comares, Granada, 2010, p. 59);

**NONAGESIMOTERCERO.** Que los derechos consagrados en las disposiciones constitucionales que se estimaron vulneradas por la aplicación concreta del artículo 38 ter en las sentencias de inaplicabilidad que dan sustento al proceso de autos, esto es, aquellos que aseguran a toda persona los numerales 2º, 9º y 18º del artículo 19 de la Constitución, son: a) fundamentales, apegándose a los citados criterios entregados por la doctrina, y b) corresponden a lo que Alexy denomina normas de principios,

esto es, mandatos de optimización, cuya dilucidación en caso de conflicto debe ser abordada con el criterio de la ponderación;

**NONAGESIMOCUARTO.** Que en lo concerniente a la presencia de los derechos fundamentales como derecho positivo en Chile, en la más amplia obra de la doctrina nacional sobre la materia (Humberto Nogueira Alcalá: *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, CECOCH, Santiago de Chile, 2008-2009, tres tomos), el autor señala por una parte: “*La Constitución enuncia los derechos fundamentales asegurados por ella, delimitando los derechos, fijando sus atributos, los elementos subjetivos y objetivos que los identifican*” (Tomo 1, p. 86) y, por la otra, en lo que atañe a los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social: “*En tal perspectiva, los derechos fundamentales sociales se presentan en el sistema jurídico chileno como principios, reglas y parámetros hermenéuticos del orden constitucional, del mismo nivel jurídico y con la misma eficacia que los derechos civiles y políticos, encontrándose en un mismo artículo constitucional, el artículo 19, fortalecidos por el artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental(...)*A ello debe agregarse el artículo 6º de nuestra Constitución, que otorga fuerza normativa y aplicabilidad directa a los enunciados normativos constitucionales, salvo que el propio texto constitucional disponga otra cosa” (Tomo 3, p. 26);

**NONAGESIMOQUINTO.** Que los derechos fundamentales sociales no sólo se han consolidado en su establecimiento normativo y en su garantía positiva, sino que en el actual debate jurisdiccional constitucional se discute su justiciabilidad, precisamente a partir de casos de revisiones judiciales del derecho a la salud acaecidos en varios países (Rodolfo Figueroa García Huidobro: *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Discusión teórica*, en: *Revista Chilena de Derecho*, 36, 3, 2009, pp. 587-620);

### 3. El derecho de igualdad ante la ley.

**NONAGESIMOSEXTO.** Que la Constitución consagra la garantía de la igualdad ante la ley en los siguientes términos:

“**Artículo 19.** *La Constitución asegura a todas las personas:*

2º. *La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.*

*Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”;*

**NONAGESIMOSÉPTIMO.** Que la consagración de la igualdad ante la ley en la Constitución chilena, en los términos vigentes transcritos, responde a una tradición de nuestros textos constitucionales, incluyendo algunas referencias del número 1º del artículo 10 de la Carta de 1925. Sin embargo, el precepto constitucional hoy vigente contiene dos disposiciones que han ampliado y profundizado el contenido de esta garantía y que

se vinculan directamente con al asunto que esta Magistratura resuelve en autos: a) La consagración de la igualdad ante la ley de hombres y mujeres, y b) La prohibición a la ley y a la autoridad de establecer diferencias arbitrarias;

**NONAGESIMOCTAVO.** Que la jurisprudencia chilena, tanto ordinaria como constitucional, ha trazado una línea interpretativa uniforme sobre la igualdad, algunas de cuyas expresiones más citadas se encuentran en dos sentencias, dictadas casi simultáneamente por el Tribunal Constitucional y por la Corte Suprema, en abril y julio de 1985, respectivamente, que asumieron la difundida y clásica fórmula de Aristóteles, expresada en la Política, III 9 (1280<sup>a</sup>): *“Por ejemplo, parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”* (Tomada de la nota al pie de página 15 del capítulo octavo de la obra de Robert Alexy: Teoría de los Derechos Fundamentales, ob. cit., p. 385);

**NONAGESIMONOVENO.** Que, en efecto, en la sentencia Rol N<sup>º</sup> 28, considerando cuarto, este Tribunal Constitucional señaló: *“La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes”*. A su vez, la Corte Suprema, en fallo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXII, 2<sup>a</sup> parte, sección 5<sup>a</sup>, p. 183, declaró: *“El principio de isonomía exige que sean tratadas de igual modo las situaciones iguales y de manera distinta las desiguales”* (Tratado de Derecho Constitucional de Alejandro Silva Bascuñán, ob. cit., Tomo XI, p. 108);

**CENTÉSIMO.** Que en el fallo Rol N<sup>º</sup> 1.273, recaído en causa de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que sirve de sustento al procedimiento de autos, esta Magistratura incorporó en su entendimiento sobre la igualdad los criterios jurisprudenciales que en el derecho comparado se han utilizado en la última década para afrontar las crecientes complejidades que presentan los casos sobre tal garantía constitucional, así como los afanes desplegados por la doctrina en la misma dirección. De estos aportes, entre otros descritos en la sentencia citada, destaca el enfoque alemán que distingue conceptualmente entre *“igualdades esenciales”* y *“desigualdades esenciales”*, de tal modo que estamos en presencia de una igualdad esencial cuando *“personas, grupos de personas o situaciones, sobre la base de un punto de partida (tertium comparationis), son comparables”*, de lo que, consecuentemente, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha decidido que la Ley Fundamental considera arbitrario y, por ende, inconstitucional, **tratar desigualmente a las igualdades esenciales, así como tratar igualmente a las desigualdades esenciales**. Además, se agrega la denominada *“nueva fórmula”*, consistente en considerar lesionada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados

con otro grupo de destinatarios de la norma, son tratados de manera distinta, a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual. Para poder dimensionar tales situaciones, esta fórmula requiere expresamente una ponderación en el sentido de **examen de proporcionalidad**, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad, para lo cual se requiere que aquélla persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto”;

#### 4. La igualdad entre el hombre y la mujer.

**CENTESIMOPRIMERO.** Que la expresión “*hombres y mujeres son iguales ante la ley*” que la Carta introdujo en la última parte del numeral 2° de su artículo 19, encontró su consagración constitucional en 1999, dando cuenta su historia fidedigna de la envergadura de tal reforma constitucional, así como del contexto cultural y jurídico, nacional e internacional, en el que se aprobó. Con ello el Estado de Chile encontró concordancia entre su ordenamiento constitucional y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer;

**CENTESIMOSEGUNDO.** Que en la sesión del Senado celebrada el 12 de enero de 1999 y convocada para conocer el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Corporación sobre el proyecto de reforma constitucional que establece la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres, se hizo mención a los compromisos internacionales contraídos por Chile sobre esta materia, especialmente, al artículo 2° de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas, que entró en vigor en 1981, y que señala: “*Los Estados Parte condenan la discriminación de la mujer en todas sus formas, convienen en seguir por todos los medios apropiados y sin dilaciones una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer; y, con tal objeto, se comprometen a: a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus Constituciones nacionales y en cualquiera otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio*”. Asimismo, en la misma sesión del Senado, el Senador informante del proyecto, el señor Juan Hamilton, señaló: “*La iniciativa tiene por objeto consagrar en forma expresa la igualdad del hombre y la mujer ante la ley como un valor superior de todo el ordenamiento jurídico*”;

**CENTESIMOTERCERO.** Que el artículo 12.1 de la citada Convención señala: “*Los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica*”;

*a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.”. A su vez, la Observación General 16, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, aprobada en Ginebra en el 34º período de sesiones del 25 de abril al 13 de mayo de 2005, se refiere a “la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”;*

**CENTESIMOCUARTO.** Que la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha calificado los conceptos de discriminación de derecho o de hecho, así como la discriminación directa o indirecta, como “*conceptos clave en relación con la discriminación y la igualdad*”, precisando que “*la discriminación directa se define como una diferencia de trato que consiste en forma explícita en distinciones basadas en el sexo o en una de las categorías reconocidas de discriminación*”. Por su parte, “*la discriminación indirecta se produce cuando una ley, una política o un programa que parecen neutros (por ejemplo en lo que atañe a hombres y mujeres) tienen un efecto discriminatorio en el momento de su aplicación. En ese caso, el resultado o efecto final provoca una situación de desventaja de la mujer con respecto al hombre, debido a las desigualdades existentes no tratadas por una medida supuestamente neutra.*” (Naciones Unidas, Consejo Económico y Social: Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Nueva York, 6 de junio de 2008, pp. 10-11).

De todo lo expuesto es nítido que la igualdad de derechos del hombre y de la mujer es una categoría estándar en las legislaciones nacionales e internacionales, según la medida de equiparación de los derechos de la mujer respecto de los del hombre. Esto es, **impedir el menoscabo o la desventaja de la mujer respecto del hombre en la consagración y el goce de los derechos;**

**CENTESIMOQUINTO.** Que todo lo señalado respecto de la prohibición de discriminación entre hombres y mujeres no significa que el ordenamiento jurídico no pueda establecer diferencias entre ambos sexos. La igualdad entre hombres y mujeres no puede ser absoluta, incluso para resguardar el propio beneficio de la mujer. Como lo señala un reciente estudio: “*el legislador puede establecer diferencias entre los hombres y las mujeres en el contenido de las normas, siempre y cuando existan diferencias reales y efectivas que discriminen a uno de los sexos en ámbitos concretos de la realidad vital; y significa también que el legislador no puede establecer diferencias únicamente en razón del sexo. El ser hombre o el ser mujer, o las diferencias que otrora existieron entre los sexos, no pueden ser susceptibles de diferencias en el contenido de la norma, pues el sexo no constituye per se una diferencia objetiva ni razonable, como tampoco son objetivas y razonables las diferencias pasadas que existieron entre hombres y mujeres en ámbitos concretos de la realidad vital.*” (Cristina Zoco Zabala: Igualdad

de género en la nueva normativa nacional y estatutaria a la luz de las innovaciones del ordenamiento comunitario, en: Revista Aragonesa de Administración Pública, 30, junio de 2007, p. 255);

**CENTESIMOSEXTO.** Que la igualdad jurídica entre hombres y mujeres tiene expresiones muy concretas en el goce de los derechos sociales, del derecho a la salud y, específicamente, en lo relativo a las prestaciones de salud, incluyendo los denominados seguros de salud. En el ámbito comunitario europeo, el Consejo de la Unión Europea adoptó un acuerdo, en diciembre de 2004, sobre la ampliación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y a su suministro, en el que se lee, en relación a la cuestión de autos: “*Su ámbito incluye los seguros y actividades financieras conexas siempre que sean privadas, voluntarias y ajenas a la relación laboral. En este contexto, la igualdad de trato es un principio rector, por lo cual la inclusión del sexo como factor actuarial no debería dar pie a diferencias entre las primas y las prestaciones de los seguros*”, agregándose: “*En cualquier caso, los costes relacionados con el embarazo y la maternidad no deberán crear diferencias en las primas y prestaciones*” (Consejo de la Unión Europea, Comunicado de prensa c/04/350, Bruselas, 13 de diciembre de 2004);

**CENTESIMOSÉPTIMO.** Que, igualmente, la doctrina comparada ha puesto hincapié en la disconformidad con el derecho fundamental constitucional de igualdad entre hombres y mujeres, de la diferencia de primas o cotizaciones en los sistemas de seguros de salud. En un artículo se sostiene que “*la diferencia de primas entre hombres y mujeres en los seguros privados de salud se relaciona directamente con el sexo de los asegurados, y no con la apreciación de riesgo de hombres y mujeres, pues su monto no se calcula individualmente, sino a partir de su sexo. Así los asegurados son discriminados directamente por su sexo.*” (Michael Wrasse y Susanne Baer: Unterschiedliche Tarife für Männer und Frauen in den Privaten Krankenversicherungen Vorstoss gegen den Gleichheitssatz des Grundgesetzes (Diferentes primas para hombres y mujeres en los seguros privados de salud. Una vulneración de la igualdad constitucional de la Ley Fundamental): NJW, 23, 2004, pp. 1623-1627);

**CENTESIMOCTAVO.** Que el artículo 38 ter de la Ley Nº 18.933 incluye, en su inciso segundo, tres tipos de diferenciaciones o criterios para que las tablas de factores determinen los tipos de beneficiarios: **sexo, condición de cotizante o carga y los rangos de edad;**

**CENTESIMONOVENO.** Que de entre los tres criterios enunciados, debe distinguirse sexo y edad, por una parte, y condición de cotizante o carga, por la otra. Mientras que esta última obedece a una situación en la que cada persona se coloca contractualmente en el marco de la autonomía de la voluntad, el sexo y la edad son factores cuya existencia y evolución transcurren independientemente de la voluntad de las personas. Según el Diccionario de la Lengua Española, *sexo* significa “*condición orgánica que*

*distingue al macho de la hembra en los seres humanos, en los animales y en las plantas*”, mientras que *edad* significa *“tiempo que ha vivido una persona o ciertos animales y vegetales”*. Ambas expresiones, por lo tanto, denotan estados naturales, inimputables a las personas que los viven, especialmente para ser afectados negativamente por la ley;

## 5. El derecho a la protección de la salud.

### 1. Formulación positiva y evolución de su establecimiento.

**CENTESIMODÉCIMO.** Que el derecho de protección de la salud está consagrado en el número 9º del artículo 19 de la Constitución, que señala:

*“Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:*

*9º. El derecho a la protección de la salud.*

*El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.*

*Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.*

*Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.*

*Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”;*

**CENTESIMODECIMOPRIMERO.** Que la doctrina jurídica chilena ha establecido la naturaleza del derecho asegurado en el número 9º del artículo 19 de la Constitución. El tratadista Alejandro Silva Bascuñán afirma: *“el derecho a la salud forma parte de los “derechos sociales”, o de segunda generación, que superando la concepción liberal del Estado, se basan en los principios de igualdad y de solidaridad y cuyo titular es la persona humana, la que puede exigir su cumplimiento a la sociedad en su conjunto”* (Alejandro Silva Bascuñán: Tratado de Derecho Constitucional, ob. cit., Tomo XII, p.130);

**CENTESIMODECIMOSEGUNDO.** Que el mismo autor arriba a la citada definición después de trazar la evolución de la garantía en los textos constitucionales chilenos, desde 1925, pasando por la reforma de 1971 y deteniéndose en la génesis de su actual formulación, especialmente durante los debates en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en los que destaca un oficio enviado por el entonces Ministro de Salud, general Fernando Matthei, fechado el 23 de marzo de 1976, en cuyo texto se lee: *“las personas podrán elegir libremente el sistema estatal o la atención privada, debiendo someterse a las normas que rigen el funcionamiento de cada uno de ellos, según corresponda”*. Según el tratadista citado, en esa frase radica el origen del inciso final del número 9º del artículo 19 de la Constitución (Alejandro Silva Bascuñán: ob. cit., Tomo XII, pp. 128 y ss.);

**CENTESIMODECIMOTERCERO.** Que el derecho a la protección de la salud, como está formulado en la Constitución chilena, se encuentra profundamente enraizado en una serie de convenciones internacionales vigentes y contraídas por Chile. Desde luego el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, cuyo Comité está encargado de presentar informes periódicos sobre el estado de cumplimiento de los diferentes derechos consagrados en el Pacto. Este Comité del mencionado Pacto *“interpreta el derecho a la salud como un derecho de contenido complejo que engloba no sólo el derecho a una asistencia sanitaria oportuna y adecuada, sino que también se extiende a los determinantes básicos de la salud, tales como el acceso al agua potable y al saneamiento, la vivienda adecuada, el suministro adecuado de alimentos sanos, las condiciones saludables de trabajo y medio ambiente, etc.”*. *“El derecho a la salud debe entenderse como el derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto grado de salud”* (Juan Ma. Pemán Marín: El derecho a la salud como derecho social. Desarrollos recientes desde la perspectiva internacional y en el derecho comparado, en: Revista de Administración Pública, 179, Madrid, 2009, p. 50);

2. El rol constitucional del legislador y del administrador en la regulación de los derechos sociales.

**CENTESIMODECIMOCUARTO.** Que los principales derechos sociales que la Constitución asegura a todas las personas son configurados a partir de la posibilidad de acceder a una determinada prestación. Así sucede con el derecho a la protección de la salud, en que se debe proteger *“el libre e igualitario acceso a las acciones”* (artículo 19, Nº 9º); lo mismo sucede con el derecho a la seguridad social, en que la acción del Estado debe estar dirigida *“a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones”* (artículo 19, Nº 18º);

**CENTESIMODECIMOQUINTO.** Que la Constitución garantiza el acceso a dichas prestaciones asignándole roles al Estado y a los particulares;

**CENTESIMODECIMOSEXTO.** Que la Ley Fundamental le asigna al Estado un rol de control o supervigilancia. Así, establece que al Estado le corresponde el *“control de las acciones relacionadas con la salud”* (artículo 19, Nº 9º) y, tratándose del derecho a la seguridad social, dispone que *“el Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social”* (artículo 19, Nº 18º);

**CENTESIMODECIMOSÉPTIMO.** Que, a su vez, la Constitución le garantiza a los particulares el derecho a elegir que las prestaciones les sean entregadas por entidades estatales o por entidades privadas. Así, en el derecho a la salud esto se expresa en que *“cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse”* (artículo 19, Nº 9º). Por otra



parte, la Carta Fundamental garantiza que no exista monopolio prestacional del Estado. Estas prestaciones, entonces, pueden ser entregadas por “*instituciones públicas o privadas*” (artículo 19, N<sup>OS</sup> 9<sup>o</sup> y 18<sup>o</sup>);

**CENTESIMODECIMOCTAVO.** Que, tratándose del derecho a la salud, la Constitución va más allá, pues establece el “*deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud*”. Esta expresión es utilizada únicamente en este derecho (Silva Bascuñán, Alejandro; Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 140); la Constitución no califica de igual manera otros deberes del Estado (Bulnes Aldunate, Luz; El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980; en Gaceta Jurídica N<sup>º</sup> 294, diciembre, 2004, p. 18);

**CENTESIMODECIMONOVENO.** Que este deber del Estado está asociado a que la Constitución no garantiza el derecho a la salud, sino que el derecho “*a la protección de la salud*”;

**CENTESIMOVIGÉSIMO.** Que la fórmula constitucional parte por señalar que es “*deber del Estado*” dicha protección. Los deberes se ubican entre las situaciones pasivas, junto a la sujeción, a la obligación y a la carga. A diferencia de una obligación, que posee un contenido determinado y concreto, la conducta o actividad en que consiste el deber aparece descrita de modo abstracto y genérico. Además, la obligación tiende a servir el interés de un sujeto concreto, en tanto que el deber público es una conducta impuesta en interés general o de la colectividad. Asimismo, la obligación tiene como correlato un derecho subjetivo, lo que no existe en el deber público (Santamaría Pastor, Juan Alfonso; Principios de Derecho Administrativo General, Editorial Iustel, Madrid, 2006, p. 437);

**CENTESIMOVIGESIMOPRIMERO.** Que, en seguida, la Constitución utiliza la expresión “*preferente*”, lo que en doctrina ha sido interpretado en el sentido de que el Estado “*no es el único obligado a cumplir el deber que se le entrega, sino que él es el principal responsable*” (Silva Bascuñán, A; ob. cit., p. 140). Se trata de un deber prioritario y preeminente (Nogueira Alcalá, Humberto; Derechos fundamentales y garantías constitucionales, Tomo III, Editorial Librotecnia; Santiago, 2009, p. 127). El Estado no puede jamás dejar de cumplir esta función (Cea, José Luis; Derecho Constitucional chileno, tomo II; Ediciones Universidad Católica, Santiago, 2004, p. 310). El Estado no puede siquiera poner en riesgo la ejecución de dichas acciones respecto de la población (Nancuante Almonacid, Ulises, y Sotomayor Klapp, Roberto; El derecho de la salud; Editorial Conosur, Santiago, 2001, p. 24). El establecimiento de este deber “*significa que el sector privado asume un rol subsidiario en relación con la actividad estatal y no como se entiende en el contexto del orden público económico que ampara la Constitución, en que el Estado se repliega o limita ante el principio de la libre iniciativa o del derecho de toda persona de desarrollar cualquier actividad económica,*

permitiendo así que los particulares asuman un rol de promotores de esta última” (Vásquez Márquez, José Ignacio; El déficit garantístico del artículo 19, N° 9 de la Constitución; en XXXIV Jornadas de Derecho Público, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2004, p. 397);

**CENTESIMOVIGESIMOSEGUNDO.** Que, a continuación, la Constitución utiliza la expresión “*garantizar*”. Con ello, se apunta a dar seguridad o certeza de que se ejecuten las pertinentes acciones de salud (Silva Bascuñán, A.; ob. cit., p. 140). Para el profesor Cea Egaña, se busca “*asegurar o dar certeza, a cualquier titular del derecho, que las acciones de salud le serán proporcionadas, sin discriminación, cuando necesite acceder a una o más de ellas*” (ob. cit., p. 310). Se pretende que todo titular del derecho, sin diferencias arbitrarias, podrá efectivamente gozar de las prestaciones de salud (Nogueira Alcalá, H.; ob. cit., p. 127);

**CENTESIMOVIGESIMOTERCERO.** Que, conforme a la Constitución, dicho deber preferente debe llevarse a cabo, además, “*en las formas y condiciones que la ley determine*”. Ello, sin embargo, no implica una reserva legal absoluta o particularmente intensa, pues la Carta Fundamental establece que sólo “*las materias básicas relativas al régimen previsional y de seguridad social*” son materias de ley (artículo 63, N° 4°) y tal razonamiento debe entenderse extendido a la regulación del derecho a la protección de la salud. En tal contexto, tiene cabida la potestad reglamentaria del Presidente de la República o la que corresponde a los organismos reguladores, de acuerdo a las formas y condiciones determinadas por la ley, no por la autoridad administrativa.

Por otra parte, la Constitución encarga al Estado “*el control de las acciones relacionadas con la salud*”, siendo perfectamente legítimo, en consecuencia, que el legislador otorgue, a los efectos del ejercicio de tal deber-atribución, una potestad normativa a la Superintendencia de Salud, en su condición de organismo de la Administración del Estado (artículo 106, D.F.L. N° 1, de Salud, 2005);

## 6. El derecho a la seguridad social.

**CENTESIMOVIGESIMOCUARTO.** Que el derecho a la seguridad social se encuentra consagrado en el número 18° del artículo 19 de la Constitución:

“**Artículo 19.** La Constitución asegura a todas las personas:

**18.** El derecho a la seguridad social.

*Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado.*

*La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.*

*El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social.”;*

**CENTESIMOVIGESIMOQUINTO.** Que en sentencia de inaplicabilidad Rol 1287 esta Magistratura resolvió el asunto sometido a su conocimiento aludiendo como vulnerado al citado derecho consagrado en el número 18° del artículo 19 de la Constitución, definiéndolo en su considerando decimoséptimo como un *“precepto que obliga al Estado a asegurar el acceso de todos sus habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes y a supervigilar el adecuado ejercicio de ese derecho”*, concluyendo en su considerando sexagesimonoveno que el requerimiento de autos es acogido por resultar la aplicación del precepto impugnado *“contraria a los derechos asegurados a la requirente en los numerales 9° y 18° de la Carta Fundamental”*;

**CENTESIMOVIGESIMOSEXTO.** Que, consecuentemente, el proceso de oficio de autos puede incluir dentro del examen de constitucionalidad que exige su sustanciación, la eventual trasgresión del número 18° del artículo 19 de la Constitución, tratándose de uno de *“los preceptos constitucionales que fueron considerados trasgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento”*, como lo prescribe el artículo 47 V de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, orgánica del Tribunal Constitucional”;

**CENTESIMOVIGESIMOSÉPTIMO.** Que la introducción de la protección del derecho a la seguridad social en el texto constitucional es el producto de una evolución histórica del último siglo.

En efecto, *“la reforma constitucional introducida a la Constitución de 1925 por la Ley N<sup>º</sup> 17.398, es decir, el llamado Estatuto de Garantías Constitucionales, publicada en el Diario Oficial el 9 de enero de 1971, reconoció, por primera vez en un texto fundamental chileno, el “derecho a la seguridad social”, agregando al artículo 10 de dicha Carta Política un nuevo numeral 16°, del tenor siguiente:*

*“Art. 10. La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:*

*N<sup>º</sup> 16. El derecho a la seguridad social.*

*El Estado adoptará todas las medidas que tiendan a la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales necesarios para el libre desenvolvimiento de la personalidad y de la dignidad humanas, para la protección integral de la colectividad y para propender a una equitativa redistribución de la renta nacional.*

*La ley deberá cubrir, especialmente, los riesgos de pérdida, suspensión o disminución involuntaria de la capacidad de trabajo individual, muerte del jefe de familia o de cesantía involuntaria, así como el derecho a la atención médica, preventiva, curativa y de rehabilitación en caso de accidente, enfermedad o maternidad y el derecho a prestaciones familiares a los jefes de hogares.*

*El Estado mantendrá un seguro social de accidentes para asegurar el riesgo profesional de los trabajadores.*

*Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salud, y”*;” (STC Rol N<sup>º</sup> 1.218, c. vigesimoséptimo);

**CENTESIMOVIGESIMOCTAVO.** Que en el Acta Constitucional N<sup>º</sup> 3, contenida en el Decreto Ley N<sup>º</sup> 1552, publicado en el Diario Oficial

el 13 de septiembre de 1976, mantuvo la protección constitucional del derecho a la protección social e introdujo los principios solidarios en que se basaría. En efecto, se estableció que:

*“Artículo 1º. Los hombres nacen libres e iguales en dignidad. Esta Acta Constitucional asegura a todas las personas:*

*(...)*

*21. El derecho a la seguridad social.*

*Corresponde al Estado formular la política nacional de seguridad social, controlar el funcionamiento del sistema y asegurar el derecho preferente de los afiliados a efectuar su operación.*

*La ley establecerá un sistema de seguridad social que satisfaga de modo uniforme, solidario y suficiente los estados de necesidad individuales y familiares producidos por cualquier contingencia y, especialmente, por los de maternidad, vejez, muerte, accidente, enfermedad, invalidez, cargas familiares y desempleo, mediante las correspondientes prestaciones preventivas, reparadoras y recuperadoras”; (STC Rol Nº 1.218, c. vigesimonoveno);*

**CENTESIMOVIGESIMONOVENO.** Que cabe tener presente en este punto las Actas Oficiales de la Comisión de Estudio del Anteproyecto de la Constitución vigente, de las cuales se extrae el pasaje siguiente, que demuestra cuál fue el propósito que se tuvo para introducir la modificación aludida, especialmente en relación con el principio de solidaridad: *“El señor Ortúzar (Presidente) pregunta al señor Camiruaga (Asesor de la Superintendencia de Seguridad Social) si podría definirle los principios de universalidad, uniformidad, integralidad, solidaridad y suficiencia, a que se ha hecho referencia. (...) El señor Camiruaga agrega que la solidaridad se manifiesta en un principio fundamental; es de la esencia de la seguridad social. Donde no existe el principio de solidaridad, acota, no se puede hablar de seguridad social, sino de algún sistema de ahorro obligatorio o de otro similar. (...) Es un principio totalmente opuesto al sistema del Derecho Civil que parte de la base de la conmutatividad: en una compraventa los valores deben ser equivalentes. Aquí no.” (Acta de la sesión 204ª, pp. 4 y 6);”.* (STC Rol Nº 1.218, c. trigésimo).

Con todo, la Comisión optó por no enumerar los principios de la seguridad social, y así quedó recogido en el texto constitucional;

**CENTESIMOTRIGÉSIMO.** Que, sin embargo, como lo ha sostenido esta Magistratura: *“la supresión, en el texto del artículo 19, Nº 18º, de la Constitución, de los principios rectores de la Seguridad Social, incluidos en el inciso tercero del numeral 21 del artículo 1 del Acta Constitucional Nº 3, carece de relevancia, pues tales principios configuran la esencia de aquel derecho, de modo que se entienden siempre absorbidos por él, pues de lo contrario perdería su identidad específica.”* (STC Rol Nº 1.218, c. trigésimo);

**CENTESIMOTRIGESIMOPRIMERO.** Que el contenido esencial de la seguridad social se revela en una interpretación sistemática del texto constitucional en el que se recogieron los principios de solida-

ridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad, sobre todo si se ven conjuntamente el derecho a la salud (artículo 19, N<sup>º</sup> 9<sup>º</sup>) y el derecho a la seguridad social (artículo 19, N<sup>º</sup> 18<sup>º</sup>). Así, en primer lugar, el principio de solidaridad se expresa en el deber que tiene el Estado, es decir, la comunidad políticamente organizada, de garantizar económicamente el goce de estos derechos. Las expresiones de la Constitución son claras en este sentido, toda vez que se obliga al Estado a “*garantizar*” el goce de los derechos; asimismo, se faculta al legislador para establecer cotizaciones obligatorias (numerales 9<sup>º</sup> y 18<sup>º</sup> del artículo 19 de la Constitución);

**CENTESIMOTRIGESIMOSEGUNDO.** Que, por otra parte, la Constitución incorpora el principio de universalidad subjetiva, pues estos derechos se encuentran asegurados a todas las personas, sin distinciones de ninguna especie. La expresión “*todas las personas*” no sólo forma parte del encabezado del artículo 19 constitucional, sino que se refleja en el uso de los términos “*cada persona*”, que utiliza su numeral 9<sup>º</sup>, “*prestaciones básicas uniformes*” y “*todos los habitantes*”, contenidos en su numeral 18<sup>º</sup>;

**CENTESIMOTRIGESIMOTERCERO.** Que también la Constitución acoge el principio de universalidad objetiva, pues asegura estos derechos a las personas frente a un rango amplio de riesgos individuales. En el derecho a la protección de la salud se otorgan “*acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo*” y la “*ejecución de las acciones de salud*” (artículo 19, N<sup>º</sup> 9<sup>º</sup>). En el derecho a la seguridad social, se asegura “*el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes*” (artículo 19, N<sup>º</sup> 18<sup>º</sup>);

**CENTESIMOTRIGESIMOCUARTO.** Que nuestra Constitución, a su vez, establece claramente que las prestaciones que envuelven los derechos en cuestión han de ser igualitarias y suficientes, sea que se otorguen por el Estado o por agentes privados. Las expresiones que en tal sentido emplea el texto constitucional son: “*libre e igualitario acceso*” (artículo 19, N<sup>º</sup> 9<sup>º</sup>) y “*prestaciones básicas uniformes*” (artículo 19, N<sup>º</sup> 18<sup>º</sup>). Por su parte, por mandato de la misma Carta Fundamental, el Estado debe “*garantizar*” los derechos (artículo 19, N<sup>º</sup> 9<sup>º</sup>, inciso cuarto, y N<sup>º</sup> 18<sup>º</sup>, inciso tercero) y/o “*supervigilar*” (artículo 19, N<sup>º</sup> 18<sup>º</sup>, inciso cuarto), o incluso “*coordinar y controlar*” (artículo 19, N<sup>º</sup> 9<sup>º</sup>);

**CENTESIMOTRIGESIMOQUINTO.** Que, finalmente, la Constitución ha previsto normativamente la unidad del sistema de protección en materia de seguridad social. Dicha unidad está dada por el deber del Estado de “*garantizar*” el goce del derecho a la protección de la salud y a la seguridad social, sea que lo preste por sí mismo o por sujetos privados (artículo 19, N<sup>º</sup> 9<sup>º</sup>, inciso cuarto, y N<sup>º</sup> 18<sup>º</sup>, inciso tercero). Su papel es el de dirección y regulación de los privados. En materia de salud, le corresponde “*coordinar y controlar*” las prestaciones (artículo 19, N<sup>º</sup> 9<sup>º</sup>, inciso

tercero) y en seguridad social, específicamente le compete “*supervigilar*” el sistema (artículo 19, N° 18°, inciso cuarto);

**CENTESIMOTRIGESIMOSEXTO.** Que la vinculación estrecha entre el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social se ve manifestada en los propósitos de los sistemas de seguridad social, que son los de asegurar a sus beneficiarios “*condiciones de vida ante la ocurrencia de riesgos como la desocupación, la vejez, la incapacidad, entre otros, que les impiden a quienes los experimentan obtener, mediante el trabajo, los medios indispensables para su subsistencia o la de su grupo familiar.*” (Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira: Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, 1997, Tomo I, p. 210).

Como se observa, el factor edad es constituyente de ambas garantías, resultando incompatible con sus respectivos propósitos el que la desprotección frente a los estados de necesidad aumente en la misma medida en que aumentan los años de vida;

**CENTESIMOTRIGESIMOSÉPTIMO.** Que, a mayor abundamiento, la relación entre el derecho a la seguridad social y el derecho a la protección de la salud se ha visto expresada en las consagraciones jurídicas internacionales, como en el Convenio N° 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que incluye como “*riesgos y contingencias sociales en el ámbito de su protección: enfermedad, maternidad, vejez, invalidez, muerte, cesantía o desempleo, cargas familiares y riesgos profesionales*” (citado en: Gobierno de Chile, MINSEGPRES: Doctrina Constitucional del Presidente Ricardo Lagos Escobar (2000-2006), LOM, Santiago de Chile, 2010, Tomo I, p. 223);

**CENTESIMOTRIGESIMOCTAVO.** Que, como se señaló por este Tribunal en la sentencia Rol 1287, la definición de la seguridad social ha encontrado sustancioso tratamiento en la doctrina chilena, la que ha profundizado en el detalle de sus componentes esenciales y en el alcance de los mismos. Así entendida como “*el conjunto de principios que reconocen a todo ser humano el derecho a los bienes indispensables para prevenir sus contingencias sociales y cubrir sus efectos y que regulan las instituciones requeridas para ello*” (Alfredo Bowen Herrera: Introducción a la Seguridad Social, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1992, p. 97), la seguridad social moderna se sustenta en determinados principios que le otorgan su esencia y que la reciente doctrina nacional ha enumerado como los siguientes: i) respecto de los sujetos amparados: universalidad subjetiva, ii) respecto de las contingencias cubiertas: universalidad objetiva, iii) respecto de las prestaciones: igualdad, integridad o suficiencia, iv) respecto del financiamiento: solidaridad, y v) respecto de la administración: unidad o descentralización, subsidiariedad (Héctor Humeres Nogueira: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, Tomo III, pp. 31 y ss.);

**CENTESIMOTRIGESIMONOVENO.** Que en la misma sentencia citada, esta Magistratura estableció la relación existente entre el derecho a la seguridad social y el derecho a la protección de la salud en el derecho chileno sobre la base de constatar que *“en el artículo 92 del DL. N<sup>º</sup> 3.500, de 1980, contempló la cotización del 7% de las remuneraciones imponibles de los trabajadores para contribuir al financiamiento de las prestaciones exigidas para la satisfacción de uno y otro de esos atributos esenciales de la persona”*;

#### IV LA DILUCIDACIÓN DEL EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD

**CENTESIMOCUADRAGÉSIMO.** Que esta Magistratura declaró en el considerando quinto del auto cabeza de este proceso: *“Que el artículo 38 ter transcrito precedentemente ha sido declarado inaplicable por este Tribunal Constitucional en cuatro sentencias recaídas en las causas de roles N<sup>os</sup> 976, 1.218, 1.287 y 1.273. En ellas, esta Magistratura ha declarado que la aplicación del citado precepto, en las respectivas gestiones pendientes, resulta contraria a la Constitución, al vulnerarse los derechos asegurados en los números 2<sup>º</sup>, 9<sup>º</sup> y 18<sup>º</sup> de su artículo 19”*;

**CENTESIMOCUADRAGESIMOPRIMERO.** Que al dilucidar la cuestión de constitucionalidad que ocupa a esta Magistratura, resulta conveniente reiterar el significado de la declaración de inconstitucionalidad, ya descrito en el apartado I, A de esta sentencia. Los reputados catedráticos Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández han descrito la institución con una breve formulación: *“En general, es evidente, el problema de inconstitucionalidad habrá que resolverlo por un simple contraste lógico de compatibilidad entre dos normas abstractas, la constitucional y la que es objeto de juicio”* (Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo I, Thomson Civitas, Navarra, decimocuarta edición, 2008, p. 171);

**CENTESIMOCUADRAGESIMOSEGUNDO.** Que tratándose de un examen abstracto, esto es, sin referencia a casos concretos, como aquel que se debe desarrollar en el juicio de inaplicabilidad, y que, además, recae sobre derechos fundamentales, como los garantizados en los números 2<sup>º</sup>, 9<sup>º</sup> y 18<sup>º</sup> del artículo 19 de la Constitución, el que se ha propuesto realizar esta Magistratura respecto del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 debe ponderarse según el criterio de razonabilidad, teniendo presente sus dimensiones de adecuación o idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad, a las que también aludió el señor Presidente de la República en el informe evacuado en estos autos;

**CENTESIMOCUADRAGESIMOTERCERO.** Que, consecuentemente con el método descrito, en el caso de autos esta Magistratura ha exa-

minado si el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, objeto de este proceso constitucional: a) cumple con ser adecuado a los fines constitucionales de tutelar la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, de proteger la salud de las personas incorporadas al sistema privado de salud en el cual actúan las Instituciones de Salud Previsional, especialmente en lo que concierne al rol preferente del Estado en garantizar la ejecución de las acciones de salud y en proteger el libre e igualitario acceso a ellas de todas esas personas, y de asegurar que las personas accedan al goce de las prestaciones básicas uniformes de seguridad social, garantizadas por la acción del Estado; b) cumple con ser indispensable para alcanzar los fines señalados; y c) si guarda proporcionalidad con tales objetivos;

**CENTESIMOCUADRAGESIMOCUARTO.** Que, como corolario del análisis efectuado, este Tribunal ha logrado convicción en cuanto a que los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 no cumplen los supuestos descritos en el considerando precedente y, por consiguiente, son incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, y lesionan, asimismo, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, en el sentido que todos ellos se encuentran reconocidos y asegurados en nuestra Carta Fundamental;

**CENTESIMOCUADRAGESIMOQUINTO.** Que, en primer lugar, es dable observar que si bien las diferencias fundadas en los criterios de la edad y del sexo de las personas, no son, en sí mismas, jurídicamente reprochables, ni tampoco *prima facie* arbitrarias, **siempre que respondan a una fundamentación razonable**, sí lo son aquellas que se derivan de dichos preceptos. En efecto, los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 son contrarios a la igualdad ante la ley asegurada en el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental, toda vez que admiten el establecimiento de diferencias arbitrarias al no instituir límites idóneos, necesarios, proporcionados y, por ende, razonables, respecto del ejercicio de la potestad discrecional que el mismo precepto legal le entrega a la Superintendencia del ramo para determinar, a través de “*instrucciones de general aplicación*”, los topes de edad, dentro de la estructura de las tablas de factores que, a su vez, deben utilizar las Isapres al elaborar los planes de salud que ofrezcan a sus afiliados y para determinar la manera cómo influirá en la variación del precio de tales contratos el aumento o la reducción del factor que corresponda a un beneficiario del respectivo plan en razón de su edad;

**CENTESIMOCUADRAGESIMOSEXTO.** Que, a mayor abundamiento, como ya constató esta Magistratura –considerandos sexagesimoprimero y sexagesimosegundo de esta sentencia– y lo reconoció el señor Presidente de la República en el informe evacuado en este proceso–principalmente en la afirmación que formula la autoridad a fojas 91, con letra



destacada, en el punto 3.7. del Capítulo IV del documento–, resulta desproporcionada y carente de razonabilidad la norma contenida en el artículo segundo transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, y con apoyo en el mismo juicio jurídico debe estimarse inconstitucional la parte del articulado permanente de la ley en examen que entrega amplia libertad de actuación a un organismo de la Administración en los términos señalados, ya que esa clase de disposiciones se aparta de la razonabilidad que debe presidir la regulación de los derechos fundamentales, como lo recuerdan la doctrina y la jurisprudencia citadas en el cuerpo de este fallo;

**CENTESIMOCUADRAGESIMOSÉPTIMO.** Que la expresión *arbitraria* que usa nuestra Constitución en varias de sus disposiciones, entre éstas, en el numeral 2<sup>º</sup> de su artículo 19, encontró una precisión jurisprudencial en sentencia de la Corte Suprema de 15 de junio de 1988, que refuerza este parecer al admitir que *“la ley pueda hacer diferencias entre grupos siempre y cuando no sea una discriminación arbitraria, esto es, contraria a la ética elemental o que no tenga una justificación racional”* (citada en Alejandro Silva Bascuñán, ob. cit., p. 124);

**CENTESIMOCUADRAGESIMOCTAVO.** Que, además, como lo ha señalado esta Magistratura en sentencias recientes –STC roles N<sup>os</sup> 1.273 y 1.348–, la diferenciación por sexo y edad que permite el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, establece un trato desigual para **igualdades esenciales**, como son: *i*) la igualdad en dignidad y derechos con que las personas nacen (inciso primero del artículo 1<sup>º</sup> de la Constitución), *ii*) la igualdad de oportunidades como derecho de las personas en la participación en la vida nacional (inciso quinto del artículo 1<sup>º</sup> de la Ley Fundamental), *iii*) la igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer (oración final del inciso primero del número 2<sup>º</sup> del artículo 19 de la Constitución), y *iv*) la igualdad de acceso a las acciones de salud (inciso segundo del número 9<sup>º</sup> del artículo 19 de la Constitución);

**CENTESIMOCUADRAGESIMONOVENO.** Que, en segundo lugar, en relación al derecho a la protección de la salud, debe señalarse que una misma materia no puede ser regulada indistintamente por la ley y por normas administrativas y que, en consecuencia, no le corresponde al legislador legalizar o deslegalizar materias, pues eso lo define el constituyente;

**CENTESIMOQUINCUGÉSIMO.** Que, como ya se ha señalado, mientras el artículo segundo transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 20.015 estableció, por el plazo de 10 años contados desde la entrada en vigencia de dicha legislación, la relación máxima entre el factor de edad más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo, señalando que ésta iba a ser de hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y de hasta 14 veces, en el caso de los hombres, el número 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 le entregó tal definición a la Superintendencia del ramo;

**CENTESIMOQUINCAGESIMOPRIMERO.** Que si el legislador, en el año 2005, fijó en el citado precepto transitorio la determinación de tales márgenes en el entendido de que éstos se hallan dentro de las “materias básicas” de la seguridad social, él mismo vulneró la Constitución al entregarle su definición a un organismo regulador; esto es, a la Superintendencia del ramo, en la determinación permanente –específicamente en el numeral 4 del inciso tercero del artículo 38 ter bajo control–;

**CENTESIMOQUINCAGESIMOSEGUNDO.** Que los primeros cuatro numerales del inciso tercero del artículo 38 ter tampoco cumplen lo dispuesto en el inciso cuarto del numeral 9° del artículo 19 de la Carta Fundamental, en orden a fijar “*las condiciones*” del deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud y, por consiguiente, son inconstitucionales;

**CENTESIMOQUINCAGESIMOTERCERO.** Que, en efecto, dichos preceptos permiten la operación de un complejo mecanismo de reajustabilidad del precio de los planes de salud que se ofrecen en el sector privado. Así, el precio final del plan de salud que debe pagar el afiliado a una Isapre se determina multiplicando el precio base por el respectivo factor de edad que corresponda al afiliado o a alguno de los beneficiarios, de conformidad a la respectiva tabla de factores (artículo 170, letra m), del D.F.L. N° 1, de Salud, 2005). Por otra parte, el plan de salud es elaborado por la Isapre, la estructura de la tabla de factores es definida por la Superintendencia a través de instrucciones y los factores de cada tabla son libremente determinados por la Isapre. A través de este mecanismo, en consecuencia, no se han fijado directamente por la ley “*las condiciones*” que le manda establecer la Constitución para garantizar el acceso a la prestación, sino que lo que ha hecho el legislador es dispersar la determinación de tales condiciones en distintos actores. Resulta claro, además, que en tal esquema el papel del afiliado, que es el actor principal del derecho a la protección de la salud, prácticamente desaparece, pues queda constreñido a aceptar o a rechazar lo que la entidad previsional le ofrezca;

**CENTESIMOQUINCAGESIMOCUARTO.** Que, en este mismo orden de consideraciones, resulta imprescindible indicar que el contrato que celebra un afiliado con una determinada Isapre no equivale a un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad, pues opera en relación con un derecho garantizado constitucionalmente a las personas en el marco de la seguridad social y en que la entidad privada que otorga el seguro, tiene asegurada, por ley, una cotización, o sea, un ingreso garantizado. Así, las normas que regulan esta relación jurídica son de orden público;

**CENTESIMOQUINCAGESIMOQUINTO.** Que, por otra parte, el mecanismo de reajustabilidad que opera en este ámbito material es

exponencial, pues implica que el precio base del plan se multiplica por el factor determinado en su tabla y, de esta forma, se permite un reajuste indefinido. En efecto, de la regulación contenida en las disposiciones bajo examen se puede concluir que la ley no ha establecido condiciones o parámetros razonables, ya que permite que el precio por el seguro de salud contratado con la Isapre aumente en una dimensión que puede ser equivalente a la confiscación de las rentas de un afiliado.

El seguro de salud que opera en este ámbito tiene por objeto garantizar el acceso a las prestaciones de salud. Por lo mismo, precios desproporcionados en relación a las rentas, determinados en base a factores como el sexo y la edad, ambos inherentes a la condición humana, afectan el libre e igualitario acceso a las acciones de salud que el Estado está obligado a garantizar. Para ajustarse a la garantía constitucional reseñada, el legislador debió establecer parámetros prudentes, dentro de latitudes razonables, al determinar las condiciones a las que debe ajustarse la fijación del precio de un seguro de salud que se contrate con una Isapre.

Por otra parte, dicho mecanismo potencia una discriminación en contra de las mujeres, los adultos mayores y los niños menores de dos años, que no tiene justificación racional y, por lo tanto, no se aviene a la Constitución;

**CENTESIMOQUINCUGESIMOSEXTO.** Que en el inciso cuarto del numeral 9° de su artículo 19, la Constitución faculta a la ley para establecer “cotizaciones obligatorias”, las que son administradas por “instituciones públicas o privadas”. Se les asegura, por tanto, a las Isapres, un ingreso constante. Frente a esa regla el legislador se encuentra obligado a ponderar la obligación del trabajador (afiliado-cotizante) de pagar tales cotizaciones obligatorias y, al mismo tiempo, propender al cumplimiento del deber de asegurar la “protección de la salud”, previsto en el inciso primero de la misma disposición constitucional. No obstante, el mecanismo de reajustabilidad definido por el legislador en esta materia genera un desequilibrio entre el cobro de las cotizaciones y la protección del derecho a la salud, que deja a este último sin la tutela que la Constitución exige;

**CENTESIMOQUINCUGESIMOSÉPTIMO.** Que, en síntesis, los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 resultan contrarios a la Constitución, en cuanto impiden garantizar el libre e igualitario acceso de las personas a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y el derecho que les asiste a elegir el sistema de salud al que deseen acogerse, sea éste estatal o privado, ambas garantías previstas en el número 9° del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Además, el aumento desmedido del precio de los planes de salud al que conduce la amplitud no razonable que la disposición en examen permite, especialmente en los tramos de edad superiores, produce la calidad de “cotizante cautivo” que obliga a

emigrar a un sistema al que la persona no desea pertenecer, lo que riñe directamente con el texto constitucional;

**CENTESIMOQUINCUGESIMOCTAVO.** Que en relación al número 4 citado, debe agregarse que respecto de la sola formulación del precepto impugnado, sin vinculación con el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015, esto es, en su validez como norma permanente habiendo transcurrido el primer período de diez años que este último contempla, cabe la interrogante sobre su conformidad con la exigencia constitucional dispuesta en el inciso cuarto del numeral 9° del artículo 19 citado. Esto es, como esta Magistratura ya lo ha expuesto, apreciar si el grado de discrecionalidad que el precepto bajo control le entrega a la Superintendencia de Salud para actuar en la materia referida, corresponde a la envergadura de los bienes jurídicos que su ejercicio abarca o cubre. En efecto, la forma y condiciones como se prestan las acciones de salud, que es la materia cobijada en la reserva legal que nos ocupa, se refiere a un deber del Estado que está destinado a posibilitar que se cumpla la garantía del derecho a la protección de la salud de las personas. Por lo tanto, sin pretender que el legislador determine en este caso un tipo de actividad administrativa plenamente reglada, como se denomina en doctrina, las referidas *forma y condiciones* de la ejecución de las acciones de salud sí deben determinarse por la ley con un grado de precisión tal que impida que el ejercicio de la discrecionalidad administrativa se extienda a la vulneración de los derechos constitucionales;

**CENTESIMOQUINCUGESIMONOVENO.** Que, en tercer lugar, en relación al derecho a la seguridad social garantizado en el artículo 19, N° 18°, de la Constitución, en íntima relación con el derecho a la protección de la salud ya analizado, es necesario resaltar que también resulta infringido por los preceptos legales en análisis. Lo anterior ocurre, toda vez que, no estableciéndose en la fijación de la relación máxima entre el más alto y el más bajo de los factores de cada tabla que surge del número 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, ninguna precisión ni regla especial para las personas que se encuentran en situación de obtener las prestaciones de seguridad social, se vulnera su propósito esencial: “*La Seguridad Social tiene su razón de ser en que los administrados están sujetos a contingencias sociales. La necesidad de proteger de estas contingencias al ser humano y a los que de él dependen emana de su derecho a la existencia; de la obligación de conservar su vida y hacerlo en un nivel digno y acorde con su condición de tal*” (Héctor Humeres Noguera: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo III, ob. cit., p.23);

**CENTESIMOSEXAGÉSIMO.** Que, en efecto, el aumento de los precios al amparo de la norma cuestionada puede traer consigo, y así ocurre en la realidad de muchas personas, una completa imposibilidad de costearlos, ocasionando la indignidad que ello significa para el trascorrir de

sus vidas y la evidencia de la falta de concreción de la obligación que el texto de la Constitución le asigna al Estado para dirigir su acción a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes;

**CENTESIMOSEXAGESIMOPRIMERO.** Que de la vigencia de los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter citado, se desprende una situación contraria a los principios de solidaridad y de equidad que informan no sólo la seguridad social, sino todo el conjunto de derechos fundamentales sociales garantizados en nuestra Constitución, lo que exige de esta Magistratura declararlos como contrarios a ella;

**CENTESIMOSEXAGESIMOSEGUNDO.** Que, consecuentemente con lo razonado hasta este punto y advirtiéndose el reconocimiento expreso que ha manifestado en autos el Ejecutivo-órgano colegislador, esta Magistratura constata que la formulación de los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, cuyo correlato de este último se encuentra en el artículo segundo transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, como podría encontrarse en cualquiera otra norma que se expidiera al amparo del amplio mandato que entrega, es contraria a la Constitución Política de la República, afectando, en lo que a la causa de autos concierne, a los números 2<sup>º</sup>, 9<sup>º</sup> y 18<sup>º</sup> de su artículo 19, y así se declarará;

## V

### SOBRE LOS EFECTOS DE ESTA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

**CENTESIMOSEXAGESIMOTERCERO.** Que este Tribunal ha sentenciado estrictamente bajo los presupuestos exigidos por el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 7<sup>º</sup>, de la Constitución, no emitiendo, en consecuencia, pronunciamiento alguno respecto de las demás normas contenidas en el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, actual artículo 199 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, de 2005, del Ministerio de Salud. **Esta Magistratura estima necesario, además, hacer presente que la determinación de la estructura de las tablas de factores y la fijación de los factores de cada una de ellas deberán ajustarse a lo que establezcan, en uso de sus facultades, los órganos colegisladores para dar cabal cumplimiento a lo resuelto en este fallo;**

**CENTESIMOSEXAGESIMOCUARTO.** Que, asimismo, lo resuelto en esta sentencia no prejuzga, en sentido alguno, lo que pueda resolverse sobre la constitucionalidad de tales normas en procedimientos futuros o respecto de las acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad cuya resolución se encuentra pendiente ante esta Magistratura. Lo anterior se apega al numeral segundo de artículo 47 F de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, según el cual únicamente procede declarar la inadmisibilidad de acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en razón de un pronunciamien-

to previo del Tribunal Constitucional, concurriendo tres requisitos copulativos: a) que la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado expresamente conforme a la Constitución, b) que el pronunciamiento previo en cuestión haya sido emitido en un control preventivo o conociendo de un requerimiento, y c) que se invoque el mismo vicio que fue materia de la respectiva sentencia previa;

**CENTESIMOSEXAGESIMOQUINTO.** Que ninguno de los señalados presupuestos podría configurarse respecto de las demás normas contenidas en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 o del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, respecto de las cuales el Tribunal no ha declarado la inconstitucionalidad, pues no se emite pronunciamiento sobre ellas y la presente sentencia no se dicta en el contexto de un control preventivo ni con ocasión de un requerimiento, ya que este Tribunal actuó de oficio en la presente cuestión. Además, cabe hacer presente que la referida norma del numeral segundo del artículo 47 F de la Ley N° 17.997, debe ser interpretada en el sentido de no impedir el acceso al Tribunal Constitucional de quienes pudieran, en el futuro, solicitar su intervención;

**CENTESIMOSEXAGESIMOSEXTO.** Que el artículo 94 de la Constitución establece al respecto que: *“No obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”*;

**CENTESIMOSEXAGESIMOSÉPTIMO.** Que la doctrina y esta misma sentencia han señalado que esta norma consagra expresamente que las sentencias del Tribunal Constitucional producen efectos *ex nunc* (Nogueira, Humberto, “El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional de 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias”, en: Francisco Zúñiga (coordinador), Reforma constitucional, Editorial LexisNexis, 2005, p. 615), esto es, produce efectos desde la publicación del fallo *“hacia el futuro, no afectando situaciones anteriores producidas al amparo de dicha norma”* (ob. cit., p. 608). De esta manera, *“ni el Tribunal Constitucional ni el legislador orgánico constitucional podrán dar efecto retroactivo a las sentencias que expulsen de nuestro ordenamiento jurídico disposiciones de rango constitucional”* (ob. cit., p. 615).

Este Tribunal Constitucional, por su parte, ha señalado que el hecho de que su sentencia carezca de efectos retroactivos significa que no afecta situaciones acaecidas ni actos realizados con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial” (STC Rol N° 597, c. quinto);

**CENTESIMOSEXAGESIMOCTAVO.** Que como consecuencia de lo anterior se puede concluir que la irretroactividad se traduce en que la sentencia no puede afectar *“situaciones anteriores producidas al amparo de*

*dicha norma*” (Nogueira, Humberto, “El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional de 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias”, ob. cit., p. 467), ni “*situaciones acaecidas ni actos realizados con anterioridad*” (STC Rol N<sup>º</sup> 597). Así, la sentencia que dicte el Tribunal Constitucional no puede afectar situaciones consolidadas, esto es, nacidas y concluidas bajo el imperio de la o las normas declaradas inconstitucionales;

**CENTESIMOSEXAGESIMONOVENO.** Que la regla constitucional señalada resulta de una adecuada consideración entre la seguridad jurídica y la supremacía constitucional. Si bien la supremacía constitucional exigiría la expulsión de todas las normas que pugnen con la Constitución, la seguridad jurídica exige limitar dichos efectos para no afectar a quienes actuaron bajo la expectativa de que el marco legal vigente era regular;

**CENTESIMOSEPTUAGÉSIMO.** Que, sin embargo, hay que considerar la naturaleza del contrato de salud que junto con ser un contrato con elementos de orden público, lo es de tracto sucesivo, no de ejecución instantánea. A diferencia de, por ejemplo, un contrato de compraventa, el contrato de salud origina una relación de permanencia entre la Isapre y el cotizante. De hecho, ésta es la razón por la cual se permiten revisiones en las condiciones del contrato. Las circunstancias fácticas que se tuvieron en consideración al momento de celebrar el contrato pueden cambiar y por ello se admiten ciertas modificaciones (en un marco de razonabilidad y proporcionalidad). Lo mismo autoriza a que, si cambia el marco jurídico aplicable nada menos que por una declaración de inconstitucionalidad, entonces cambien también –hacia futuro– las cláusulas del contrato;

**CENTESIMOSEPTUAGESIMOPRIMERO.** Que, además, debe tenerse presente que la derogación o expulsión de una norma por una declaración de inconstitucionalidad tiene un alcance distinto a una derogación de una norma por el legislador. El Tribunal Constitucional es un órgano que falla de acuerdo a derecho (artículo 92 de la Carta Fundamental); no es un ente de deliberación política que se pronuncie sobre cuestiones de mérito, como los órganos colegisladores. Por ello, su declaración de inconstitucionalidad se basa en que la norma posee un vicio. En cambio, la derogación realizada por el legislador se basa en una nueva evaluación política de la situación. Es una decisión de mérito político. De hecho, es posible hacer un paralelo entre la derogación por inconstitucionalidad efectuada por el Tribunal Constitucional y la derogación efectuada por el legislador, con la invalidación y la revocación de un acto administrativo que efectúa la Administración. Unas situaciones se basan en un vicio y las otras, en cambio, en una valoración de mérito;

**CENTESIMOSEPTUAGESIMOSEGUNDO.** Que, por las argumentaciones desarrolladas en esta sentencia, queda demostrado que se declarará la inconstitucionalidad de los preceptos en cuestión basándose en

los mismos vicios detectados en los casos ya resueltos en sede de inaplicabilidad;

**CENTESIMOSEPTUAGESIMOTERCERO.** Que, dilucidándose la cuestión de autos, es necesario distinguir, como ya se hizo en esta sentencia en las letras C y E del apartado I, la facultad que el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Constitución otorga a este Tribunal de aquella establecida en el N° 7° del mismo artículo y que se ejerce en este proceso. Se trata de situaciones de distinto alcance, supuestos y efectos. Mientras en el primer caso se está frente a una contradicción concreta, en atención al caso específico, entre una determinada aplicación de un precepto legal y la Constitución, en la segunda se afronta una situación de contradicción abstracta, absoluta y palmaria entre un precepto legal –sin considerar sus aplicaciones concretas– y la Constitución;

**CENTESIMOSEPTUAGESIMOCUARTO.** Que la diferencia descrita exige una distinta fundamentación de una y otra decisión. En efecto, en primer lugar, la Constitución exige congruencia entre las decisiones pasadas y la declaración de inconstitucionalidad, pero no una igualdad de argumentaciones. Cada uno de los exámenes de constitucionalidad de la ley va creando un verdadero sistema donde los controles pasados “despejan” a los futuros. Así, el control preventivo de la ley (artículos 37 y 45 bis de la Ley N° 17.997) se vincula con la acción de inaplicabilidad (artículos 47 B y 47 F, N° 2, de la Ley N° 17.997) y ésta a la declaración de inconstitucionalidad (artículos 47 R y 47 V de la Ley N° 17.997);

**CENTESIMOSEPTUAGESIMOQUINTO.** Que, a través de tal mecanismo, la Constitución y la ley orgánica constitucional aludida exigen a este Tribunal ser coherente en la identificación de los vicios en cada una de las etapas sucesivas del control de constitucionalidad de la ley, por cuanto éstos pueden presentarse en distintos casos y demostrarse de manera diferente. En todo caso, en sede de inconstitucionalidad el Tribunal no puede ampliar su campo de acción a infracciones constitucionales sobre las que no se ha pronunciado antes. En otras palabras, lo que le está impedido hacer a esta Magistratura es ampliar los vicios que justifican su fallo, pero no así el abundar en las razones que le sirven de apoyo;

**CENTESIMOSEPTUAGESIMOSEXTO.** Que, por tanto, aunque se trate del mismo vicio, es posible fundamentar su existencia de un modo distinto a lo declarado en las inaplicabilidades previas. Si el Tribunal estuviera vinculado por las consideraciones que tuvo en el pasado, la facultad del artículo 93, inciso primero, N° 7°, constitucional perdería sentido. Ella sería prácticamente automática e indistinguible de las inaplicabilidades;

**CENTESIMOSEPTUAGESIMOSÉPTIMO.** Que, a su vez, el vicio cuya existencia se exige consiste en una contradicción entre el precepto legal que fue declarado inaplicable y la Constitución. Por lo tanto, hay que buscar una identidad entre los preceptos constitucionales que fueron



considerados como infringidos en sede de inaplicabilidad y la declaración de inconstitucionalidad; no en la argumentación empleada en aquélla. Ello se demuestra en la forma en que está redactado el artículo 47 V de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal, que señala: *“la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas deberá fundarse únicamente en la infracción de el o los preceptos constitucionales que fueron considerados trasgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento”*;

**CENTESIMOSEPTUAGESIMOCTAVO.** Que en el presente caso existe una identidad entre las normas constitucionales que se consideran infringidas con aquellas identificadas en las sentencias de inaplicabilidad previas. Se han declarado vulnerados los numerales 2<sup>º</sup>, 9<sup>º</sup> y 18<sup>º</sup> del artículo 19 de la Constitución. Por tanto, los vicios que en esta sentencia se invocan son los mismos que se consideraron en las inaplicabilidades previas;

**CENTESIMOSEPTUAGESIMONOVENO.** Que, de acuerdo a la sentencia pronunciada en el proceso Rol N<sup>º</sup> 1.288, que declaró inconstitucional la norma del proyecto de ley orgánica constitucional de esta Magistratura que establecía un plazo para el ejercicio de la facultad prevista en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 7<sup>º</sup>, de la Constitución, no existe hoy en día un plazo para su ejercicio. Se tuvo presente que *“no es posible concluir que haya sido la voluntad del constituyente subordinar el ejercicio de la función de velar por la supremacía constitucional que le ha encomendado a esta Magistratura, en una situación de tanta relevancia que puede determinar que uno o más preceptos legales sean expurgados de nuestro ordenamiento jurídico, a que la cuestión se promueva dentro de un plazo, como lo disponen las normas del proyecto que se analizan”* (c. septuagesimonoveno). Este Tribunal, por tanto, es libre de declarar la inconstitucionalidad de una ley sin perjuicio del tiempo transcurrido desde la declaración de inaplicabilidad, cumpliendo con los demás supuestos;

y **VISTO**, además, lo dispuesto en los artículos 1<sup>º</sup>, 6<sup>º</sup>, 19, N<sup>os</sup> 2<sup>º</sup>, 9<sup>º</sup> y 18<sup>º</sup>, 63 y 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 7<sup>º</sup>, e inciso decimosegundo y 94, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE QUE LOS NUMERALES 1, 2, 3 y 4 DEL INCISO TERCERO DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY N<sup>º</sup> 18.933, SON INCONSTITUCIONALES.**

**PUBLÍQUESE LA PRESENTE SENTENCIA EN EL DIARIO OFICIAL, FECHA DESDE LA CUAL SE ENTENDERÁN DEROGADOS LOS PRECEPTOS LEGALES DECLARADOS INCONSTITUCIONALES.**

**El Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto previene** que concurre a lo resuelto en la sentencia, pero lo hace basado únicamente en la consideración de que los preceptos legales declarados inconstitucionales contienen una regulación incompleta e imprecisa de las reglas a utilizar en la configuración de la estructura de las tablas de factores que se utilizan para reajustar el precio de los planes de salud, lo que ha permitido: a) el establecimiento de diferencias arbitrarias entre los diferentes grupos de beneficiarios y, b) un incumplimiento del deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud en la forma y condiciones que determine la ley, mandato que ésta no ha cumplido a cabalidad.

**Los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake y Francisco Fernández Fredes concurren a lo resuelto en esta sentencia, pero previenen** en el sentido de que, en su opinión, la inconstitucionalidad comprende todo el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 (hoy artículo 199 del D.F.L. N° 1, de Salud, de 2005), en razón de las siguientes consideraciones:

## I

### Naturaleza jurídica del contrato de salud previsional

1°. Que, contra lo sostenido en estrados por algunas de las personas que emitieron opinión en favor de la constitucionalidad de la norma legal materia de examen, el contrato de salud previsional es una institución jurídica que se inscribe dentro del ámbito de la seguridad social y, por consiguiente, presenta diferencias sustanciales respecto del contrato de seguro mercantil regulado en el Código de Comercio y en sus leyes complementarias.

2°. Que, en efecto, el contrato de salud previsional celebrado entre una Isapre y sus afiliados tiene por objeto cubrir contingencias de las llamadas vitales o sociales, cuyo rasgo característico es su carácter universal tanto desde el punto de vista subjetivo (compartición de riesgos entre una pluralidad considerable de personas) como desde un ángulo objetivo, es decir, respecto de prestaciones que todos los seres humanos requerimos frente a necesidades que nos son comunes y que la vida depara inevitablemente.

3°. Que, a diferencia del rasgo precedentemente anotado y que es común a todas las expresiones de seguro social, en el seguro mercantil el riesgo que se desplaza es de ocurrencia eventual o incierta para el asegurado, lo que explica que el monto de la prima o precio que éste paga por el seguro sea directamente proporcional al grado mayor o menor de siniestralidad o exposición al riesgo que la persona o cosa asegurada presente.

4°. Que, así las cosas, en el contrato de salud suscrito por un asegurado con una Isapre no es concebible la existencia de una relación lineal

(como en el seguro mercantil) entre el monto de la prima y la mayor o menor probabilidad de ocurrencia del siniestro, motivo por el cual en todas las modalidades de seguro social (y, como ha quedado dicho, el contrato de salud previsional lo es) resulta insoslayable la existencia de un grado de redistribución solidaria de los costos del sistema entre todos los afiliados al mismo.

5°. Que no le resta carácter de seguro social al contrato de salud previsional el hecho de que sea de celebración voluntaria por el asegurado y que su administración se ejerza por un ente privado, toda vez que ello es una simple consecuencia de la posibilidad constitucionalmente admitida (y alentada) de que los particulares intervengan en la administración de los sistemas de financiamiento de las prestaciones de salud. Pero no hay que perder de vista que si lo hacen, es en calidad de sustitutos institucionales del Estado, sujetos a las mismas condiciones en que éste lo haría para atender satisfactores de indudable relevancia e impacto colectivo, como es el caso.

6°. Que por todo lo anteriormente expresado resulta claro, a juicio de estos previnientes, que las normas del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 que permiten incrementar los precios base de los contratos de salud por la vía de aplicarles factores de riesgo independientes de la voluntad de los sujetos asegurados (como son el sexo y la edad), más aun si se considera que esos precios base están expresados usualmente en unidades indexadas, que se reajustan automáticamente conforme se incrementa el Índice de Precios al Consumidor, vulneran ostensiblemente las garantías constitucionales consagradas en los numerales 2°, 9° y 18° del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental y, por ello, el vicio de inconstitucionalidad afecta al mencionado artículo en toda su extensión.

## II

### Transgresión al principio de reserva legal en la regulación de las condiciones para la prestación de acciones de salud

7°. Que aun para el evento de considerarse (como lo hace este fallo) que un mecanismo de reajuste razonable y proporcionado de los montos de las primas por los contratos de salud previsional no sería en sí mismo inconstitucional, incluso basando tales reajustes en los criterios de sexo y edad de los asegurados, resulta inconcuso para estos previnientes que ello sólo podría hacerse por medio de una ley que fijara precisa e inequívocamente la fórmula de reajustabilidad y no encomendando tal facultad a la autoridad administrativa ni mucho menos habilitando a las Isapres para determinar libremente los factores a aplicar con tal objeto. Por ello, son también inconstitucionales todos los preceptos contenidos en el mencionado artículo que así lo permiten.

Lo anterior se basa en el claro tenor del inciso cuarto del numeral 9° del artículo 19 constitucional, en cuya virtud **es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley**, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

**Acordada con el voto en contra de la Ministra señora Marisol Peña Torres**, quien estuvo por negar lugar a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 –que corresponde al actual artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005–, en la parte que indica la sentencia, por las razones que se consignan a continuación:

I

De la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal

1°. Que, como se sabe, la facultad para declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal fue conferida al Tribunal Constitucional por la Ley N° 20.050, de 2005, que, entre otras materias, modificó las atribuciones de esta Magistratura, agregando algunas nuevas, como es el caso de la que hoy se contiene en el numeral 7° del inciso primero del artículo 93 de la Constitución;

2°. Que, hasta la fecha, el Tribunal Constitucional ha ejercido la potestad conferida por la norma constitucional señalada en cinco ocasiones: en tres casos, declarando la inconstitucionalidad de un precepto legal o de una parte del mismo (STC roles N°s 681, 1.254 y 1.345) y en dos oportunidades, rechazando una declaración similar (STC roles N°s 558 y 590 acumulados y 1.173);

3°. Que los pronunciamientos referidos a la inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario, del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, en lo que respecta a la expresión “gratuitamente”, y del artículo 171 del Código Sanitario, respecto de la frase “para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa”, han sido emitidos sobre la base de constatarse, por esta Magistratura, el cumplimiento de los presupuestos que se desprenden del artículo 93, inciso primero, N° 7°, e inciso duodécimo, de la Constitución. En otras palabras, una vez que se comprobó: a) que la norma cuya constitucionalidad se cuestionaba era un precepto de rango legal; b) que dicha norma había sido declarada previamente inaplicable por sentencia de este Tribunal, pronunciada en virtud de lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo de la Carta Fundamental; y c) que el respectivo proceso de inconstitucionalidad se había iniciado por el ejercicio de una acción pública acogida a tramitación por esta Magistratura o por una resolución de la misma actuando de oficio;

4°. Que a las exigencias constitucionales anotadas debe agregarse aquella que se desprende de lo preceptuado en el artículo 47 V de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional, en el sentido que *“la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas deberá fundarse únicamente en la infracción de el o los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento”*;

5°. Que, sin perjuicio de lo señalado, las sentencias de inconstitucionalidad dictadas por este Tribunal han ido configurando una doctrina que esta juez disidente estima necesario sintetizar para razonar, posteriormente, sobre la factibilidad de declarar la inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, con los efectos previstos en el artículo 94 de la Carta Fundamental;

6°. Que, así, una primera consideración inherente al examen que tiende a determinar la inconstitucionalidad de un precepto legal consiste en que el juicio que realiza el Tribunal Constitucional sea el propio de un control abstracto que, por su propia naturaleza, está destinado a producir efectos *erga omnes*. En la sentencia recaída en los roles N<sup>OS</sup> 558 y 590 acumulados, nuestra Magistratura señaló, en este sentido, que: *“el juicio de inconstitucionalidad expresa una comparación abstracta de dos normas de distinto rango, para constatar su manifiesta incompatibilidad. La ilegitimidad constitucional del precepto legal emana de su propio enunciado, sin referencia a una situación singular”* (c. quinto).

Por su parte, explicando la diferencia entre el juicio de inaplicabilidad y el de inconstitucionalidad de un precepto legal, este Tribunal ha sostenido que: *“el carácter concreto y no abstracto del requerimiento de inaplicabilidad y de la sentencia de esta Magistratura que lo decide, son de efectos necesariamente acotados a las partes respectivas, debiendo ser desestimada toda pretensión de extenderlos a otras gestiones pendientes, sean iguales o semejantes, porque hacerlo involucraría infundirle las cualidades de abstracción y generalidad que singularizan el pronunciamiento de inconstitucionalidad, erga omnes, de cierta disposición legal.”* (STC Rol N<sup>º</sup> 1.218, c. decimotercero).

En efecto, el análisis tendiente a determinar la eventual inconstitucionalidad de un precepto legal, por mucho que tenga como antecedente una o más declaraciones previas de inaplicabilidad de la misma norma, debe superar el solo juicio de aquéllas para proyectarse sobre todas las posibles situaciones de aplicación de la norma, sin referencia a una o varias situaciones particulares. Ésta es la única forma de armonizar la declaración de inconstitucionalidad que se pretende con la presunción de legitimidad que ampara a los actos del legislador y que, en definitiva, llevará a expulsar la norma cuestionada del ordenamiento jurídico vigente.

Por otra parte, y en opinión de quien suscribe este voto, debe considerarse que la sentencia constitucional por la cual se deroga un precepto

legal introduce una profunda alteración en el sistema de fuentes del derecho, según el cual la ley, en principio, sólo puede quedar sin efecto de la misma manera en que fue aprobada. Así, dejar sin efecto una ley en virtud de la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que declara su inconstitucionalidad exige un ejercicio de particular prudencia por parte de una Corte como ésta;

7°. Que un segundo criterio aplicable a la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal, ya sea producto del ejercicio de una acción pública o de un proceso instruido de oficio, como en este caso, es que no exista ninguna interpretación de la norma cuestionada que permita armonizarla con la Carta Fundamental. En ese sentido, la sentencia recaída en el Rol N° 681, afirmó que: “*tal y como lo han reconocido uniformemente la doctrina y la jurisprudencia comparadas, el respeto hacia la labor que desarrolla el legislador obliga al Tribunal Constitucional, en su función de control de la constitucionalidad de la ley, a buscar, al menos, alguna interpretación del precepto cuestionado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental y sólo en el evento de no ser ello posible, unido a la necesidad de cautelar integralmente la vigencia de los principios de supremacía constitucional, igualdad ante la ley y certeza jurídica, resultará procedente y necesaria la declaración de inconstitucionalidad*” (considerando 8°) (las negritas son nuestras).

La misma razón recordada fue la que llevó a desechar la acción pública de inconstitucionalidad deducida contra el artículo 416, inciso tercero, del Código Procesal Penal, en la sentencia roles acumulados N°s 558 y 590. En dicha oportunidad, este Tribunal expresó: “*Que, desde la perspectiva de un cotejo abstracto con la Constitución, el precepto legal contenido en el inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal no aparece, en principio, vulnerando –en todo evento y modalidad de aplicación– el mandato del artículo 61, inciso segundo, de la Constitución (...)*” (c. primero) (las negritas son nuestras);

8°. Que las referencias jurisprudenciales que se han recordado se avienen con las opiniones de autorizados *iuspublicistas* como Víctor Ferreres Comella, quien señala:

“*La presunción de constitucionalidad impone a quien sostiene que el texto de una ley es inconstitucional la carga de argumentar convincentemente que se da una incompatibilidad entre la norma que ese texto expresa y el sistema de normas que el texto constitucional expresa. Para mostrar que se da esta incompatibilidad, el impugnante habrá de mostrar que la interpretación correcta del primer texto (el de la ley) contradice la interpretación correcta del segundo (el de la Constitución). Cualquier duda acerca de la interpretación correcta de uno u otro texto se resolverá a favor de la ley: in dubio pro legislatore.*

*Dado que las dudas pueden suscitarse tanto respecto del texto de la ley como respecto del texto constitucional, hemos de distinguir dos casos distintos. En unos casos, lo que no está claro es qué norma expresa el texto de la ley. Entonces –cabe*

sostener— el juez debe presumir que el legislador no quiso aprobar una norma inconstitucional, por lo que debe interpretar el texto de la ley de tal modo que incorpore una norma conforme con la Constitución. Se trata, en definitiva, de aplicar la doctrina de la “interpretación de la ley conforme a la Constitución”, que hemos examinado en el capítulo primero. En otros casos, en cambio, lo que no está claro es qué norma expresa el texto constitucional, porque existen varias propuestas interpretativas que son razonables. Entonces —cabe decir— **el juez constitucional no debe dar el paso de estimar correcta aquella propuesta interpretativa bajo la cual la ley es inconstitucional, frente a aquellas otras propuestas también razonables bajo las cuales la ley es constitucional.** En su lugar, el juez de la constitucionalidad debe entender que la cuestión acerca de cuál es la interpretación correcta del texto constitucional es dudosa, con la consecuencia de que debe optar por declarar válida la ley. A veces se habla del principio de “interpretación de la Constitución conforme a la ley” para referirse a esta doctrina.” (Justicia constitucional y democracia. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 141 y 142) (Las negritas son nuestras).

En un sentido similar, Ignacio de Otto sostiene que:

“De que la ley sea expresión de la voluntad popular deriva la consecuencia de que opere en su favor una presunción de legitimidad constitucional, en virtud de la cual **sólo procederá declarar su inconstitucionalidad cuando se haya producido una clara e inequívoca colisión con la norma constitucional**” (De Otto, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Editorial Ariel, Barcelona, 1988, p. 148) (las negritas son nuestras);

9<sup>º</sup>. Que, además, de los fallos de inconstitucionalidad pronunciados por este Tribunal puede inferirse una última exigencia, consistente en que la declaración del Tribunal Constitucional, mediante la cual se expulsa del ordenamiento jurídico vigente un determinado precepto legal, no debe acarrear efectos aún más nocivos que los que produce la supervivencia del precepto cuestionado. Así se razonó en la sentencia recaída en el Rol N<sup>º</sup> 1.173 cuando, a propósito de los presupuestos necesarios para declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal, se señaló que “a lo anterior se une una delicada apreciación acerca de si una decisión de tal envergadura puede acarrear efectos aún más nocivos que los que produce su supervivencia, tal y como fuera también destacado en sentencias roles N<sup>os</sup> 558 y 590 (acumulados), de 5 de junio de 2007 (...)” (c. cuarto). En esta última decisión, este Tribunal había advertido que:

“el ordenamiento constitucional es un sistema normativo, que regula poderes públicos, reconoce y ampara derechos subjetivos y fundamenta, en fin, la cohesión y equilibrio político y social. La exclusión de una norma legal es consecuencia de la ruptura de ese ordenamiento, para restablecerlo en plenitud. **Dicha finalidad no se logra si la expulsión del precepto legal puede acarrear efectos aún más nocivos que los que produce su pervivencia. Una decisión de tal envergadura requiere, pues, la ponderación de su conveniencia para el orden**

**constitucional que esta Magistratura debe cautelar. El criterio adecuado para calificarlo es la determinación de las consecuencias de la desaparición del precepto legal.** Si deviene una situación más perjudicial o negativa que la preexistente a su anulación, no resulta conveniente para el interés público y la plena vigencia del Estado de Derecho la derogación de la norma.” (Considerando 19°) (Las negritas son nuestras);

10°. Que, en el mismo sentido recién anotado, puede recordarse lo afirmado por el maestro español, Eduardo García de Enterría:

“(…) *La anulación de una Ley es un suceso bastante más grave que la anulación de un acto de la Administración, porque crea por sí sola una gran inseguridad jurídica. El legislador no tiene agilidad suficiente para cubrir inmediatamente el hueco que deja la norma anulada y ese hueco da lugar a una enorme confusión jurídica para los ciudadanos y para los poderes públicos. Con frecuencia esa anulación, que no implica por sí misma el restablecimiento de vigencia de la Ley anterior a que sustituyó la anulada (Cfr., art. 2, 2 CC), y la laguna que crea, puede determinar de hecho, como ha dicho alguna vez el Tribunal Constitucional italiano, una “situación de mayor inconstitucionalidad” en la solución práctica de los problemas que la Ley anulada regulaba. Este horror vacui es el que determina el principio formulado así por el Tribunal Federal Constitucional alemán: “es válido el principio de que una Ley no puede ser declarada nula cuando puede ser interpretada en consonancia con la Constitución”.*” (García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, 3ª Ed., Madrid, 1985, pp. 95 y 96).

El ex magistrado de la Corte Constitucional de Italia, Gustavo Zagrebelsky, ha afirmado, por su parte, que:

“(…) *la justicia constitucional como función “modesta”, no “agresiva” (...) reconoce una suerte de primacía al legislador democrático, como intérprete auténtico de las concepciones éticas y políticas de la comunidad e insiste sobre el necesario self restraint de las cortes y sobre la necesaria ética de las consecuencias. Cuando están en juego dos apreciaciones distintas, además de los principios y las convicciones, debe considerarse con pragmatismo también la calidad de los efectos sociales, económicos y políticos de las decisiones.*” (*Jueces constitucionales*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Año 6, 2006, p. 320). (Las negritas son nuestras).

11°. Que, de esta forma, la consideración de los efectos que la declaración de inconstitucionalidad va a generar, no sólo respecto del ordenamiento jurídico, sino que en un sentido amplio, se torna imprescindible para el juez constitucional. Con mayor razón cuando, como en el caso sometido a la decisión de este Tribunal, se encuentran en juego aspectos medulares del sistema de salud vigente en Chile que combina los esfuerzos públicos y privados que el legislador ha debido regular en forma congruente con los valores, principios y reglas contenidos en la Carta Fundamental.



Es por esta razón, avalada por la doctrina constitucional autorizada, que esta juez disidente no comparte lo razonado en el considerando cuadragesimocuarto de la sentencia, que llama al juez constitucional a no “inhibirse” de resolver el asunto que ha reclamado su intervención, aunque esté consciente del impacto político, económico y social de sus decisiones. Por el contrario, en concepto de quien suscribe este voto, la consideración de los efectos que la sentencia denomina “extrajurídicos” resulta fundamental a la hora de decidir la inconstitucionalidad de un precepto legal, pues de su análisis integral puede concluirse que tal declaración producirá un efecto más inconstitucional que el que se trata de prever, lo que es razón suficiente para que la magistratura constitucional se abstenga de expulsar el referido precepto del ordenamiento jurídico vigente;

12°. Que, en esta misma línea de razonamiento, en diversos ordenamientos constitucionales comparados se ha tenido presente el peligro que encierra la declaración de inconstitucionalidad de la ley, con su consiguiente expulsión del ordenamiento jurídico, si, como consecuencia de esa declaración de inconstitucionalidad, se generará un efecto aún más nocivo del que tal declaración trata de remediar. Así, en Alemania, por ejemplo, se han elaborado diversas técnicas para suavizar el impacto político de las decisiones del Tribunal Constitucional o evitar el caos político o económico que podría resultar de la declaración de inconstitucionalidad (Kommers, Donal P., *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2ª edición, Duke University Press, Durham-London, 1997, p. 53). De esta forma, si una norma declarada nula (inconstitucional) por el Tribunal Constitucional de Alemania ha abrogado la norma precedente, ésta no queda inmediatamente sin vigor como consecuencia del pronunciamiento de inconstitucionalidad sino hasta que el legislador competente llene la laguna existente (Olivetti, Marco, y Groppi, Tania. *La Giustizia Costituzionale en Europa*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. 111).

Por lo demás, debe recordarse que, tal como lo han planteado diversos profesores de Derecho Constitucional, encabezados por Pablo Contreras, y que se han hecho presentes en estos autos, durante la tramitación de la reforma constitucional aprobada en el año 2005 mediante la Ley N<sup>º</sup> 20.050, se planteó una moción parlamentaria destinada a conceder el plazo de un año para la entrada en vigencia del fallo del Tribunal Constitucional que hubiere declarado la inconstitucionalidad de la ley. Agregan que “*con ello se pretendía crear una especie de período de creación normativa para que el Congreso Nacional regulara la materia que quedaría no cubierta por la inconstitucionalidad (...)*” (p. 6). Esta moción fue desechada, no obstante que habría contribuido a morigerar el impacto de la declaración de inconstitucionalidad en el contexto del ordenamiento jurídico como un todo.

Los propios Tribunales Constitucionales también han ido dejando constancia en sus fallos de la preocupación por los efectos que produce la

declaración de inconstitucionalidad. Así ocurre con la Corte Constitucional de Colombia, que ha afirmado que *“no siempre la constatación de que una norma es inconstitucional acarrea inevitablemente su automática declaración de inexequibilidad, por la sencilla razón de que puede ocurrir que el retiro inmediato de la disposición del ordenamiento ocasione una situación peor, desde el punto de vista de los principios y valores constitucionales.”* (Sentencia C-141/01, de 7 de febrero de 2001);

**13°.** Que, con arreglo a los criterios esbozados, se procederá a examinar la constitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, a fin de fundamentar una decisión que se avenga con las exigencias establecidas en la propia Constitución y en la ley orgánica de este Tribunal, así como también con aquellas delineadas por la doctrina y la jurisprudencia constitucional comparadas y, ciertamente, con los criterios ya sentados por esta propia Magistratura Constitucional.

## II

Los fallos previos de inaplicabilidad recaídos sobre el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 y su relación con este proceso de inconstitucionalidad

**14°.** Que la resolución pronunciada por este Tribunal que ha dado inicio al presente proceso de inconstitucionalidad ha tenido presente cuatro sentencias previas de inaplicabilidad, que dan cumplimiento al requisito constitucional de resolver la inconstitucionalidad *“de un precepto legal declarado previamente inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”* (artículo 93, inciso primero, N° 7°). Se trata de los roles N°s 976, 1.218, 1.287 y 1.273;

**15°.** Que, con miras a resolver la cuestión que ocupa a esta Magistratura, resulta necesario precisar las características que tienen los aludidos pronunciamientos de inaplicabilidad –que corresponden a la modalidad de un control concreto de constitucionalidad–, que sólo obligan al juez y a las partes que intervienen en la gestión judicial pendiente en la que, precisamente, se ha solicitado inaplicar un precepto legal;

**16°.** Que, desde el punto de vista de tales características, puede sostenerse que:

1. Las referidas acciones de inaplicabilidad fueron deducidas por personas afiliadas a diversas Instituciones de Salud Previsional (Isapres), quienes fueron notificadas, mediante la respectiva carta de adecuación, de un alza en el precio de su plan de salud como consecuencia de la modificación experimentada en el valor de éste, no en su precio base, sino que en la aplicación de la tabla de factores a que alude el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, en base a los factores de edad y sexo, respectivamente.

2. Los diversos requirentes de inaplicabilidad, en cada uno de esos procesos, fueron personas de 60 años de edad o más.

3. Cada uno de los procesos de inaplicabilidad registró, como gestión pendiente, sendos recursos de protección deducidos ante las Cortes de Apelaciones del país, reclamando de la ilegalidad y arbitrariedad en que había incurrido la Isapre respectiva, al subir unilateralmente el precio del plan de salud por aplicación de la tabla de factores ya mencionada.

4. Los respectivos contratos de salud habían sido suscritos antes y después de la vigencia de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, que modificó el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, en julio del año 2005.

5. Los preceptos constitucionales que se estimaron vulnerados por las respectivas sentencias de inaplicabilidad fueron los numerales 2<sup>º</sup> (igualdad ante la ley); 9<sup>º</sup> (derecho a la protección de la salud, en lo que se refiere, específicamente, a la libertad de elegir el sistema de salud); y 18<sup>º</sup> (derecho a la seguridad social) del artículo 19, sobre la base de las argumentaciones que se sintetizarán más adelante. Estos preceptos son los únicos sobre los cuales puede fundarse una eventual declaración de inconstitucionalidad de acuerdo a lo prevenido por el artículo 47 V de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional;

**17<sup>º</sup>.** Que esta Ministra disidente concurrió a las referidas declaraciones de inaplicabilidad considerando, precisamente, que la vulneración, en cada una de las gestiones judiciales pendientes, de los derechos constitucionales mencionados se producía porque el alza del precio del respectivo plan de salud, como consecuencia de la aplicación de la tabla de factores, se producía considerando el factor edad a que ella alude, de forma que personas que, objetivamente, se encontraban en condiciones de particular vulnerabilidad, no sólo por su edad, sino por su condición de “cotizantes cautivos”, eran discriminadas y desprotegidas desde el punto de vista de la seguridad social, haciendo además ilusorio su derecho a elegir el sistema de salud al que habían decidido estar adscritas.

En efecto, es natural pensar que a medida que avanza la edad, en forma por lo demás coincidente con el momento para jubilar, disminuye la percepción de los ingresos de las personas tornando prácticamente imposible asumir cualquier alza del precio del plan de salud comunicada por la Isapre respectiva.

Al mismo tiempo, tampoco podría discutirse el hecho de que en la medida que una persona avanza en edad, su salud se torna más frágil, demandando una mayor cantidad de prestaciones tanto de medicina preventiva, curativa como de rehabilitación. De allí que se sostiene que “*a edad avanzada, el organismo no responde de igual forma ante las patologías y las condiciones ambientales que lo amenazan, comenzando a manifestarse deterioros del organismo que traen consecuencias que se traducen en pérdidas de la funcionalidad. Así, muchas de las patologías recurrentes que enfrentan los mayores los*

*hacen más vulnerables a caer en dependencia.” (Las personas mayores en Chile. Situación, avances y desafíos del envejecimiento y la vejez. Documento elaborado por el Servicio Nacional del Adulto Mayor, Santiago, 2009, p. 11).*

Ante dicho escenario, cobra especial trascendencia la finalidad asignada al Estado, en colaboración con los particulares, de contribuir a “*crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece*” (artículo 1º, inciso cuarto, de la Constitución Política), finalidad en la que, en lo que se refiere al derecho a la protección de la salud, los particulares colaboran hoy en día, en virtud del principio de subsidiariedad;

**18º.** Que, en la misma línea argumental, conviene recordar que la sentencia recaída en el Rol Nº 976 precisó:

*“Que el deber de los particulares y de las instituciones privadas de respetar y promover el ejercicio de los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana en cuanto a su existencia y exigibilidad, se torna patente respecto de aquellos sujetos a los cuales la Constitución, como manifestación del principio de subsidiariedad, les ha reconocido y asegurado la facultad de participar en el proceso que infunde eficacia a los derechos que ella garantiza. Tal es exactamente lo que sucede con las Instituciones de Salud Previsional, en relación con el derecho de sus afiliados a gozar de las acciones destinadas a la protección de la salud, consagrado en el artículo 19, Nº 9, de la Constitución.”* (c. trigesimosexto).

*“Que, sin duda, las instituciones aludidas tienen también asegurados sus derechos en la Carta Política, pero, con idéntica certeza, ha de afirmarse que ellos se encuentran sometidos a los deberes correlativos, de los cuales resulta menester realizar aquí su contribución al bien común, haciendo cuanto esté a su alcance, dentro del ordenamiento jurídico, por materializar el goce del derecho a la protección de la salud (...).”* (c. trigesimoséptimo);

**19º.** Que la sentencia recaída en el Rol Nº 1.273 reúne la totalidad de los argumentos que, configurando vicios de inconstitucionalidad, llevaron a declarar inaplicable, en cuatro casos concretos, el artículo 38 ter de la Ley Nº 18.933, más conocida como Ley de Isapres. Esos argumentos pueden sintetizarse como sigue:

1. La diferenciación por sexo y edad que permite el artículo 38 ter de la Ley Nº 18.933 establece un trato desigual para igualdades esenciales, como son: i) la igualdad en dignidad y derechos con que las personas nacen (inciso primero del artículo 1º de la Constitución), ii) la igualdad de oportunidades como derecho de las personas en la participación en la vida nacional (inciso quinto del artículo 1º de la Ley Fundamental), iii) la igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer (oración final del inciso primero del número 2º del artículo 19 de la Constitución), y iv) la igualdad de acceso a las acciones de salud (inciso segundo del número 9º

del artículo 19 de la Constitución) (c. septuagesimosegundo). Luego, se vulnera el artículo 19, N<sup>º</sup> 2<sup>º</sup>, de la Carta Fundamental;

2. La evolución del factor edad consultado en las respectivas tablas de factores, incorporadas a cada contrato, como consecuencia de haber cumplido 60 años o más, implica que no se ha respetado la proporcionalidad de las prestaciones derivadas de un contrato que, por exigencias de orden público, debe tender a maximizar el goce de las prestaciones de salud, impidiendo a los respectivos cotizantes mantener el régimen privado de atención al que habían deseado acogerse. Si el respectivo afiliado no puede seguir pagando el nuevo costo del plan, quedaría obligado a abandonar el sistema privado de salud para incorporarse, obligadamente, al equivalente público vulnerándose su derecho a elegir el sistema de salud al que desea acogerse, de acuerdo con lo que le asegura el numeral 9<sup>º</sup> del artículo 19 de la Constitución (cc. sexagesimosexto y sexagesimoséptimo);

3. La existencia de reajustes periódicos del precio del plan de salud previsional sólo por el aumento de edad, independientemente de la iniquidad de su cuantía, por estar expresada en múltiplos del precio base, resulta inconciliable con el derecho a la seguridad social, garantizado en el numeral 18<sup>º</sup> del artículo 19 de la Ley Suprema, puesto que resulta incompatible con los propósitos que persiguen las instituciones de seguridad social –entre las que se encontraría el contrato de salud previsional– el que la desprotección frente a los estados de necesidad aumente en la misma medida en que aumentan los años de vida (cc. septuagesimoctavo y octagésimo);

20<sup>º</sup>. Que habiéndose recordado las principales características de los procesos de inaplicabilidad –STC roles N<sup>OS</sup> 976, 1.218, 1.273 y 1.287– que han servido de fundamento al actual proceso de inconstitucionalidad, corresponde preguntarse, precisamente ahora, si el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 o Ley de Isapres, resulta contrario, en abstracto, a uno o más preceptos de la Carta Fundamental, esto es, si el referido precepto es inconstitucional *per se*, más allá de aquellos casos en que ha sido declarado inaplicable y si ninguna interpretación posible del mismo permite conciliarlo con la Ley Suprema.

### III

#### Análisis constitucional en abstracto del artículo 38 ter de la Ley de Isapres e interpretaciones posibles

21<sup>º</sup>. Que, a pesar de que ha sido reproducido en el fallo, esta disidencia no puede prescindir de la cita pertinente del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, que corresponde al artículo 199 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, del Ministerio de Salud, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N<sup>º</sup> 2.763, de 1979, y de las Leyes N<sup>OS</sup> 18.933 y 18.469, que señala:

**Artículo 38 ter.** *“Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores.*

*La Superintendencia fijará, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deben utilizar.*

*Cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas:*

*1. El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad;*

*2. Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años;*

*3. La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan;*

*4. La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo;*

*5. En cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo.*

*En el marco de lo señalado en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen. En todo caso, la tabla de un determinado plan de salud no podrá variar para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos al mismo, ni podrá alterarse para quienes se incorporen a él, a menos que la modificación consista en disminuir de forma permanente los factores, total o parcialmente, lo que requerirá autorización previa de la Superintendencia; dicha disminución se hará aplicable a todos los planes de salud que utilicen dicha tabla.*

*Cada plan de salud sólo podrá tener incorporada una tabla de factores. Las Instituciones de Salud Previsional no podrán establecer más de dos tablas de factores para la totalidad de los planes de salud que se encuentren en comercialización.*

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional podrán establecer nuevas tablas cada cinco años, contados desde las últimas informadas a la Superintendencia manteniéndose vigentes las anteriores en los planes de salud que las hayan incorporado.*

*Las Instituciones de Salud Previsional estarán obligadas a aplicar, desde el mes que se cumpla la anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o la reducción de factor que corresponda a un beneficiario en razón de su edad, y a informar al cotizante respectivo mediante carta certificada expedida en la misma oportunidad a que se refiere el inciso tercero del artículo 197.”;*

**22°.** Que para entender la forma en que se determina el precio del plan de salud que debe pagar cada afiliado a una Institución de Salud Previsional puede acudirse a la explicación entregada por S.E. el Presi-

dente de la República en su escrito de observaciones acompañado a estos autos. Allí se indica que la cotización que pagan los afiliados por su plan de salud consulta los siguientes elementos que determinan el precio final a pagar (p. 33):

**1. Precio base:** corresponde al valor del plan de salud considerado aisladamente, sin atender a los afiliados, por lo que debe ser el mismo precio para todos los adscritos al mismo plan. El D.F.L. N<sup>º</sup> 1, del Ministerio de Salud, de 2005, señala al respecto que la expresión “precio base” corresponde al “*precio asignado por la Institución a cada plan de salud*” (artículo 170, letra m). El artículo 197, inciso tercero, señala, por su parte, que “*anualmente, en el mes de suscripción del contrato, las Instituciones podrán revisar los contratos de salud, pudiendo sólo modificar el precio base del plan, con las limitaciones a que se refiere el artículo 198, en condiciones generales que no importen discriminación entre los afiliados de un mismo plan. Las revisiones no podrán tener en consideración el estado de salud del afiliado y beneficiario.*”

**2. Factor etario:** la normativa vigente permite que los planes de salud tengan una Tabla de Factores asociada, la que asigna diversos factores a ciertos tramos etarios que cada una define, según se trate del titular del contrato y los beneficiarios, masculinos y femeninos. El artículo 170, letra m) del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, del Ministerio de Salud, de 2005, expresa, en su parte final, que: “*El precio final que se pague a la Institución de Salud Previsional por el plan contratado, excluidos los beneficios adicionales, se obtendrá multiplicando el respectivo precio base por el factor que corresponda al afiliado o beneficiario de conformidad a la respectiva tabla de factores.*”

**3. GES (garantías explícitas de salud):** estas garantías, derivadas del Plan Auge, constituyen el núcleo básico de las prestaciones básicas y uniformes en materia de salud, sin consideración a factores de sexo y edad. Su precio se fija en conformidad a las normas de la Ley N<sup>º</sup> 19.966 y sus reglamentos correspondientes, teniendo cada Isapre un valor único para todos sus beneficiarios, sin importar el plan de salud al que estén adscritos;

**23°.** Que, así, el precio o cotización del plan de salud de cada afiliado se fija multiplicando el precio base del plan respectivo por la suma de factores etarios del afiliado y sus cargas, sumando a este resultado el valor de las GES por cada beneficiario;

**24°.** Que, en consecuencia, la tabla de factores a que alude el artículo 38 ter de la Ley de Isapres (hoy artículo 199 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, del Ministerio de Salud, de 2005), otorga los parámetros por los que se debe multiplicar el precio base de cada plan de salud, dependiendo de la edad del afiliado, de su sexo y de su condición de cotizante o carga. De allí que la letra n) del artículo 170 del decreto con fuerza de ley mencionado defina la “tabla de factores” como: “*aquella tabla elaborada por la Institución de Salud Previsional cuyos factores muestran la relación de precios del plan de*

salud para cada grupo de personas, **según edad, sexo y condición de cotizante o carga**, con respecto a un grupo de referencia definido por la Superintendencia, en instrucciones de general aplicación, el cual asumirá un valor unitario. Esta tabla representa un mecanismo pactado de variación del precio del plan a lo largo del ciclo de vida, el que es conocido y aceptado por el afiliado o beneficiario al momento de suscribir el contrato o incorporarse a él, según corresponda, y que no podrá sufrir variaciones en tanto la persona permanezca adscrita a ese plan.” (Las negritas son nuestras);

**25°.** Que, como se expresó, y de acuerdo a la ley vigente, la estructura de la tabla de factores debe ser fijada por la Superintendencia de Salud mediante instrucciones de general aplicación, considerando los factores de sexo, edad y la condición de cotizante o de carga. El inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 –que corresponde al artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005–, establece las reglas específicas a que debe sujetarse el cumplimiento de este cometido de la Superintendencia en relación con cada rango de edad. Específicamente, se señala que, cada diez años, la Superintendencia deberá fijar la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo. Por su parte, y como recuerda el considerando 60° del fallo, el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015 fijó dicha relación entre factores, para el primer período de diez años (2005-2015), en “*hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y hasta 14 veces, en el caso de los hombres*”. Esta diferencia fue ratificada en la Circular N° 6, de 2 de junio de 2005, de la Superintendencia de Salud, tal como se recuerda en el considerando 61° de la sentencia;

**26°.** Que, en consecuencia, y tal como lo ha hecho presente el Informe de la firma Clarke y Asociados, de mayo de 2010, acompañado a estos autos por la Isapre Banmédica, la estructura de la tabla de factores que forma parte de los contratos de salud previsional, como los que suscribe esa Isapre, a partir de la vigencia de la Ley N° 20.015 y de conformidad con lo establecido por la circular aludida precedentemente, es la siguiente:

	<b>Tabla Factores Precio</b>	
Tramo Edad	Afiliados Hombre Mujer	Cargas Hombre Mujer
0-1	1,8 1,8	1,8 1,8
2-4	0,8 0,8	0,6 0,6
5-9	0,7 0,7	0,5 0,5



10-14	0,7 0,7	0,5 0,5
15-19	0,7 0,7	0,5 0,5
20-24	0,8 2,0	0,5 0,8
25-29	0,9 2,4	0,7 1,5
30-34	1,0 3,3	1,0 1,9
35-39	1,0 3,3	1,0 1,8
40-44	1,2 2,4	1,2 1,6
45-49	1,3 2,4	1,3 1,8
50-54	1,6 2,5	1,6 1,9
55-59	2,1 2,6	2,1 2,1
60-64	2,7 2,7	2,7 2,7
65-69	3,2 3,2	3,2 3,2
70-74	3,8 3,8	3,8 3,8
75-79	4,5 3,9	4,5 3,9
80 y más	4,7 4,5	4,7 4,5

En la referida tabla de factores puede comprobarse, efectivamente, que la diferenciación de factores, por tramo, se produce en consideración a la edad, al sexo y la condición de cotizante o carga de cada persona;

**27°.** Que sobre la base del ejemplo de la estructura de la tabla de factores que se ha consignado en el considerando que precede, cabe analizar si tal estructura resulta contraria a los derechos a la igualdad ante la ley, a la libre elección del sistema de salud y a la seguridad social de cualquier afiliado al sistema de salud privado que administran las Instituciones de Salud Previsional, más allá de las situaciones examinadas por esta Magistratura y que han llevado a declarar inaplicable el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 en aquellos casos particulares;

**28°.** Que, en ese sentido, basta observar la tabla de factores indicada como ejemplo en este voto, para darse cuenta que ella genera una situación de bastante estabilidad para aquellos cotizantes cuyas cargas oscilan entre los 2 y los 19 años de edad, toda vez que, en esos tramos, el factor tiende a mantenerse e, incluso, a bajar (de 0,6 a 0,5), independientemente del sexo de la carga. En el caso de los cotizantes, el factor es el mismo

(0,7) entre los 5 y los 19 años de edad, independientemente del sexo del afiliado.

Por ello y en términos estrictamente constitucionales, no puede decirse que, en dichos tramos, se introduzcan diferencias carentes de razonabilidad, que vayan a incidir en que los afiliados se vean impedidos de continuar cotizando en la Isapre respectiva debiendo emigrar, forzosamente, al sistema público de salud, tornando ilusorio, al mismo tiempo, su derecho a elegir el sistema de salud. En otras palabras, no puede sostenerse, a juicio de esta juez disidente, que las reglas sobre tramos de edad contenidas en los numerales 2 y 3 del inciso tercero del artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005 (que corresponde al artículo 38 ter de la Ley N° 18.933), sean contrarias a la Constitución en toda circunstancia, en la medida que, como se ha comprobado al analizar la estructura de una de las tablas de factores utilizada en el mercado, puede apreciarse que, en determinados tramos, el factor correspondiente a la edad del afiliado o de sus cargas tiende a mantenerse en el tiempo o, incluso, a bajar.

Del mismo modo, no se ve cómo la mantención o la rebaja del factor a lo largo de la etapa que va desde los 2 a los 19 años de edad pueda estimarse vulneratoria del derecho a la seguridad social que exige atender debidamente a los estados de necesidad que afectan a las personas y que obliga al Estado a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas y uniformes, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas.

Más bien, podría decirse que la estructura de la tabla de factores que se ha analizado resulta conveniente para familias que tengan hijos entre esos tramos de edad, pues les brindaría estabilidad en un período en que deben afrontar accidentes escolares –que suelen ser frecuentes–, así como enfermedades propias de esa etapa de la vida cuando, al mismo tiempo, deben sufragarse gastos escolares que encarecen cualquier presupuesto familiar;

**29°.** Que bastaría con tener en cuenta las consideraciones que preceden para estimar que no procede declarar inconstitucional los numerales indicados del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley de Isapres –que corresponde al artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005–, pues, como ha quedado demostrado, la afectación de los derechos constitucionales constatada en los procesos previos de inaplicabilidad, no se produce respecto de todos los casos a los que se aplica la tabla de factores a que ella alude, lo que remite, más bien, a un examen de constitucionalidad caso a caso, propio de un control concreto y no de un control abstracto de constitucionalidad como el que en esta oportunidad se verifica;

**30°.** Que, en otras palabras y a juicio de quien suscribe este voto, la introducción de factores de edad y de sexo en las tablas de factores no

resulta inconstitucional en sí misma, sin desconocer que su aplicación a determinadas situaciones es la que podría producir resultados contrarios a la Carta Fundamental, dependiendo de si el alza del precio del plan de salud, efectivamente, importa la afectación de derechos fundamentales;

**31°.** Que, en esta línea de razonamiento, cabe recordar la historia de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, publicada en el Diario Oficial de 17 de mayo de 2005, que introdujo el artículo 38 ter a la Ley N<sup>º</sup> 18.933. Lo primero que llama la atención es que esta norma no venía incluida en el Mensaje del Presidente de la República, sino que fue adicionada mediante la indicación N<sup>º</sup> 43 formulada por el Ejecutivo.

Precisamente, explicando el sentido de esta indicación, el Superintendente de Salud sostuvo que, en diciembre de 2003, existían más de 2.440 tablas de factores por sexo y edad, lo que hizo posible que las Instituciones de Salud Previsional aplicaran “políticas de nichos”, en desmedro de la solidaridad. Así, se buscó reducirlas a una tabla por cada plan y a no más de dos para todos los planes que comercialice cada institución. En lo que se refiere a ***“la relación máxima establecida entre el factor mínimo y el máximo de cada tabla en las reglas 4 y 5 del inciso tercero, manifestó que esas cifras están basadas en el análisis de los costos reales que para las Instituciones de Salud Previsional significan sus usuarios diferenciados por sexo, extraídas de los datos recogidos entre 2001 y 2003, y están en estrecha correspondencia con las que se practican en las tablas de otros países. Preciso que esas disposiciones determinan que el factor máximo de una determinada tabla no puede ser más de 9 veces el factor mínimo de la misma, en el caso de las mujeres, y de 14 veces, en el caso de los hombres.”*** (Historia de la Ley N<sup>º</sup> 20.015. Segundo Informe de la Comisión de Salud del Senado en el segundo trámite constitucional, 25 de enero de 2005. Boletín N<sup>º</sup> 2981-11). (Las negritas son nuestras).

De los párrafos recordados de la historia de la ley es posible extraer, a modo de conclusión, que la relación entre los factores mínimo y máximo de cada tabla no obedeció a un criterio arbitrario del legislador, a diferencia de lo que sostiene el fallo en su considerando 125°, cuando afirma que ***“el número 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, materializado para los primeros diez años de vigencia de la norma en el artículo segundo transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, es arbitrario, pues establece, sin más, un rango excesivo en el cual se puede mover la fijación del precio de su plan de salud.”*** (Las negritas son nuestras).

Como ha podido demostrarse, el criterio considerado por el legislador fue el de la experiencia de las tablas aplicadas en otros países, lo que elimina la característica de arbitrario que se imputa al precepto contenido en el N<sup>º</sup> 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933;

**32°.** Que la explicación anterior debe ser complementada con los antecedentes contenidos en el Informe “Eliminación de la Tabla de Factores:

Impactos y experiencia internacional”, de mayo de 2010, de la Superintendencia de Salud, acompañado por S.E. el Presidente de la República. En él puede observarse que la tabla de factores se elabora sobre la base del concepto de “factor de riesgo”. Como señala el informe, “*lo que pretende la ley al incorporar la tabla de factores es introducir un mecanismo equitativo de asignación de factores de riesgo de los afiliados (...)*” (p. 11). Agrega que “*en la práctica, la estructura de factores establecida por las Isapres para los diferentes tipos de beneficiarios en cada tabla, busca vincular los precios a los gastos esperados en prestaciones de salud y subsidios por incapacidad laboral (SIL) de cada individuo según sus propias características. Es decir, la operación de un principio de equivalencia en que cada cual pague de acuerdo con su propio nivel de riesgo.*” (Ídem). Tal razonamiento se adiciona con el Gráfico 1 referente a la “Tabla de Factores y del Gasto Observado de Prestaciones de Salud y SIL, por Sexo y Grupos de Edad del Sistema Isapre al año 2009” (p. 13). En él se lee:

*“Desde el grupo de edad 15-19 años y hasta el grupo 55-60 años, las mujeres tienen un gasto observado superior al de los hombres, lo que corresponde básicamente a la edad fértil de la mujer; con una curva positiva entre los 25 y 44 años, en plena etapa reproductiva. A partir de los 60 años, los gastos en las mujeres se incrementan, pero a una tasa menor que los hombres adultos mayores (...).*

*A partir del tramo de edad 60-64 años, los hombres presentan un mayor gasto observado de prestaciones de salud con respecto a las mujeres (...).*” (pp. 13-14).

Similares argumentos, en base a cuadros estadísticos, se contienen en el Informe de Clarke y Asociados, presentado por Isapre Banmédica, páginas 7 a 10. El mismo diagnóstico es reproducido en el Informe de Alejandro Ferreiro, de diciembre de 2009, acompañado por la Asociación de Isapres, páginas 23 y 24.

En lo que respecta a la experiencia internacional, el Informe de la Superintendencia de Salud señala que “*al aplicar el ajuste de riesgos los distintos países aplicaron distintos modelos y tipo de ajustadores **teniendo todos en común la edad.** Pero Bélgica incorporó **edad/género**, urbanización, discapacidad, ingreso, tipo de empleo, y mortalidad, todo en un modelo agregado de regresión. Alemania **edad/género**, discapacidad, licencias médicas e ingreso. Holanda **edad/género**, urbanización, licencias y corrección por costos históricos. Suiza **edad/género** y región e Israel **sólo edad** (...).*” (p. 47). (Las negritas son nuestras).

Cabe dejar constancia que las citadas estadísticas y las conclusiones que de ellas se derivan no han sido refutadas ni desvirtuadas en estos autos, lo que permite concluir, en este punto, que las reglas contenidas en los numerales 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, y especialmente esta última, en cuanto a la diferencia entre el factor mínimo y máximo en las tablas de factores, no obedeció al capricho del legislador, sino que constituyó una aplicación de la experiencia internacional en la materia, además de la consideración del incremento

de prestaciones de salud que, objetivamente, se observa en ciertos grupos etarios como los adultos mayores y las mujeres en edad fértil;

33°. Que, desde esta perspectiva, la introducción de elementos como el sexo y la edad, como criterios para estructurar la tabla de factores a que alude el artículo 199 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, del Ministerio de Salud, de 2005 –ex artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933–, tiene estrecha relación con la naturaleza del contrato de salud previsional en cuanto contrato de seguro privado donde el factor riesgo juega un rol fundamental.

En este sentido, Osvaldo Contreras Strauch ha sostenido que el contrato de seguro es *“aquel en virtud del cual se transfieren al asegurado uno o más riesgos, a cambio del pago de una prima, quedando éste obligado a indemnizar, dentro de los términos contractuales y legales, el daño que sufre el asegurado, o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas.”* Agrega que *“dentro del concepto de seguro que hemos dado, el riesgo es el elemento esencial y constituye, en general, la eventualidad de un suceso que ocasiona al asegurado una pérdida o una necesidad susceptible de estimarse en dinero.”* (El contrato de seguro. Editorial Jurídica La Ley, Santiago, 2002, pp. 22 y 25).

Sergio Baeza Pinto entiende, por su parte, que el seguro tiene por objeto evitar que las personas sufran alteraciones en su nivel de vida, con motivo de las contingencias que pueden afectar a sus medios de subsistencia. Consiste en una de las formas técnicas de encarar la previsión, definida como *“un método que permite compensar los efectos materiales de riesgos realizados, mediante la concurrencia colectiva y anticipada de las personas amenazadas por determinadas contingencias”*. (El Seguro. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 16);

34°. Que no obstante constituir el contrato de salud previsional un seguro privado de salud, afecto, por ende, a las reglas propias de este tipo de contratos, no puede desconocerse que, por relacionarse con la satisfacción de derechos sociales básicos, como es el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, adquiere, más bien, un carácter mixto. Combina, así, los elementos propios de un contrato de seguro con la solidaridad indispensable que deriva de los factores propios de la seguridad social involucrados en la necesidad de asegurar el acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación, especialmente a los segmentos más vulnerables de la población.

Esta realidad mixta del contrato de salud es reconocida en el Informe de la Superintendencia de Salud, acompañado por el Ejecutivo, donde se precisa que: *“(…) académicos y países se han hecho la pregunta de ¿Cómo combinar la solidaridad, establecida por lo general constitucionalmente, con la elección del consumidor de seguro de salud? (Van de Ven et al, 2001). Un mercado de seguros de salud en el cual los consumidores pueden escoger periódicamente el pool de riesgo de seguro de salud en el que quieren estar, crea una gran oportunidad respecto de cómo alcanzar solidaridad en tal mercado. El principio de solidaridad,*

*el cual es latamente valorado en particular en países de Europa, implica que los individuos de alto riesgo y bajo ingreso reciban un subsidio para incrementar su acceso a la cobertura del aseguramiento de la salud. Se usa el término solidaridad en el sentido de “subsidio de solidaridad” y no en el sentido de “solidaridad-poropción” (...)*” (p. 8).

La importancia de la solidaridad en materia de salud también quedó en evidencia en el debate parlamentario que precedió a la aprobación de la Ley N° 20.015, al sostener el diputado señor Bayo, en el primer trámite constitucional, que *“cuando los diputados analizaron las modificaciones introducidas en el Senado, llegaron a la convicción de que éstas apuntaban en un sentido correcto, porque se regula claramente el alza de precios, se reducen drásticamente las tablas de factores de riesgo a alrededor de treinta y cuatro, dos por cada Isapre; hoy hay más de dos mil. Además, la creación del fondo de compensación interisapres está destinado a compensar los riesgos en salud derivados de las enfermedades o de la diferencia de edad y sexo; se introduce un concepto de solidaridad: los más jóvenes ayudarán a pagar la salud de los más viejos quienes vivirán más tranquilos gracias a ese aporte.”*;

**35°.** Que, a estas alturas, puede sostenerse que la introducción de factores como el sexo y la edad, así como la diferencia de tramos en aplicación de esos criterios, en cuanto modalidades de estructuración de una tabla de factores, como aquella que contribuye a determinar el precio del plan de salud de las personas afiliadas a las Isapres en Chile, no son, en sí mismas, arbitrarias o carentes de razonabilidad, en la medida que se basan en la consideración de factores objetivos y fácilmente comprobables, como la mayor demanda de prestaciones de salud por parte de la mujer en edad fértil o de las personas mayores de 60 años de edad.

Distinto es lo relativo a la forma cómo se aplica la tabla de factores, sin considerar la vulnerabilidad que, en determinadas etapas de la vida, afecta a ciertas personas. Un aumento indiscriminado de los precios de los planes de salud respecto de ellas, ciertamente, podría lesionar los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social cuando no se consideran mecanismos de solidaridad que permitan soportar dichas alzas sin discontinuar el acceso a las prestaciones de salud;

**36°.** Que, teniendo presente los razonamientos que preceden, una declaración de inconstitucionalidad de los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, introducido por la Ley N° 20.015, resulta improcedente, a nuestro juicio, por las siguientes razones:

1. Porque, como se ha dicho, la diferenciación por cada tramo de la tabla de factores, en base a consideraciones de sexo y de edad, así como las reglas para estructurar los tramos respectivos que se contienen en los numerales 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, no son, en sí mismas, arbitrarias, sino que obedecen a factores objetivos que les imprimen una justificación racional.

2. Porque la facultad asignada a la Superintendencia de Salud por el N<sup>º</sup> 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, no se ha ejercido directamente. Fue el artículo 2<sup>º</sup> transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 20.015 el que fijó, para los primeros diez años, a contar de la vigencia de la ley (2005-2015), la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo, pero no es ésta la norma cuestionada en el presente proceso de constitucionalidad. De este forma, la Circular N<sup>º</sup> 6, de 2 de junio de 2005, de la Superintendencia de Salud, que determina que el factor máximo de una determinada tabla no puede ser más de 9 veces el factor mínimo de la misma, en el caso de las mujeres, y de 14 veces, en el caso de los hombres, no hace sino repetir lo dispuesto en el artículo 2<sup>º</sup> transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, que, como se ha dicho, no está impugnado en estos autos.

En este sentido, ha de tenerse presente, una vez más, la naturaleza excepcional de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal, que importa su expulsión del ordenamiento jurídico. Tal naturaleza impide extender tal declaración a normas que no han sido impugnadas en el respectivo proceso abierto de oficio o en ejercicio de la acción pública respectiva, sobre todo atendida la estrecha relación que, entre nosotros, existe entre inaplicabilidad e inconstitucionalidad de la ley. Como ya se expresó, el tenor imperativo del artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 7<sup>º</sup>, de la Constitución Política exige pronunciarse sólo sobre aquellas normas respecto de las cuales ha existido una declaración previa de inaplicabilidad y en ninguno de los cuatro procesos que han servido de fundamento a la presente declaración de inconstitucionalidad se ha incluido al artículo 2<sup>º</sup> transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 20.015;

**37º.** Que, conforme a lo razonado, esta juez disidente estima que no concurre, en la especie, la exigencia de que el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 –hoy artículo 199 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, del Ministerio de Salud, de 2005– sea inconstitucional en abstracto, más allá de las situaciones concretas que han motivado previamente su declaración de inaplicabilidad;

**38º.** Que, al mismo tiempo, es posible sostener, a nuestro juicio, que tampoco concurre, en la especie, el requisito de que no exista ningún punto de vista bajo el cual el precepto legal reprochado pueda conformarse con la Constitución.

Basta observar la propia tabla de factores reproducida en este voto para reafirmar la idea de que ella no resulta inconstitucional en algunos de sus tramos. Desde luego, respecto de las cargas entre los 2 y los 19 años de edad (mantienen un factor de 0,5); de los afiliados entre 10 y 19 años de edad (mantienen un factor de 0,7 sin distinguir entre hombres y mujeres) y de aquellos afiliados o cargas de sexo femenino sobre los 75 años de edad (se les aplica un factor de 3,9, mientras que a los hombres de la misma edad, un factor de 4,5).

A su vez, es posible corroborar que la norma contenida en el inciso final del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 resulta plenamente constitucional al analizar la tabla de factores que se viene comentando, pues el factor que corresponda a un beneficiario, en razón de su edad, puede aumentar, pero también reducirse, como ocurre con las afiliadas de sexo femenino, en el tramo que va desde los 35 a 39 años de edad –al cual se aplica un factor de 3,3– y los tramos que van desde los 40 a 44 años y de los 45 a 49 años de edad, donde el factor baja a un 2,4.

Como se ha sostenido, en base a la doctrina y jurisprudencia comparadas, el carácter excepcional de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal y su consiguiente impacto en el sistema de fuentes del derecho, impide expulsar tal precepto del ordenamiento jurídico, si el intérprete encuentra al menos una forma de conciliarlo con la Carta Fundamental, tal y como procedió este Tribunal en los roles N°s 558 y 590 acumulados.

#### IV

#### Efectos de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres

**39°.** Que, por último, esta disidencia se hará cargo de la tercera exigencia necesaria para proceder a la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal con efectos *erga omnes*, y que se refiere a que los efectos derivados de la referida declaración no sean más inconstitucionales que los que se trata de prever;

**40°.** Que, en dicho sentido, debe partirse señalando que, en Chile, la población afiliada a Isapres se acerca a los 2.8 millones de personas, esto es, a poco más del 16% de la población total del país. El resto de la población se encuentra adscrita al sistema público de salud representado por el Fondo Nacional de Salud (FONASA), que otorga cobertura al 72.7%, esto es, a 12.248.257 personas, según estadísticas oficiales de FONASA. Entretanto, una cifra cercana al 13% de la población está adscrita al sistema de salud de las Fuerzas Armadas y Carabineros (Alejandro Ferreiro. Informe “Efectos para los afiliados de la aplicación de una tarifa plana en caso que se declare inconstitucional la norma legal que regula la tabla de factores relativos a sexo y edad”. Diciembre de 2009, pp. 3 y 5);

**41°.** Que las diferencias entre el sistema público de salud, representado por FONASA, y el sistema privado, representado por las Isapres han sido explicadas, en estos autos, en diversos informes presentados tanto por S.E. el Presidente de la República como por la Asociación de Instituciones de Salud Previsional de Chile AG.

De la lectura detallada de esos informes, y en lo que interesa al asunto que debe resolverse, importa rescatar, particularmente, lo referido al financiamiento de las prestaciones de salud en uno y otro sistema.



Así, puede observarse que, en el caso de las personas afiliadas a FONASA, su acceso a las prestaciones de salud respectivas se realiza sobre la base de la cotización legal del 7% de la renta imponible (hasta 60 UF), la que no varía en el tiempo y es independiente del sexo o edad del afiliado y de sus cargas, así como del tamaño del grupo familiar. Alejandro Ferreira sostiene que se trata de *“una prima colectiva calculada en proporción a la capacidad de pago, aunque sólo financia una fracción de los costos en que incurren los afiliados. En el caso de FONASA, la cotización de prima no guarda relación con el riesgo del cotizante y sus beneficiarios”* (Informe citado, p. 8). Como las cotizaciones de muchas personas afiliadas a FONASA no alcanzan a cubrir las prestaciones de salud que requieren, el sistema se complementa con aportes estatales que, considerando la Ley de Presupuestos del año 2009, alcanzaron al 49,3% del total del presupuesto de FONASA. (Presentación de la Asociación de Isapres AG, de 20 de mayo de 2010, nota 5, p. 3).

En el sistema privado representado por las Isapres, el afiliado contrata un plan de salud con beneficios que varían según su monto cotizado, pudiendo incluso cotizar más del 7% a que lo obliga la ley, o, bien, guardar parte de la cotización obligatoria como excedentes, los que se utilizan, entre otras cosas, para pagar prestaciones de salud. (Informe de Clarke y Asociados, mayo de 2010, p. 4). El Estado no aporta actualmente al financiamiento de las prestaciones de salud a través del sistema de las Isapres, sino que *“la redistribución de recursos producto de no cobrar el costo esperado de salud a cada uno –especialmente los más riesgosos– proviene de las cotizaciones de otros individuos (subsidios cruzados)”*. Se ha indicado, por lo mismo, que *“la última reforma de la Ley de Isapre (sic), generó un sistema de adecuación de planes que solidarizó los costos entre cotizantes de un mismo plan y entre todos los planes de la Isapre, y además creó una banda de contención de las alzas de precios. El resultado final fue encarecer todos los planes de salud, para solventar colectivamente a los cotizantes de mayores costos (...).”* (Informe de Altura Management, “Viabilidad del Sistema Isapre sin tabla de factores”, pp. 3-4);

**42°.** Que, en consecuencia, y en lo que a este proceso constitucional se refiere, resulta necesario dimensionar el impacto de una declaración de inconstitucionalidad de los numerales 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, que, correspondiendo hoy al artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005, importaría dejar sin efecto la estructura de la tabla de factores, en cuanto a la diferencia de tramos que ella contiene en la actualidad;

**43°.** Que, para precisar este punto, debe tenerse presente, en primer término, que la declaración de inconstitucionalidad con la que se disiente no importa la eliminación de la tabla de factores. En efecto, se mantienen vigentes los incisos primero y segundo del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, hoy artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005, que prescriben:

*“Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, **de acuerdo a la respectiva tabla de factores.***

***La Superintendencia fijará, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar.”** (Las negritas son nuestras).*

Debe recordarse que la definición de lo que es una tabla de factores se contiene en el artículo 170, letra n), del mismo cuerpo normativo, que tampoco ha sido declarado inconstitucional por la sentencia;

**44°.** Que al declararse inconstitucionales los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, objeto de este proceso, y por efecto de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 94 de la Constitución, tales numerales quedarán derogados desde la fecha en que se publique esta sentencia en el Diario Oficial. Concretamente, lo que quedará derogado, a partir de ese momento, serán las reglas a las cuales debía sujetarse, hasta hoy, la Superintendencia de Salud para fijar los rangos de edad que componen las tablas de factores sobre la base de tramos que consideran: a) desde el nacimiento hasta los dos años de edad; b) desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta, con un mínimo de tres años y un máximo de cinco años; c) la determinación de tramos desde los ochenta años de edad; y d) la fijación, cada diez años, de la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo.

Al no declararse inconstitucional el numeral 5 del inciso tercero del artículo 38 ter que se analiza, subsiste el imperativo de que, en cada tramo, el factor que corresponda a una carga no pueda ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo;

**45°.** Que si lo único que se declara inconstitucional y, por ende, quedará derogado a partir de la publicación de la presente sentencia en el Diario Oficial, es la estructura de la tabla de factores en base a los tramos que se consideraban, hasta hoy, en los numerales 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, cabe preguntarse cómo se determinará, de ahora en adelante, la mencionada estructura de la tabla de factores, la que sigue considerando los diversos tipos de beneficiarios en base a los criterios de sexo, edad y condición de cotizante o carga, como se desprende del inciso segundo del artículo 38 ter, que permanece vigente. Cabe recordar aquí lo afirmado en el Informe Técnico de la firma Clarke y Asociados en el sentido que *“la existencia de tablas de factores, es simplemente el reflejo en precios de los costos asociados a la atención en salud, de acuerdo a la edad y sexo, y que las propias personas deben financiar”.* (p. 10);

**46°.** Que, al respecto, considera esta juez disidente que, ante la interrogante planteada, cobra plena fuerza lo dispuesto en los restantes inci-

sos del artículo 38 ter que tampoco han sido afectados por la declaración de inconstitucionalidad pronunciada por este Tribunal.

En otras palabras, habrá que tener en cuenta que “*las Instituciones de Salud Previsional **serán libres** para determinar los factores de cada tabla que empleen*” (inciso cuarto del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933) (las negritas son nuestras). Esta facultad de las Isapres aparecerá limitada por lo siguiente:

- La tabla de un determinado plan de salud no podrá variar para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos al mismo, ni podrá alterarse para quienes se incorporen a él, a menos que la modificación consista en disminuir de forma permanente los factores, total o parcialmente, lo que requerirá autorización previa de la Superintendencia, disminución que se hará aplicable a todos los planes de salud que utilicen esa tabla (inciso cuarto del artículo 38 ter).
- Cada plan de salud sólo podrá tener incorporada una tabla de factores y las Isapres no podrán establecer más de dos tablas de factores para la totalidad de los planes de salud que se encuentren en comercialización (inciso quinto del artículo 38 ter).
- Las Isapres podrán establecer nuevas tablas de factores cada cinco años, contados desde las últimas informadas a la Superintendencia, manteniéndose vigentes las anteriores en los planes de salud que las hayan incorporado (inciso sexto del artículo 38 ter).
- Las Isapres estarán obligadas a aplicar, desde el mes en que se cumpla la anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o la reducción del factor que corresponda a un beneficiario en razón de su edad, y a informar al cotizante respectivo mediante carta certificada (inciso final del artículo 38 ter);

47°. Que, atendido lo recién expresado, puede apreciarse que el principal efecto de la declaración de inconstitucionalidad que pronuncia la presente sentencia consiste en potenciar la **libertad** de que gozan las Instituciones de Salud Previsional para determinar los factores de cada tabla que empleen sobre la base de la estructura, por tramos de edad, sexo y condición de cotizante y carga, que, también, determine **libremente** la Superintendencia de Salud al no existir reglas objetivas, fijadas por la ley, que establezcan la mínima certeza en los tramos de edad.

En este punto hay que atender a lo señalado en el c. quincuagesimo-séptimo de la sentencia, cuando sostiene que “*la observancia de estas reglas (las que se contienen en el inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933) es una condición de ejercicio, tanto de la potestad de la Superintendencia para fijar la estructura de las tablas de factores regulada en el inciso segundo, como de la libre determinación de los factores dentro de la tabla por parte de las Isapres, conforme al inciso cuarto.*”;

48°. Que esa mayor libertad de que gozarán las Isapres para determinar los factores de cada tabla sin consideración a las reglas hoy existentes

producirá, desde luego, que la relación entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo –diferencia que sigue existiendo al no haberse derogado el inciso segundo del artículo 38 ter– quede entregada al arbitrio de dichas instituciones, toda vez que la Superintendencia habría perdido la facultad de fijar esa relación cada diez años. Esta situación adquiere connotaciones de gravedad si se atiende a que el abogado que representó a S.E. el Presidente de la República, en la vista de la causa en este proceso de inconstitucionalidad, afirmó, en estrados, que no existía ningún proyecto de ley presentado al Congreso Nacional que pudiera suplir un eventual vacío en esta materia.

Adquiere, aquí, plena relevancia la carencia de alguna regla constitucional o legal que permita a esta Magistratura diferir los efectos de la declaración de inconstitucionalidad hasta que los órganos colegisladores hayan podido llenar el vacío producido por la declaración de inconstitucionalidad;

**49°.** Que, de esta forma, si la aplicación de la tabla de factores, a que alude el artículo 38 ter de la Ley de Isapres, ha resultado inconstitucional en determinadas situaciones como las que fueron objeto de las sentencias de inaplicabilidad que este Tribunal tuvo en vista al instruir este proceso de oficio, la derogación de los numerales 1 a 4 del inciso tercero de ese precepto legal, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad, sitúa al 16% de la población de nuestro país, afiliada al sistema privado de salud, en una situación de incerteza que esta juez disidente no puede avalar.

En efecto, al quedar exentas la Superintendencia de Salud y las Isapres del respeto a ciertas reglas objetivas, como las que se contenían en los numerales ya mencionados del artículo 38 ter, en cuanto a la determinación de los tramos de edad sobre los que podían aplicarse los factores de la tabla, se genera un escenario de gran incertidumbre para los afiliados que suscriban sus contratos de salud previsual con posterioridad a la publicación de esta sentencia en el Diario Oficial. Dicha incertidumbre no se compadece con el deber que se asigna al Estado de proteger el *“libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”*, garantizado por el artículo 19, N° 9, de la Constitución Política. La libertad e igualdad a que esa norma fundamental se refiere supone, precisamente, que las diferencias en el acceso a las prestaciones de salud no sean exorbitantes, generando que algunas personas queden privadas de ellas por no poder financiarlas, atendido el alza de los precios de sus planes de salud como consecuencia de la aplicación de factores que no obedezcan a ninguna regla objetiva y racional;

**50°.** Que, finalmente, quien suscribe este voto debe recordar que, conforme se ha expresado, concurrió a las declaraciones previas de inaplicabilidad que motivaron la apertura del presente proceso de oficio, por estimar que tales declaraciones favorecieron el pleno amparo de derechos

sociales fundamentales como el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social respecto de personas que estaban afectadas por condiciones objetivas de vulnerabilidad. Difícilmente podría, entonces, concurrir a una decisión que, al tenor del análisis detallado del contenido del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, podría llegar a afectar, por la falta de regulación normativa que produce, los derechos sociales fundamentales de un universo mucho más amplio de personas de aquellas que fueron beneficiadas por las declaraciones de inaplicabilidad contenidas en los roles N<sup>OS</sup> 976, 1.218, 1.287 y 1.273;

51°. Que, en consecuencia, considerando que la declaración que el Tribunal pronuncia en esta oportunidad genera un vacío que el legislador no podría llenar inmediatamente, favoreciendo una inconstitucionalidad mayor que la infracción a la supremacía constitucional que se trata de remediar, es que esta disidente se inclina por descartar la declaración de inconstitucionalidad de los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, que corresponde al artículo 199 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, del Ministerio de Salud, de 2005.

**Acordada con el voto en contra del Ministro señor Enrique Navarro Beltrán**, quien estuvo por desechar la acción de inconstitucionalidad, teniendo presente las siguientes consideraciones:

## I

### PRECEPTO LEGAL QUE PODRÍA ESTIMARSE CONTRARIO A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

1°. Que el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, actual 199 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, de 2005, de Salud, señala, en su inciso tercero, que cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas: “1. *El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad*; 2. *Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años*; 3. *La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan*; 4. *La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo*”;

2°. Que, como se indica en diversas consideraciones de la presente sentencia, dicha normativa podría estimarse que contraviene disposiciones constitucionales, en particular el artículo 19, N<sup>OS</sup> 2, 9 y 26, en cuanto se incumpliría el mandato de la **reserva legal en materia de derechos fundamentales**;

3°. Que las aludidas preceptivas constitucionales exigen de manera imperativa que en materia de derechos y garantías fundamentales sea la

ley la que determine el contenido esencial de los mismos, estando vedado el reenvío en términos genéricos y no precisos a la potestad reglamentaria de ejecución, en este caso a la potestad normativa de la Superintendencia de Salud;

4°. Que, en efecto, como lo ha sostenido reiteradamente este Tribunal, las disposiciones legales que regulen el ejercicio de los derechos fundamentales deben reunir los requisitos de “determinación” y “especificidad”. El primero “*exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal*”. El segundo requiere que la ley “*indique, de manera precisa, las medidas especiales que se pueden adoptar con tal finalidad*” (STC Rol N° 325, c. cuadragésimo);

5°. Que, a su turno, si bien la potestad reglamentaria de ejecución de ley puede resultar procedente, como lo ha señalado esta Magistratura, “*ella puede ser convocada por el legislador, o ejercida por el Presidente de la República, nada más que para reglar cuestiones de detalle, de relevancia secundaria o adjetiva, cercana a situaciones casuísticas o cambiantes, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, carácter innovador y básico de la ley impiden o vuelven difícil regular. Tal intervención reglamentaria, por consiguiente, puede desenvolverse válidamente sólo en función de las pormenorizaciones que la ejecución de la ley exige para ser llevada a la práctica*” (STC Rol N° 370, c. vigesimotercero);

6. Que, en consecuencia con lo anterior, no cabe la remisión normativa genérica y sin delimitación alguna a la potestad reglamentaria. Por lo mismo, como lo ha precisado este Tribunal, “*abocado al cumplimiento cabal de la exigencia constitucional explicada, el legislador debe conciliar la generalidad, abstracción e igualdad de la ley, así como sus características de normativa básica y permanente, por un lado, con la incorporación a su texto de los principios y preceptos, sean científicos, técnicos o de otra naturaleza, que permitan, sobre todo a los órganos de control de supremacía, concluir que el mandato constitucional ha sido plena y no sólo parcialmente cumplido*”. No puede la ley, por ende, “*reputarse tal en su forma y sustancia si el legislador ha creído haber realizado su función con meros enunciados globales, plasmados en cláusulas abiertas, o a través de fórmulas que se remiten, en blanco, a la potestad reglamentaria, sea aduciendo o no que se trata de asuntos mutables, complejos o circunstanciales. Obrar así implica, en realidad, ampliar el margen limitado que cabe reconocer a la discrecionalidad administrativa, con detrimento ostensible de la seguridad jurídica*” (STC Rol N° 370, c. decimonoveno). Por lo mismo se estimó contrario a la Carta Fundamental la circunstancia de que el legislador no haya “*establecido **parámetros objetivos y precisos** a los que deba sujetarse la autoridad administrativa para la concurrencia de la situación de exención del impuesto*” (STC Rol N° 718, c. octagesimoquinto);

7°. Que, de esta forma, el mandato que establecen los números uno a cuatro del actual inciso tercero del artículo 199 del D.F.L. N° 1, de 2005,

de Salud, podría estimarse que resulta contrario a la Carta Fundamental, particularmente el número cuatro, desde que no ha establecido ni fijado parámetros razonables y prudentiales para la actuación del ente fiscalizador. En tal sentido, cabe tener presente, por su parte, que el artículo segundo transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, que determina los múltiplos máximos durante los primeros diez años no ha sido previamente declarado inaplicable por esta Magistratura, por lo que no cabe pronunciarse sobre el mismo;

## II

### PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LA INAPLICABILIDAD PREVIA COMO REQUISITO ESENCIAL

8°. Que el artículo 93, inciso primero, numeral 7°, de la Constitución Política establece que es atribución de este Tribunal Constitucional: *“Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior.”*. El inciso duodécimo del mismo artículo agrega: *“Una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, conforme al número 6° de este artículo, habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio”*;

9°. Que, por su parte, el artículo 47 Ñ de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, modificada por la Ley N<sup>º</sup> 20.381, de 2009, indica que *“en el caso del número 7° del artículo 93 de la Constitución Política de la República, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser promovida por el Tribunal Constitucional actuando de oficio y por las personas legitimadas a que se refiere el inciso duodécimo del mismo artículo”*. A su turno, el artículo 47 O de la misma ley indica que *“en los casos en que el Tribunal proceda de oficio, así lo declarará en una resolución preliminar fundada, que individualizará la sentencia de inaplicabilidad que le sirve de sustento y las disposiciones constitucionales transgredidas”*;

10°. Que de diversas disposiciones también se desprende que resultan fundamentales para la declaración de inconstitucionalidad los argumentos sustentados por esta Magistratura en las acciones previas de inaplicabilidad. En tal sentido, el artículo 47 P indica que si la cuestión de inconstitucionalidad es promovida por acción pública, quienes la ejerzan *“deberán fundar razonablemente la petición, indicando precisamente la sentencia de inaplicabilidad previa en que se sustenta y los argumentos constitucionales que le sirven de apoyo”*. A su vez, el artículo 47 R establece como causal de inadmisibilidad de la acción de inconstitucionalidad *“cuando la cuestión se funde en un vicio de inconstitucionalidad distinto del que motivó la declaración de inaplicabilidad del precepto impugnado”*;

**11°.** Que, finalmente, el artículo 47 V concluye que *“la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas deberá fundarse únicamente en la infracción de el o los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento”*. En cuanto al alcance de esta disposición, el Mensaje Presidencial hizo presente que *“el Tribunal puede fundar la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas, únicamente en la infracción de los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos en la sentencia previa que le sirve de sustento. Con ello no se hace más que establecer claramente la vinculación entre la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad”*. Por lo mismo, como se dejó constancia en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se *“limita las facultades del Tribunal Constitucional, en cuanto sólo podrá fundar la sentencia que declare la inconstitucionalidad de un precepto legal, en la infracción de las normas constitucionales que la sentencia de inaplicabilidad consideró transgredidas”*. De este modo, el conflicto de constitucionalidad es la consecuencia de uno o más procesos previos de inaplicabilidad en los que el Tribunal ha declarado su no sujeción a la Carta Fundamental;

**12°.** Que no debe olvidarse que, tratándose de la acción de inaplicabilidad, procederá declarar su inadmisibilidad cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, *“y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva”* (artículo 47 F, número 2°, de la Ley N° 17.997). Por lo mismo, el artículo 47 L de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala que *“resuelta la cuestión de inaplicabilidad por el Tribunal Constitucional, no podrá ser intentada nuevamente, por el mismo vicio, en las sucesivas instancias o grados de la gestión en que se hubiere promovido”*. Del mismo modo, cabe tener presente que el artículo 47 J indica que *“excepcionalmente y por razones fundadas, el Tribunal podrá declarar la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas basado únicamente en fundamentos constitucionales distintos a aquellos que han sido invocados por las partes en la litis. En este caso, deberá advertirles acerca del uso de ese posible precepto constitucional no invocado y permitirles así referirse a ello. Dicha advertencia podrá efectuarse en cualquier etapa del juicio, incluyendo la audiencia de la vista de la causa, cuando proceda, y también como medida para mejor resolver”*. Esta última disposición ratifica lo señalado, desde que sólo se contempla en el caso de la acción de inaplicabilidad, no así en la de inconstitucionalidad, dado que ésta es consecuencia indisoluble de la primera;

**13°.** Que, como se ha señalado, resultan, por lo tanto, fundamentales los razonamientos y fundamentos de la decisión de inaplicabilidad, pues ellos son los que servirán de base a una eventual decisión de inconstitucionalidad, con efectos generales y derogatorios del precepto legal. La



doctrina especializada denomina ‘ratio decidendi’ a “*las razones básicas y necesarias que fundamentan la parte dispositiva o resolutive de la sentencia*” (Jesús María Casal, Constitución y Justicia Constitucional, 2006, p. 274). En palabras de Rupp, son “*aquellas razones o motivos sin las que el fallo no podría existir*”. El Tribunal Constitucional español ha señalado por lo mismo que se trata de las “*razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión*” (STC 14/1991). En tal sentido, no debe tampoco olvidarse que esta misma Magistratura ha sentenciado que “*la motivación de la sentencia es connatural a la jurisdicción y fundamento indispensable para su ejercicio. Constituye, a la vez que un deber del juzgador, un derecho para el justiciable. Es inherente al derecho a la acción y, por ende, a la concreción de la tutela judicial efectiva; elementos propios de las garantías de un procedimiento racional y justo, cuya ausencia o limitación vulnera la exigencia constitucional y autoriza declarar la inaplicabilidad del precepto objetado*” (STC Rol N<sup>º</sup> 1.373, c. decimoquinto);

14<sup>º</sup>. Que de los preceptos constitucionales transcritos se desprende que los presupuestos necesarios para que esta Magistratura pueda declarar la inconstitucionalidad de una determinada norma legal, con los efectos previstos en el artículo 94, incisos tercero y cuarto, de la Carta Fundamental, son los siguientes: a) Debe tratarse de la inconstitucionalidad de un precepto de rango legal; b) La referida norma debe haber sido declarada previamente inaplicable por sentencia de este Tribunal, pronunciada en virtud de lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, numeral 6<sup>º</sup>, e inciso undécimo, de la Constitución; c) El proceso de inconstitucionalidad debe haberse iniciado por el ejercicio de una acción pública acogida a tramitación por este Tribunal o por una resolución del mismo, actuando de oficio; d) Debe tratarse de los mismos vicios o infracciones que motivaron las inaplicabilidades previas; y e) Debe abrirse proceso sustanciándose y dictándose la correspondiente sentencia en que se concluya la absoluta contradicción entre el precepto legal en cuestión y las disposiciones de la Constitución Política de la República. Por último, no debe olvidarse que, según lo ha señalado esta Magistratura, “*la declaración de inconstitucionalidad constituye el último recurso –la “última ratio”– para asegurar la supremacía constitucional, desde que implica el dejar sin efecto, con carácter derogatorio, un acto emanado del órgano legislativo –expresión de la soberanía popular–, lo que puede eventualmente conllevar un cierto grado de inseguridad jurídica ante el vacío normativo que se produce por la desaparición de un determinado precepto legal que se expulsa del ordenamiento jurídico por ser manifiestamente contrario a la Carta Fundamental*” (Rol N<sup>º</sup> 1.254);

III  
EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD  
Y LOS PRONUNCIAMIENTOS PREVIOS DE INAPLICABILIDAD

**15°.** Que, en el caso de autos, por resolución de 27 de abril de 2010, este Tribunal de oficio inició el presente proceso, dando cuenta *“que el artículo 38 ter transcrito precedentemente ha sido declarado inaplicable por este Tribunal Constitucional en cuatro sentencias, recaídas en las causas roles N°s 976, 1.218, 1.273 y 1.287. En ellas, esta Magistratura ha declarado que la aplicación del citado precepto, en las respectivas gestiones precedentes, resulta contraria a la Constitución al vulnerarse los derechos asegurados en los números 2°, 9° y 18° de su artículo 19”*;

**16°.** Que corresponde analizar si en la especie se dan los presupuestos para que se declare la inconstitucionalidad. En primer lugar, se trata de un precepto legal determinado, como es el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, actual 199 del D.F.L. N° 1, de 2005, de Salud. En segundo lugar, el aludido precepto ha sido declarado previamente inaplicable en cuatro oportunidades. El proceso se inició de oficio, según consta en resolución individualizada en el considerando decimosegundo. Como se ha indicado en el capítulo primero, podría considerarse que existe contradicción entre la normativa constitucional y legal cuestionada, pero lo que corresponde analizar son los vicios, razones constitucionales y fundamentos en virtud de los cuales se declaró previamente la inaplicabilidad por esta Magistratura;

**17°.** Que en la primera causa de inaplicabilidad, autos Rol N° 976, se indicó por de pronto que *“estando basada la estructura de la tabla de factores en criterios objetivos y de común o general vigencia, la diferencia que ella importa en sí, por los rangos de edad que establece, no puede ser calificada por esta Magistratura como carente de razonabilidad, infundada o arbitraria”* (c. quincuagesimosegundo). Sin embargo, en el caso concreto y singular sub lite, *“al no estar justificada la magnitud de la diferencia resultante de la aplicación de los factores asignados a la tabla, incorporada al contrato de salud de la requirente de autos, en función del rol que han de servir las instituciones de salud previsional, debe concluirse que se trata de una facultad cuyo ejercicio permite incurrir en discriminación infundada o distinción carente de justificación razonable y, en esa medida, arbitraria”*. De esta forma, *“aunque amparada en el texto del precepto legal impugnado en esta litis precisa, se torna evidente que tal disposición lesiona la esencia de la igualdad entre las partes asegurada por el artículo 19, N° 2, de la Constitución”* (c. sexagesimosegundo). A su vez, en relación a la libertad para elegir el sistema de salud, consagrada en el artículo 19, N° 9, se indica que en el caso concreto queda restringida o impedida si *“se está frente a una cotizante cuya situación previsional es desmedrada, producto de las inestabilidades que experimentó durante su vida laboral activa, tal como ella lo*

argumentó en estrados. Así, la aplicación del factor específico objetado en este caso a otro caso diferente, desde el punto de vista previsional, puede no provocar la lesión al derecho fundamental en la protección de la salud que ha sido constatada en estos autos” (c. sexagesimoquinto). Por lo mismo, se concluye que se acoge el requerimiento “sólo en cuanto la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, incorporada al contrato de salud de la requirente (...) para determinar el costo de su plan de salud, es inaplicable en la causa (...) por ser contraria a cuanto le asegura el artículo 19, N<sup>º</sup> 9, de la Constitución”;

**18º.** Que, a su turno, en los autos Rol N<sup>º</sup> 1.218, junto con considerarse también vulnerado el artículo 19 N<sup>º</sup> 9º, en términos similares al anterior, se estima también infringido el artículo 19, N<sup>º</sup> 18º, relativo a la seguridad social. Así, luego de señalarse que el contrato de salud provisional no tiene el carácter de un seguro privado, se afirma que “se torna constitucionalmente inaceptable el incremento de las cotizaciones en el tiempo por el solo hecho del envejecimiento natural del beneficiario, toda vez que, como se dijo, forma parte del sentido intrínseco de la seguridad social proteger a la persona de los estados de necesidad derivados de contingencias vitales de universal ocurrencia (como es el riesgo de enfermar y el envejecimiento natural). Ello hace que la existencia misma de los reajustes periódicos del precio del plan de salud provisional sólo por el aumento de edad, que consagra el precepto legal impugnado en autos –independientemente de la iniquidad de su cuantía, por estar expresada en múltiplos del precio base–, resulte inconciliable con el derecho a la seguridad social, constitucionalmente asegurado en el número 18º del artículo 19 de nuestra Ley Fundamental, precepto que obliga al Estado a asegurar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes y a supervigilar el adecuado ejercicio de este derecho” (c. sexagesimosegundo). En atención a lo anterior se acoge el requerimiento en el que se solicitaba la declaración de inaplicabilidad de “la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933”. Cabe señalar que la tercera sentencia de inaplicabilidad, Rol N<sup>º</sup> 1.287, tiene un idéntico razonamiento jurídico al anterior, acogiéndose también la acción en la que se solicitaba la inaplicabilidad “del artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley (Ministerio de Salud) N<sup>º</sup> 1, de 2005”;

**19º.** Que, finalmente, la última causa que sirve de base a la presenta acción, autos Rol N<sup>º</sup> 1.273, se centra en la contravención a los artículos 19, N<sup>OS</sup> 2 y 9, de la Constitución Política. Así, se sostiene que “la diferenciación por sexo y edad que permite el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, impugnado en estos autos, establece un trato desigual para igualdades esenciales, como son: i) la igualdad en dignidad y derechos con que las personas nacen (inciso primero del artículo 1º de la Ley Fundamental, ii) la igualdad de oportunidades como derecho de las personas en la participación de la vida nacional (inciso quinto del artículo 1º de la Ley Fundamental), iii) la igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer (oración final del inciso primero del número 2º del artículo 19 de la Constitución), y iv) la igualdad de acceso a las acciones de salud (inciso segundo del número 9º

del artículo 19 de la Constitución)” (c. septuagesimosegundo). Del mismo modo, se afirma que la “diferenciación por sexo y edad que permite el artículo 38 ter de la Ley N<sup>o</sup> 18.933 es arbitraria”, dado que no resulta conciliable “el aumento de precio en la medida en que aumenta la vulnerabilidad de las personas por el paso del tiempo y la condición orgánica de mujer, como en el caso de autos” (c. septuagesimotercero). También se indica, en relación al derecho a la seguridad social, que “se torna constitucionalmente inaceptable el incremento de las cotizaciones en el tiempo por el solo hecho del envejecimiento natural del cotizante y/o de los beneficiarios del respectivo plan, toda vez que forma parte del sentido intrínseco de la seguridad social proteger a la persona de los estados de necesidad derivados de contingencias vitales de universal ocurrencia, como es el riesgo de enfermar y el envejecimiento natural”, de modo que “la circunstancia expuesta hace que la existencia misma de los reajustes del precio del plan de salud previsional sólo por el aumento de edad, que consagra el precepto legal impugnado en autos, independiente de la iniquidad de su cuantía, por estar expresada en múltiplos del precio base, resulte inconciliable con el derecho a la seguridad social” (c. septuagesimooctavo). De esta forma, se acoge el requerimiento “en tanto la aplicación del artículo 38 ter de la Ley N<sup>o</sup> 18.933 en la causa (...) resulta contraria a los derechos asegurados a la actora en los numerales 2<sup>o</sup> y 9<sup>o</sup> del artículo 19 de la Constitución Política, en relación con lo dispuesto en los demás preceptos constitucionales citados en este fallo”;

**20°.** Que de lo dicho se desprende que en los cuatro fallos previos que sirven de fundamento para incoar esta acción de inconstitucionalidad, este Tribunal fundó sus decisiones de inaplicabilidad en la infracción constitucional del precepto legal en cuestión al artículo 19, N<sup>os</sup> 2, 9 y 18, de la Carta Fundamental. Esto es, se concluyó que la tabla de factores de riesgo, contemplada en el artículo 199 del D.F.L. N<sup>o</sup> 1, de 2005, de Salud, al diferenciar por razones de edad y sexo, importó en el hecho una vulneración a la igualdad ante la ley, desde que se discriminó sin fundamento, provocando un trato desigual por el solo aumento de edad o por la circunstancia de ser mujer. A lo que debe agregarse la contravención de la libre elección del sistema de salud y al derecho a la seguridad social, al incrementar las cotizaciones –en múltiplos del precio base– por el solo hecho del envejecimiento natural del cotizante;

**21°.** Que, en consecuencia, como se ha explicado en el capítulo segundo, la única decisión a que está habilitada esta Magistratura de acuerdo a la normativa constitucional y legal vigente, es a declarar la contravención completa y absoluta entre el precepto legal ya declarado previamente inaplicable y la normativa constitucional aludida. No resulta factible, en cambio, declarar la inconstitucionalidad fundado en otros vicios o razonamientos, por justificados que éstos sean, los que incluso podría compartir de algún modo este disidente según se ha señalado en el capítulo primero de este voto. Y es que, como se ha sentenciado, “este Tribunal sólo puede

*declarar inconstitucional un precepto ya declarado inaplicable y, por lo tanto, no puede extender su declaración de inconstitucionalidad más allá de lo resuelto previamente en las sentencias de inaplicabilidad” (STC Rol N<sup>º</sup> 1.254);*

#### IV

#### EN DECISIONES PREVIAS DE INAPLICABILIDAD ESTE DISIDENTE ESTIMÓ QUE EL PRECEPTO LEGAL EN CUESTIÓN NO RESULTABA DECISIVO

**22°.** Que también resultan fundamentales para pronunciar el presente voto, los razonamientos sostenidos por este disidente en las acciones de inaplicabilidad que sirven de base a la presente acción de inconstitucionalidad, desde que, como se ha señalado reiteradamente, este proceso tiene precisamente su fundamento único y exclusivo en las decisiones previas en sede de inaplicabilidad;

**23°.** Que para estimar que no se trataba de preceptos decisivos, se tuvo presente que el artículo 93, N<sup>º</sup> 6, de la Constitución Política de la República dispone que es atribución del Tribunal Constitucional “*resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución*”. A su turno, la misma norma constitucional expresa en su inciso decimoprimer que, en este caso, “*la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto*” y agrega que “*corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley*”;

**24°.** Que, de este modo, para que prosperare la acción de inaplicabilidad resultaba necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que se acreditara la existencia de una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial; b) que la solicitud fuera formulada por una de las partes o por el juez que conoce del asunto; c) que la aplicación del precepto legal en cuestión pudiera resultar decisiva en la resolución de alguno de los asuntos y fuera contraria a la Constitución Política de la República; d) que la impugnación estuviera fundada razonablemente; y e) que se cumplieran los demás requisitos legales. En ninguno de los casos previos que motivaron las respectivas decisiones de inaplicabilidad, en opinión de este disidente, el precepto resultaba decisivo para la resolución de los respectivos asuntos;

**25°.** Que, en efecto, como se ha expresado, uno de los supuestos fundamentales para la procedencia de la acción de inaplicabilidad es la

circunstancia de que la aplicación del precepto legal –tanto de carácter sustantivo como adjetivo, en su caso, dado que la norma no distingue al efecto– sea decisiva para la resolución de la gestión pendiente o de un asunto, en los términos que establece el artículo 93, N° 6°, de la Constitución Política de la República. En otras palabras, el precepto legal que se impugna por la requirente de inaplicabilidad debe ser considerado en el razonamiento que pronuncie el sentenciador o servirle de fundamento, situación que no se produce en la especie;

**26°.** Que, como ha señalado este mismo Tribunal, independiente de la naturaleza del precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita, el artículo 93, N° 6°, de la Constitución Política exige que el precepto legal pueda resultar decisivo en la resolución del asunto o gestión pendiente, *“lo que implica que la inaplicabilidad declarada deba ser considerada por el juez llamado a resolverla, tanto en lo que se refiere a los fundamentos de ésta cuanto a todo otro razonamiento que implique que la decisión del asunto no resultará contraria a la Constitución”*. (STC Rol N° 472. En el mismo sentido roles N°s 809 y 831, ambos de 2007). De lo que se trata en definitiva es de efectuar *“un análisis para determinar si de los antecedentes allegados al requerimiento puede concluirse que el juez necesariamente ha de tener en cuenta la aplicación de la norma legal que se impugna, para decidir la gestión”* (STC roles N°s 688 y 809). Así, la exigencia contenida en el artículo 93, inciso undécimo, en orden a que *“la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto”*, no puede, entonces, interpretarse prescindiendo de la finalidad que anima a la institución de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley. En otras palabras, *“en sede de inaplicabilidad, el Tribunal está llamado a determinar si la aplicación del precepto en la gestión específica resulta contraria a la Constitución. Lo que el Tribunal debe practicar es un examen concreto de si el precepto legal, invocado en una gestión judicial pendiente y correctamente interpretado, producirá efectos o resultados contrarios a la Constitución”* (STC Rol N° 480, c. vigesimoséptimo). Como se ha indicado por la doctrina autorizada, *“por intermedio de la acción de inaplicabilidad, la parte cuestiona la inconstitucionalidad de determinados preceptos legales decisivos para la resolución del asunto y la sentencia de inaplicación libera al juez del sometimiento al imperio de la ley”* (Gómez B., Gastón, La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional, en Reforma Constitucional, 2005, p. 669). El requisito constitucional en cuanto a que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, *“supone un análisis muy exhaustivo por parte del Tribunal para determinar si de los antecedentes allegados al requerimiento puede concluirse que el juez habrá necesariamente de acudir a la aplicación de la norma legal para decidir la gestión”* (Alejandro Silva Bascuñán y María Pía Silva Gallinato, Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional, ponencia a XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público, 2006, p. 22). En suma, el precepto legal debe ser

considerado por el juez al momento de resolver el asunto, ya sea que diga relación con aspectos de carácter procedimental o de fondo, esto es, sean normas ordenatorio o decisorio litis;

**27°.** Que el precepto legal que se solicitó inaplicar fue el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, modificado por el artículo 1<sup>º</sup> N<sup>º</sup> 15 de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, publicada en el Diario Oficial de fecha 17 de mayo de 2005, y que dice relación con las tablas de factores que deben tomarse en consideración para la modificación de los planes, particularmente vinculados al sexo y edad de los beneficiarios. Sin embargo, el inciso final del artículo 2<sup>º</sup> de la aludida Ley N<sup>º</sup> 20.015 expresa –en su primera parte– que *“tratándose de contratos en curso a la fecha de entrada en vigencia de la ley, las tablas de factores que ellos contengan se mantendrán en vigor hasta que el afiliado opte por aceptar un plan alternativo que se le ofrezca en alguna adecuación o hasta que contrate un plan de salud distinto”*;

**28°.** Que consta de los antecedentes de autos que a lo menos tres de los contratos acompañados que motivaron las respectivas acciones de inaplicabilidad previas fueron suscritos antes de 2005 (correspondientes a los años 1997, 1999 y 2000), habiéndose así incorporado a ellos los derechos y deberes impuestos por el ordenamiento vigente, entre los cuales obviamente no se encontraba el artículo 38 ter de la Ley, en los términos actualmente vigentes, que, como se ha señalado, sólo fue incorporado el año 2005. Por lo mismo, por aplicación del artículo 2<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, el artículo 38 ter en cuestión no resultaba aplicable a los contratos de salud suscritos con anterioridad a su entrada en vigencia, a menos que el cotizante afiliado optara expresamente por su aplicación, lo que no habría acaecido. Tampoco pudo estimarse que la proposición de aumento de los costos del plan –y que habría motivado las gestiones pendientes de protección– importara aceptar un plan alternativo ni menos un plan de salud distinto, en los términos que señala el aludido artículo 2<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 20.015;

**29°.** Que así, por lo demás, lo ha razonado la Sala Constitucional de la Corte Suprema (Rol 7779-2008), al hacer presente que *“el legislador expresamente exceptuó de la regulación contenida en el artículo 199 a aquellos contratos anteriores que habían incorporado las aludidas tablas de factores de sexo y edad, prescribiendo –como ya se consignó– que tratándose de dichos contratos operará lo acordado al momento de su celebración”*. En consecuencia, concluye la Corte Suprema, *“el precepto en cuestión no resulta aplicable para la resolución del asunto sometido al conocimiento de esta Corte, pues no forma parte del estatuto jurídico que rige la relación contractual existente entre el reclamante y la Isapre mencionada”*;

**30°.** Que, invocando similares argumentos, esta Magistratura declaró inadmisibles presentaciones de inaplicabilidad. Así, en los autos Rol N<sup>º</sup> 1.544, enfatiza que *“resulta evidente que el precepto legal impugnado no tendrá incidencia en la resolución del asunto sub lite pendiente (...) ya que no es*

*legislación aplicable al contrato de salud que vincula actualmente a la actora y a la Isapre (...), el cual, como ya se indicó, data del mes de octubre del año 2002. A mayor abundamiento, el inciso final del mismo artículo de la Ley N° 20.015, anteriormente citado, permite deducir que la tabla de factores incorporada a tal convención continúa en vigor a la fecha del requerimiento deducido en estos autos. En efecto, de los antecedentes tenidos a la vista se colige que la (...) afiliada no ha aceptado un plan alternativo ofrecido previamente por la correspondiente Isapre, como tampoco ha contratado un nuevo plan de salud, distinto del que la ligaba con aquella a la fecha de entrar a regir el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, por lo que sólo cabe concluir que éste es un precepto que no podrá aplicarse en la decisión que habrá de adoptar la Corte de Apelaciones de Santiago”. Del mismo modo lo ha sostenido en los autos roles N°s 1.644 y 1.646, al afirmar que “resulta evidente que el precepto legal impugnado no tendrá incidencia en la resolución del asunto sub lite pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago, ya que no es legislación aplicable al contrato de salud que vincula actualmente a la actora y a la Isapre (...), el cual, como ya se indicó, data del mes de abril del año 2003”. A mayor abundamiento, y en relación con lo dispuesto en el inciso final del mismo artículo 2° de la Ley N° 20.015, de los antecedentes que obran en autos se concluye que la afiliada “no ha aceptado un plan alternativo ofrecido previamente por la Isapre ni ha contratado un nuevo plan de salud, distinto del que la ligaba con aquella a la fecha de entrada en vigor del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, por lo que sólo cabe concluir que éste es un precepto que no podrá aplicarse en la decisión que habrá de adoptar la Corte de Apelaciones de Santiago al resolver el recurso de protección Rol N° 454-2010”;*

**31°.** Que, en razón de lo anterior, desde el punto de vista del proceso jurisdiccional de inconstitucionalidad, este disidente estima que no se ha dado uno de los supuestos de procedencia del mismo, al no haber existido propiamente un precepto legal decisivo en las gestiones previas de inaplicabilidad;

V

SE PRETENDIÓ –EN EL HECHO– EN LOS PROCESOS PREVIOS DE INAPLICABILIDAD UNA ACCIÓN DE AMPARO DE DERECHOS FUNDAMENTALES, LO QUE ES DE COMPETENCIA, EN DEFINITIVA, DE LA CORTE SUPREMA

**32°.** Que la acción de inaplicabilidad previa supone esencialmente un control preciso de contradicción entre dos normas, debiendo primar la Ley Fundamental. En otras palabras, el conflicto sometido a decisión siempre debe centrarse en la contradicción concreta y determinada entre la ley y la Constitución;

**33°.** Que en efecto, como ha señalado esta misma Magistratura, “*debe estarse siempre en presencia de un conflicto de constitucionalidad, esto es, frente*



*a una contradicción directa, clara y precisa, entre determinado precepto legal que se pretende aplicar en el caso concreto, con la propia Constitución, pues el juez constitucional no puede interpretar o corregir la ley ordinaria si no es con relación a su constitucionalidad*". Lo anterior en atención a que *"la tarea de interpretar la ley le corresponde a los tribunales de justicia, sean ordinarios o especiales, y, en nuestro sistema judicial, el órgano llamado a unificar su interpretación es la Corte Suprema"* (STC Rol N<sup>º</sup> 810, c. noveno);

**34°.** Que, de esta forma, este Tribunal no está autorizado para emitir un pronunciamiento valorativo sobre hechos litigiosos de las gestiones respectivas que motivaron las acciones de inaplicabilidad, en atención a que la ponderación de los mismos corresponde a los jueces del fondo, por ser también un tema de legalidad ordinario y estar dentro de su competencia relativa a la gestión, no correspondiendo que esta Magistratura los pondere. (STC roles N<sup>os</sup> 1.130, 1.210, 1.266 y 1.324);

**35°.** Que, como ha señalado esta Magistratura, el sistema chileno de control de constitucionalidad de las normas es de carácter concentrado y compartido. Así, la protección de las garantías constitucionales respecto de actos u omisiones ilegales o abusivas corresponde a la Corte de Apelaciones respectiva y a la Corte Suprema, en tanto el control de constitucionalidad de la ley, al Tribunal Constitucional. En efecto, la Constitución Política, en su artículo 20, establece el proceso de protección, cuyo tribunal competente es, según lo dispone la misma norma, la Corte de Apelaciones respectiva, en primera instancia, y la Corte Suprema, en segunda instancia. Por su parte, el artículo 93 constitucional, en su numeral 6°, otorga competencia privativa a este Tribunal Constitucional para resolver acerca de la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución. En consecuencia, *"la acción cautelar de derechos fundamentales que contempla el artículo 20 y la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6, e inciso undécimo, de la Ley Fundamental, constituyen y dan origen a dos procesos completamente autónomos que deben iniciarse, sustanciarse y resolverse en la forma que indican la Constitución y sus leyes complementarias, destacándose, entre estas últimas, la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura"* (STC Rol N<sup>º</sup> 1.324);

**36°.** Que este disidente estimó, adicionalmente, que de la lectura de los respectivos requerimientos de inaplicabilidad que motivaron la presente acción se estaba en el hecho frente acciones de amparo de derechos fundamentales, dado que lo que realmente se impugnaba era el aumento de los respectivos planes de salud, el que se estimaba abusivo, materias todas que corresponde sean resueltas precisamente en sede de protección;

**37°.** Que, por otra parte, los cuestionamientos se encontraban también dirigidos a las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Salud, en las que se fija la estructura de la tabla de factores, lo que este

disidente estimó que debía ser impugnado a través de otras vías judiciales, como es el caso de los contencioso-administrativos. En efecto, como lo ha señalado este Tribunal, *“el conflicto de que conoce esta Magistratura debe producirse entre la Constitución y un precepto de rango o fuerza de ley; pero no entre una decisión de una autoridad y la ley. De este último conflicto conocen otras instancias jurisdiccionales”* (STC Rol N° 1.385);

VI  
 LAS TABLAS DE FACTORES SE INCORPORARON  
 A LOS CONTRATOS EN TÉRMINOS TALES  
 QUE LO QUE SE PRETENDIÓ FUE LA DECLARACIÓN  
 DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACUERDOS

**38°.** Que, adicionalmente, es del caso tener presente que las tablas de factores se incorporaron a los respectivos contratos, de suerte tal que las acciones de inaplicabilidad no han podido resultar idóneas para declarar la inconstitucionalidad de contratos suscritos, lo que debe impugnarse a través de las vías ordinarias que prevé el ordenamiento jurídico;

**39°.** Que, de esta forma, de la lectura de los escritos de inaplicabilidad y de las consideraciones efectuadas en las sentencias, lo que se pretendió más bien fue dejar sin efecto los aumentos de precio del costo del plan, experimentados por la requirente, todo lo cual emana de una tabla convenida contractualmente y no de un determinado precepto legal, razón por la cual este disidente estimó que las respectivas acciones de inaplicabilidad no podían prosperar. Así las cosas, la discusión planteada más bien se relacionaba con un conflicto acerca de la aplicación adecuada o no de la ley del contrato, lo que no correspondía fuera dilucidado a través de una acción de inaplicabilidad sino que de una protección de derechos fundamentales;

**40°.** Que todo lo razonado no significa en modo alguno validar o legitimar el actuar de las entidades de salud previsional, lo que debe ser determinado –como se ha explicado– soberanamente por el tribunal que conoce de la acción de protección, teniendo presente este disidente la reiterada doctrina sostenida por la Corte Suprema en cuanto a que la facultad de revisar el monto de un plan *“debe entenderse condicionada a un cambio efectivo y variable del valor de las prestaciones médicas, en razón de una alteración sustancial de sus costos, para que se mantenga una verdadera equivalencia entre las obligaciones contractuales de ambas partes”* (Rol N° 3902-2007). Se trata, en definitiva, que la facultad de las isapres para –en su caso– adecuar los planes de salud se ejerza de manera razonable y equitativa, preservando así el debido equilibrio en las contraprestaciones de los contratantes;

**41°.** Que, por su parte, la misma Corte Suprema ha precisado que *“en la actualización del denominado Factor de Riesgo, que se vincula con la va-*

*riación de las edades de los beneficiarios de un determinado plan de salud, motivo adicional invocado por la recurrida para justificar la alteración en el precio, no puede hablarse de adecuación del plan de salud del cotizante, sino de un ajuste que le afecta por aplicación del referido factor –operación que es genérica–, lo que significa que está contenida en los planes de salud de todas las Isapres, siendo conocida previamente por todos los afiliados al momento de contratar, y no depende de ninguna otra circunstancia que no sean el sexo y la edad del cotizante y beneficiario” (Rol 1499-2010). Obviamente nada impide cuestionar y revisar en dicha sede de protección la racionalidad y justicia de la referida tabla de factores, en un caso concreto, a la vez que determinar si al confeccionarse y aplicarse la misma se ha ejecutado una potestad administrativa de manera racional y si ha resultado o no una situación que importe en el hecho una discriminación arbitraria o manifiestamente abusiva o desproporcionada para la parte contratante, en atención a la naturaleza propia de contrato de adhesión que reviste el seguro de salud previsual;*

## VII

### REFLEXIONES FINALES. EXHORTACIÓN AL LEGISLADOR

**42°.** Que de todo lo señalado se desprende que si bien las facultades de la Superintendencia de Salud no tienen fijados parámetros razonables y acotados y, por tanto, pueden tornarse contrarias a la Constitución Política de la República, al no fijarle límites adecuados y precisos, dicho vicio no motivó esencialmente las anteriores declaraciones de inaplicabilidad, lo que impide a este disidente concurrir a la presente resolución de inconstitucionalidad;

**43°.** Que, en efecto, como se ha explicado en el capítulo tercero, las referidas decisiones de inaplicabilidad apuntaron más bien a declarar la contravención a la Carta Fundamental, en los casos concretos, de la tabla de factores, fundadas en la circunstancia de que los factores de edad y sexo en que se sustenta se estimaron arbitrarios y contrarios a la igualdad ante la ley –al discriminar sin fundamento, por el solo aumento de edad y la condición de mujer– y a los derechos a la protección de la salud y seguridad social –al incrementar las cotizaciones en múltiplos sobre el precio base por el sólo hecho del envejecimiento natural del cotizante–. Sin embargo, en todos los aludidos casos, este disidente estimó que no se trataba de preceptos legales decisivos para la resolución de dichos asuntos, a lo que debe agregarse que se estaba más bien frente a acciones de amparo de derechos fundamentales;

**44°.** Que la Ley N<sup>º</sup> 20.015, aprobada hace sólo cinco años, persiguió morigerar sustancialmente los efectos de las alzas en los precios de los contratos de salud, limitando así las facultades de las instituciones de salud previsual, lo que se desprende inequívocamente de la historia fide-

digna de su establecimiento. La incorporación del aludido artículo 38 ter tuvo por objeto precisar que el valor final se calcularía de acuerdo a un precio base y a una tabla de factores, agregando que la Superintendencia debía fijar mediante instrucciones de general aplicación la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deben utilizar;

45°. Que, sin perjuicio de lo anterior, este disidente estima un imperativo categórico que los legisladores democráticos –Congreso Nacional y Presidente de la República– se hagan cargo de las evidentes inequidades e injusticias que motiva a diario la aplicación de la referida normativa, particularmente respecto de las mujeres en edad fértil y de los adultos mayores;

46°. Que así por lo demás lo señalaron diversos parlamentarios durante la discusión de la Ley N° 20.015. Así, el Senador Eduardo Frei hizo presente la necesidad de solucionar diversos problemas, como *“la desprotección de los usuarios frente a determinadas enfermedades; la discriminación por sexo y edad, y las expulsiones de afiliados por alza de precios en los planes de salud”*. El Senador Espina, por su lado, puntualizó que *“en cuanto a las Isapres, no hay duda de que hoy presentan tres grandes deficiencias: primero, generalmente el precio de los planes es alto; segundo, acusan una diferenciación por sexo y edad, que el proyecto corrige; y tercero, la reajustabilidad resulta muy incierta para los afiliados”*. El Senador Sabag, por último, concluye que *“otro aspecto que debemos destacar es la forma de fijar los precios de los planes, que se basa en el riesgo de las personas. De este modo, los planes son más caros para las mujeres en edad fértil y para los adultos mayores, lo que representa para los afiliados una suerte de discriminación, la cual se ve agravada cuando las Isapres proceden a expulsarlos del sistema”*;

47°. Que, en todo caso, es necesario recordar que el Tribunal Constitucional es el principal órgano encargado de velar por que la ley no vulnere los límites constitucionales, lo que significa, a la vez, la garantía de cierta esfera de autonomía del legislador, que comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito, conveniencia y oportunidad que lo llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa orgánica. De este modo, como se ha consignado por esta Jurisdicción Constitucional, sólo cuando el Congreso Nacional excede su ámbito de atribuciones, infringiendo los márgenes contemplados en el texto, principios o valores esenciales de la Carta Fundamental, o violente el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que éste haya incurrido (Vid., entre otros, STC Rol N° 664, c. vigesimosegundo). Dicho principio constituye una regla básica adoptada explícitamente por los más importantes Tribunales Constitucionales de Europa. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha precisado que: *“La Constitución, como marco normativo, suele de-*

jar al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales aquél puede convertir en Ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad”. Explicando dicho espacio de libertad legislativa, el Tribunal hispano ha añadido que: “El legislador es libre dentro de los límites que la Constitución establece, para elegir la regulación de tal o cual derecho o institución jurídica que considere más adecuada a sus preferencias políticas. Quien no puede dejarse llevar a este terreno es el Tribunal Constitucional”. En el mismo sentido, en Alemania, se ha precisado que “mientras no se oponga a mandatos o prohibiciones constitucionales, el Parlamento es libre en el empleo de sus facultades legislativas de configuración, en la determinación de prioridades y en el recurso a medios presupuestarios; igualmente libre es el Gobierno en su política interior y exterior o la Jurisdicción a la hora de interpretar y aplicar el derecho ordinario. El Bundesverfassungsgericht no es competente para examinar si cualquiera de tales órganos ha observado adecuadamente sus responsabilidades o ha dado con la fórmula de solución más justa” (Helmut Simon, La Jurisdicción Constitucional, en Manual de Derecho Constitucional, varios autores, 1996, p. 851). De este modo, como lo ha consignado el Tribunal Constitucional alemán, el legislador goza de un espacio de reglamentación, valoración y examen propio que, en principio, no puede ser revisado por los tribunales. (Sentencia de la Segunda Sala, 29 de octubre de 1987, Tomo 77, página 170 II, en “50 años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán”, Jürgen Schwabe, 2003, p. 92);

48°. Que, en suma, la normativa dictada el año 2005 importó acotar sustancialmente el margen de discrecionalidad en materia de tablas de factores; sin embargo, resulta evidente que las miles de acciones de protección acogidas desde el año 2005 en las Cortes de Apelaciones del país y las acciones de inaplicabilidad que motivan este proceso de inconstitucionalidad dan cuenta de una situación compleja de la que deben hacerse cargo los poderes colegisladores, cumpliendo así el mandato esencial del Estado de dar protección a las personas y a la familia y de tutelar adecuadamente la igualdad y dignidad de las mismas, principios cardinales de nuestro ordenamiento constitucional, en estricta armonía con los de servicialidad y subsidiariedad del Estado. Como nos recuerda Bobbio, los derechos sociales “obligan al Estado, como representante de la colectividad en su conjunto, a intervenir positivamente en la creación de instituciones adecuadas para hacer posible el acceso a la vivienda, para ejercer un trabajo o para recibir asistencia sanitaria” (Teoría General de la Política, Madrid, 2003, p. 545). Ello además se engarza ineludiblemente ni más ni menos que con la propia libertad de los ciudadanos. Y es que, como señala el mismo autor, “una persona instruida es más libre que una inculta; una persona que tiene un empleo es más libre que una desocupada; una persona sana es más libre que una enferma”.

Redactó la sentencia el Ministro señor Mario Fernández Baeza, las prevenciones los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto y Francisco Fernández Fredes, respectivamente. A su vez, las disidencias fueron redactadas por la Ministra señora Marisol Peña Torres y por el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán, respectivamente.

Notifíquese, regístrese y publíquese en el Diario Oficial dentro de tercero día. Cumplido lo anterior, archívese.

### **Rol Nº 1.710-2010**

Se certifica que el Ministro Enrique Navarro Beltrán concurre al acuerdo, pero no firma por encontrarse en comisión de servicios en el exterior.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

## **ROL Nº 1.711-2010**

### **REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 43 DE LA LEY Nº 19.342, QUE REGULA DERECHOS DE OBTENTORES DE NUEVAS VARIETADES VEGETALES, DEDUCIDO POR GABRIELA PAIVA HANTKE**

Santiago, siete de julio de dos mil diez.

#### **VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1°. Que, con fecha 28 de abril de 2010, la abogada Gabriela Paiva Hantke, en representación de *“HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF CANADA AS REPRESENTED BY THE MINISTER OF AGRICULTURE AND AGRI-FOOD CANADA, RESEARCH CENTRE”*, ha interpuesto

requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 43 de la Ley N<sup>º</sup> 19.342, que “regula derechos de obtentores de nuevas variedades vegetales”, en la causa sobre recurso de queja interpuesto en contra de los Ministros del Tribunal de Propiedad Industrial, de que conoce la Corte Suprema bajo el Rol de Ingreso N<sup>º</sup> 1641-2010;

2<sup>º</sup>. Que, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, de la Constitución Política, es atribución de este Tribunal: “Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”;

Por su parte, el inciso decimoprimer del mismo precepto constitucional señala: “En el caso del N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”;

3<sup>º</sup>. Que la normativa aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, de cuyas disposiciones se desprende que el pronunciamiento sobre la admisibilidad de un requerimiento de esta índole exige, previamente, resolver sobre su admisión a trámite. En este sentido, el inciso primero del artículo 47 D del aludido texto legal establece que “para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 47 A y 47 B. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales”.

Por su parte, los artículos 47 A y 47 B establecen:

“Artículo 47 A. En el caso del número 6<sup>º</sup> del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.

Si la cuestión es promovida por una parte ejerciendo la acción de inaplicabilidad, se deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.

Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las

piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.

*El tribunal deberá dejar constancia en el expediente de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes del proceso”.*

*“Artículo 47 B. El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas”;*

4°. Que, no obstante que a fojas 33 la requirente acompañó el certificado exigido por el inciso segundo del artículo 47 A –transcrito en el considerando precedente–, dicho certificado –firmado por la Secretaria de la Corte Suprema con fecha 4 de mayo de 2010– indica que *“a fojas 27 de los antecedentes rola la sentencia dictada por la segunda Sala de este Tribunal, mediante la cual el citado recurso fue **declarado inadmisibile**”;*

5°. Que, mediante resolución de fecha 19 de mayo de 2010, esta Sala decretó: *“A lo principal de fojas uno, para resolver, acredítese previamente por la requirente que la causa sobre recurso de queja seguida ante la Corte Suprema bajo el Rol N° 1641-2010, se encuentra actualmente pendiente”;*

6°. Que, atendido el tenor del certificado referido y habiendo transcurrido más de cuarenta días sin que la requirente acredite la existencia de una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial –requisito constitucional indispensable para que esta Magistratura conozca de un requerimiento de inaplicabilidad–, la acción deducida a fojas uno no podrá ser acogida a tramitación y así se declarará.

**SE RESUELVE:**

Que no se acoge a tramitación el requerimiento deducido en lo principal de fojas uno, teniéndose por no presentado, para todos los efectos legales. Al primer otrosí, estése a lo resuelto en lo principal.

Notifíquese por carta certificada a la requirente.

Archívese.

**Rol N° 1.711-2010**

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Mario Fernández Baeza y Enrique Navarro Beltrán. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.



ROL N<sup>º</sup> 1.712-2010REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, 38 TER  
DE LA LEY N<sup>º</sup> 18.933, 2<sup>º</sup> DE LA LEY N<sup>º</sup> 20.015 Y 199  
DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY N<sup>º</sup> 1, DE 2005,  
DEL MINISTERIO DE SALUD, DEDUCIDO POR  
JUANA ISAURA ORTÍZ ROZAS

Santiago, veintiocho de abril de dos mil once.

**VISTOS:**

La señora Juana Isaura Ortíz Rozas, por sí, ha deducido ante este Tribunal Constitucional acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 38 de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N<sup>º</sup> 20.015, en la parte que alude a la tabla de factor etéreo; 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933; 2<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 20.015 y 199 del Decreto con Fuerza de Ley N<sup>º</sup> 1, del Ministerio de Salud, del año 2005, en la causa sobre recurso de protección interpuesto por su parte en contra de Isapre Cruz Blanca S.A. y que se encuentra actualmente pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol de ingreso N<sup>º</sup> 1113-2010.

En cuanto a los hechos, con el mérito de lo informado por la Superintendencia de Salud en su Oficio Ord.IF/N<sup>º</sup> 475, ingresado a los autos el 21 de enero del año en curso, en cumplimiento de la medida para mejor resolver decretada a fojas 156, en el mes de julio del año 2006 se suscribió el contrato de salud vigente a esta fecha entre la requirente y la mencionada Isapre.

Consta en autos también que, mediante carta fechada el 28 de febrero de 2010, la Isapre Cruz Blanca S.A. le informó a la actora el aumento que sufriría el precio de su plan de salud –de 3,29 a 4,37 Unidades de Fomento mensuales–, por efecto del cambio del factor de riesgo que correspondía aplicar por variación de su edad (60 años) y la de una beneficiaria del mismo plan de sexo femenino (20 años).

En cuanto al conflicto constitucional que se somete al conocimiento y resolución de esta Magistratura, la actora sostiene que los preceptos legales impugnados, al autorizar el aumento del precio de su plan de salud por el simple hecho de envejecer, resultan contrarios a las garantías aseguradas por los N<sup>os</sup> 2<sup>º</sup>, 9<sup>º</sup>, 18<sup>º</sup>, 24<sup>º</sup> y 26<sup>º</sup> del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Como fundamento de lo expresado, la requirente argumenta que al autorizarse a las Isapres para ajustar los precios de los contratos de salud en relación con la edad y el sexo de los beneficiarios, las normas impug-

nadas establecen una diferencia entre los distintos grupos etéreos y entre los hombres y las mujeres, de modo que, para acceder al mismo beneficio, algunos –los de mayor edad y, dentro de ellos, las mujeres– pagan más que otros. Esta diferencia, a su juicio, sería arbitraria, porque la edad y el sexo constituyen hechos involuntarios, a diferencia de otros que involucran una exposición voluntaria al riesgo, como son los hábitos de fumar o beber en exceso. Además, hace hincapié en que sería erróneo pensar que el aumento en la edad de la persona está necesariamente vinculado a una mayor ocurrencia de enfermedades. En este punto, la señora Ortíz también plantea que las normas legales impugnadas serían arbitrarias en un sentido ético, por atentar contra la justicia.

Agrega, en seguida, que los preceptos cuestionados suponen asimismo una fuerte cortapisa a la libertad de las personas para elegir y permanecer en el plan de salud por el que optaron al celebrar el respectivo contrato de salud previsional con una determinada Isapre, siendo el fuerte y creciente aumento del precio una forma indirecta de obligarlos a salir del sistema privado de salud, vulnerando así la garantía del libre e igualitario acceso a la protección de la salud y el derecho a elegir el sistema al que la persona desee acogerse, sea estatal o privado.

Denuncia, a su vez, que la aplicación de las normas legales impugnadas en su caso concreto vulneraría su derecho a la seguridad social, en medida que éste está íntimamente vinculado tanto con la protección de la salud como con la dignidad de la persona humana. En ese sentido, la señora Juana Isaura Ortíz afirma que las Isapres, al estar facultadas para intervenir en la satisfacción del derecho a la protección de la salud de sus afiliados, deben procurar que los derechos consustanciales a la dignidad humana no sean afectados en su esencia ni menoscabados por la imposición de condiciones o requisitos que hagan imposible su libre ejercicio. Insistiendo en lo expresado, razona en orden a que la obligación de los particulares de respetar y promover los derechos inherentes a la dignidad de las personas persiste incluso en las relaciones convencionales entre privados. Por ello, sostiene, un alza de precio del plan de salud que, como en su caso particular, obligue al afiliado a emigrar del sistema privado de salud al público, constituiría un atropello ilegítimo e inconstitucional a los derechos fundamentales y sociales invocados en autos.

Según sostiene la requirente, en su caso concreto también se infringe su derecho de propiedad al aplicarse los preceptos legales cuya constitucionalidad cuestiona. Para fundar este aserto se argumenta que al serle exigido el pago de una mayor cotización para mantener los mismos beneficios que se convinieron en su oportunidad –junto con impedirle su derecho a hacer uso del sistema privado de salud que constituye un bien que ya se encuentra incorporado a su patrimonio, en tanto es cotizante cautiva–, se le estaría privando injustamente de parte de su patrimonio al

no contemplarse una contraprestación que resulte equivalente al aumento del precio del respectivo plan de salud.

Observa, finalmente, que las tablas de factores que contemplan los preceptos legales impugnados imponen como condición, requisito o tributo el aumento de la cotización mensual para permanecer en el sistema privado de salud y en el plan elegido por el respectivo cotizante, afectando así la esencia de las garantías constitucionales a que se ha aludido.

La Primera Sala de este Tribunal, por resolución que rola a fojas 28 del expediente, admitió a tramitación el requerimiento y ordenó la suspensión del procedimiento en que incide. Por resolución de fojas 95, para entrar a conocer de la admisibilidad del requerimiento deducido, la Sala dispuso que la requirente debía acompañar copia autorizada del contrato de salud referido en su libelo de fojas uno. A fojas 97, con fecha 30 de julio de 2010, el abogado Marcelo Segura Uauy, por la actora de autos, acompañó a los autos un certificado de afiliación de la señora Juana Isaura Ortiz Rozas, emitido por la Isapre Cruz Blanca S.A., en el que se indica que ella tiene tal calidad, desde el mes de junio del año 2000, y una copia simple de un contrato de salud cuya vigencia se inicia en el mes de julio de 2006 en la que aparece la firma de la actora de autos. Teniendo a la vista los antecedentes referidos la Primera Sala del Tribunal, por resolución de 20 de agosto de 2010 –fojas 113–, declaró admisible el requerimiento deducido. Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, el Tribunal puso esta acción constitucional en conocimiento de los órganos constitucionales interesados, del tribunal que conoce de la gestión pendiente y de la Isapre Cruz Blanca S.A., en su condición de parte recurrida en la gestión judicial invocada, a los efectos previstos en el artículo 86 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura.

Consta en autos que sólo la aludida Isapre, representada por el abogado José Miguel Poblete East, mediante presentación de 28 de septiembre de 2010, formuló observaciones al requerimiento deducido, solicitando al Tribunal resolver su rechazo en definitiva.

La mencionada institución ha indicado, en primer lugar, que la configuración legal del contrato de salud previsional y de la tabla de factores que las Isapres deben aplicar para calcular el monto de la cotización que debe pagar el respectivo afiliado, en conformidad a los preceptos legales cuestionados en este proceso, no coloca a nuestro país en condiciones de incumplimiento de convenciones internacionales y, en específico, del “Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas”. Agrega a lo anterior que la requirente no ha acompañado antecedentes al proceso ni tampoco habría alegado en su libelo que la modificación de la cotización de su plan de salud le resultara inasequible o que los costos del mismo plan le impidieran mantenerlo, de modo que no se apreciaría la manera en que la aplicación de los artículos cuestionados

podrían producir un efecto contrario a las normas constitucionales invocadas. Sostiene, al respecto, que las normas legales impugnadas en esta sede de inaplicabilidad no atentan en contra del derecho de igualdad ante la ley, ya que ellas establecen diferencias que estima como razonables y que obedecerían a criterios objetivos.

En relación al derecho a la protección de la salud y su exigibilidad como derecho social, la Isapre indica que para que existiera vulneración del derecho a elegir libremente el sistema de salud se requeriría que la actora acreditara en estos autos que la aplicación de los preceptos impugnados en la gestión pendiente la deja en imposibilidad absoluta de optar por el sistema privado de salud, lo que no ha ocurrido en la especie. Esta consideración la hace extensiva a las demás alegaciones hechas por la requirente, es decir, en relación a los derechos a la seguridad social y a la igualdad.

Afirma, por último, que no se vulneraría el derecho de propiedad de la actora, ya que la aplicación los preceptos impugnados no le impediría a aquélla continuar gozando de los beneficios del sistema de salud privado, a lo que agrega que la alteración del precio del plan de salud por efecto del cambio del respectivo factor etéreo se ha producido por aplicación del contrato que libre y voluntariamente ha sido pactado por las partes del mismo, enfatizando que es aquella convención la que le permite aplicar un ajuste a la contraprestación debida por la requirente, en su condición de cotizante, como equivalente contractual derivado de un aumento en el riesgo que asume por su parte.

Habiéndose traído los autos en relación, el día catorce de diciembre de dos mil diez se procedió a la vista de la causa, en forma conjunta con la vista de las causas roles N<sup>os</sup> 1.728, 1.746, 1.747 y 1.748, oyéndose sólo la relación, ya que ninguna de las partes de este proceso se presentó a alegar en la respectiva audiencia. Con la misma fecha el Tribunal decretó, como medida para mejor resolver, que se oficiara a la Superintendencia de Salud a los efectos de que se sirviera informar acerca de las condiciones del contrato de salud suscrito con la Isapre Cruz Blanca S.A. por la señora Juana Isaura Ortíz Rosas, requirente en estos autos, y las de sus modificaciones, si existieren, con indicación precisa de la fecha del contrato y de sus modificaciones.

A fojas 171 se dispuso agregar a los autos y dar cuenta al Tribunal del Oficio Ord. IF/N<sup>o</sup> 475, de 19 de enero de 2011, del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, mediante el cual se informa en cumplimiento de la referida medida para mejor resolver.

Según consta en certificación de fojas 174, con fecha 8 de marzo de 2011 se dio cuenta al Tribunal del cumplimiento de la medida para mejor resolver decretada, quedando los autos en estado de acuerdo.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.** Que, conforme con el artículo 93, incisos primero, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, y decimoprimer, de la Constitución Política de la República, según se señala en la parte expositiva de esta sentencia, en la acción deducida en autos se solicita inaplicar –en lo pertinente– los artículos 38 de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N<sup>º</sup> 20.015; 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933; 2<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 20.015 y 199 del Decreto con Fuerza de Ley N<sup>º</sup> 1, del Ministerio de Salud, del año 2005, porque su aplicación al caso concreto de que se trata resultaría contraria a los también reseñados derechos asegurados por la Constitución;

**SEGUNDO.** Que, de acuerdo con la fecha en que se celebró el contrato de salud previsional que se encuentra vigente entre la requirente y la antes individualizada Isapre, cabe descartar, a su respecto, la aplicación del artículo 38 de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N<sup>º</sup> 20.015, de modo que se rechazará desde luego la impugnación de autos dirigida en contra de tal precepto.

Igualmente, procede desestimar la acción en la parte que cuestiona el artículo 2<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, puesto que esta norma sólo determina los efectos en el tiempo de dicho cuerpo legal, precisando cómo deben adaptarse los contratos vigentes a julio de 2005 a sus disposiciones. Se trata, pues, de un precepto que se limita a regular la transitoriedad de las situaciones contractuales anteriores y posteriores al año 2005, no estableciendo, por ende, ninguna regulación sustantiva sobre los contratos de salud, susceptible de ser declarada inaplicable por inconstitucional;

**TERCERO.** Que, siéndole aplicables al caso de autos las reglas sobre alzas establecidas en los N<sup>OS</sup> 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, que corresponde también al artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N<sup>º</sup> 1, de 2005, del Ministerio de Salud, sí se acogerá el requerimiento formulado a este respecto, justamente porque su aplicación al caso específico de que se trata contraviene la Constitución.

Lo anterior, en consideración a lo ya expresado por esta Magistratura en su sentencia de 6 de agosto de 2010 (STC Rol N<sup>º</sup> 1.710), donde se declararon inconstitucionales los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del referido precepto legal, y a lo reflexionado extensamente en su jurisprudencia posterior, especialmente en su sentencia de 28 de octubre de 2010 (STC Rol N<sup>º</sup> 1.552), cuyos criterios se dan por reproducidos y no pueden sino reiterarse en esta oportunidad.

**Y TENIENDO, ADEMÁS, PRESENTE** lo dispuesto en los artículos 6<sup>º</sup> y 7<sup>º</sup> de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

**QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS UNO SÓLO EN CUANTO SE DECLARA INAPLICABLE, EN LA GESTIÓN PENDIENTE INVOCADA, EL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, QUE ACTUALMENTE CORRESPONDE AL ARTÍCULO 199 DEL DFL Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD. EN LO DEMÁS, SE RECHAZA, SIN COSTAS, EL REQUERIMIENTO INTERPUESTO. SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA A FOJAS 28 DE AUTOS, DEBIENDO OFICIARSE AL EFECTO A LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO.**

Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán concurre a lo resuelto, teniendo presente en relación a la referencia contenida en el considerando tercero respecto de la jurisprudencia posterior a la inconstitucionalidad y, en particular, a la sentencia Rol Nº 1.552, lo siguiente:

1º. Que, con fecha 6 de agosto de 2010, esta Magistratura señaló, en los autos de inconstitucionalidad Rol Nº 1.710, que “*los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley Nº 18.933 son inconstitucionales*”. Como se sabe, dicho precepto decía relación con la circunstancia de que cada rango de edad que fijare la Superintendencia en sus instrucciones se debía sujetar a las siguientes reglas: “1. El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad; 2. Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años; 3. La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan; 4. La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo.”;

2º. Que en dicha sentencia se sostuvo que “*como corolario del análisis efectuado, este Tribunal ha logrado convicción en cuanto a que los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley Nº 18.933 no cumplen los supuestos descritos en el considerando precedente y, por consiguiente, son incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, y lesionan, asimismo, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, en el sentido que todos ellos se encuentran reconocidos y asegurados en nuestra Carta Fundamental*” (c. centesimocuatrecientoscuarenta y cuatro). Por lo mismo se dejó constancia de que “*esta Magistratura estima necesario, además, hacer presente que la determinación de la estructura de las tablas de factores y la fijación de los factores de cada una de ellas deberán ajustarse a lo que establezcan, en uso de sus facultades, los órganos colegisladores para dar cabal cumplimiento a lo resuelto en este fallo*” (c. centesimosexagesimotercero). Se trata de un llamado al legislador futuro;

3°. Que en más de un centenar de pronunciamientos (roles 742, 757, 761, 837, 845, 847 a 874, 876, 878, 879, 880, 882 a 942, 949 a 962, 971, 973, 974, 975 y 978, entre otros) esta Magistratura sostuvo la improcedencia de las acciones de inaplicabilidad presentadas respecto de un precepto declarado íntegramente inconstitucional. Fundó lo anterior en atención a que *“no le corresponde pronunciarse sobre un requerimiento recaído sobre preceptos legales que no tienen carácter de tales por encontrarse derogados a la fecha en que éste fue presentado”*. Se hicieron presentes los efectos derogatorios de la declaración, entendiendo que por lo mismo la sentencia sólo produce consecuencias a futuro, considerándose como tales *“las situaciones que ocurran con posterioridad a su publicación en el Diario Oficial”*. De forma tal que carecería de *“facultades para declarar la inaplicabilidad de un precepto legal que no tiene existencia constitucional y que, además y a mayor abundamiento, como su principal consecuencia, ya no puede tener efecto alguno en la decisión del fondo de la materia en litis”*. Sin embargo, este previniente concurrió a dicha decisión en el entendido de que el conflicto constitucional no resultaba factible al haber dejado de existir el precepto legal en cuestión, presupuesto básico de la inaplicabilidad, razón por la cual el precepto legal no podía aplicarse a partir de dicha decisión;

4°. Que en estos autos se ha acogido la acción de inaplicabilidad, remitiéndose en el considerando tercero a lo resuelto en los autos Rol N<sup>º</sup> 1.552. En esta última decisión esta Magistratura hizo presente que la sentencia de inconstitucionalidad *“ha venido a afectar la totalidad de los contratos de salud en curso al 9 de agosto, donde fueron incorporadas las reglas sobre alzas que prevenían los N<sup>os</sup> 1 a 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, puesto que –a contar de esa data– tales reglas perdieron validez general y, por tanto, no pueden seguir aplicándose”*. De modo tal que no resulta posible *“que un precepto invalidado por esta Magistratura (...) pueda seguir rigiendo hacia el futuro bajo la premisa de haberse encontrado vigente al momento de perfeccionarse la antedicha relación contractual”*; concluyéndose que los contratos de salud a partir de la fecha de la sentencia no pueden estar afectos a lo dispuesto en el precepto legal declarado inconstitucional y por lo mismo *“no tiene dicho precepto efecto ultractivo por el hecho de que se hallara vigente al momento de perfeccionarse las mencionadas convenciones”*;

5°. Que, como lo señaló este previniente en todas las causas a que alude el considerando tercero de este voto, de conformidad a lo establecido en el artículo 94 de la Constitución Política de la República, inciso tercero, el precepto legal declarado inconstitucional, en este caso los números 1 a 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, *“se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”*;

6°. Que en cuanto a los antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento de la disposición, es del caso reiterar la discusión sus-

citada en torno a la controversia, a objeto de precisar el propósito del constituyente;

7°. Que, en primer trámite constitucional, en el Senado, se consagra que la norma legal que fuera declarada inconstitucional “*se entenderá derogada desde dicha publicación*”. En la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, el Senador señor Espina propuso una disposición según la cual “*la declaración de inconstitucionalidad no operará con efecto retroactivo respecto de todas aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada*”. Sobre el punto el Subsecretario del Interior de la época, señor Jorge Correa Sutil, opinó que, “*si bien intenta reafirmar la validez de aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada antes de una declaración de inconstitucionalidad, no impide que se susciten dudas en relación a actos, negocios, contratos y otros instrumentos suscritos con anterioridad a dicha declaración*”. Por su parte, el senador Larraín consideró innecesaria esta indicación pues “*las proposiciones que ella contiene son igualmente aplicables en virtud de los principios generales de derecho en esta materia, que son de común e indubitada aplicación en nuestro medio*”. Del mismo modo, los senadores Moreno y Silva Cimma “*coincidieron en cuanto a que tales disposiciones serían innecesarias*”. Así las cosas, se dejó expresa constancia en relación a que “*los fallos del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional un precepto legal producen efectos desde su publicación en el Diario Oficial y, en caso alguno, en forma retroactiva*”;

8°. Que, en segundo trámite, en la Cámara de Diputados también se discutió acerca del alcance de la inconstitucionalidad. Así, en sesión de 23 de marzo de 2005, la diputada señora Guzmán destacó la relevancia de la inconstitucionalidad, como una “*forma más consistente para asegurar la igualdad ante la ley*”. Por su parte, el diputado señor Bustos señaló la conveniencia de “*establecer un recurso de inconstitucionalidad en que la disposición quede sin efecto erga omnes como tal y, por lo tanto, inválida jurídicamente*”. El texto aprobado en segundo trámite estableció que el precepto legal declarado inconstitucional quedaría sin efecto “*de pleno derecho*”;

9°. Que, con posterioridad, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se hicieron presentes ciertas dudas que se suscitaban en lo concerniente al momento a partir del cual el precepto declarado inconstitucional quedaba sin efecto, estimándose que “*la redacción de esta norma no debería admitir la posibilidad que las resoluciones que el Tribunal Constitucional adopte en estos casos produzcan efectos retroactivos*” y solicitando al Ejecutivo recoger estas observaciones en el veto que el Presidente de la República podía formular;

10°. Que, por lo mismo, el efecto de las sentencias del Tribunal Constitucional fue materia de un veto presidencial, precisándose –en sus motivaciones– que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal “*sólo tiene carácter derogatorio y, por ende, su declaración de inconstitucionalidad*



*no tiene efecto retroactivo*". De modo tal que la disposición señala que el precepto declarado inconstitucional *"se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo"*. En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se consignó que este veto correspondía a *"ajustes que se han efectuado a diversos numerales del artículo 82"*. Esta materia fue aprobada en la Sala sin discusión y por unanimidad. La Cámara de Diputados a su turno también la aprobó, destacándose por los diputados Guzmán y Bustos la relevancia de la acción de inconstitucionalidad;

**11°.** Que sobre el punto la doctrina especializada ha señalado que la decisión del constituyente en cuanto al efecto derogatorio y no retroactivo, *ex nunc*, *"es compleja y no exenta de críticas"*, habida consideración de que ello *"tiene enormes implicancias y se relaciona con juicios sentenciados conforme a preceptos legales declarados inconstitucionales; con procesos en marcha, y derechos, situaciones o posiciones adquiridas en dicho período conforme a un precepto legal inconstitucional"*, incluso en materias tan relevantes como la penal; sin embargo, concluye, *"la Constitución es categórica: prohíbe aplicar efectos retroactivos a una sentencia de inconstitucionalidad"*. (Gastón Gómez Bernales, La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional, en Reforma Constitucional, 2005, página 683). Otro autor ha puntualizado, con motivo de la prohibición de efecto retroactivo de la sentencia de inconstitucionalidad, que la regla constitucional *"parece excesivamente rígida, ya que en algunos casos excepcionales se puede requerir que la sentencia pueda generar efectos ex tunc. Un caso concreto donde parece razonable la aplicación de criterios ex tunc es cuando se impugna la inconstitucionalidad de un precepto legal por vicios de procedimiento o forma; declarada la inaplicabilidad en concreto y solicitada la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, parece difícil sostener que una norma que no pudo nacer constitucionalmente pueda considerarse válida e integrante del ordenamiento jurídico hasta el momento de la expulsión por fallo del Tribunal Constitucional; parece que en tal caso se justifican los efectos ex tunc, dejando a salvo los derechos adquiridos y la cosa juzgada"*. (Humberto Nogueira Alcalá, El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad de las leyes en la reforma constitucional de 2005. De la competencia del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias, en La Constitución Reformada de 2005, páginas 444 y 445);

**12°.** Que de lo dicho se desprende que el propósito del constituyente fue evitar que la decisión de inconstitucionalidad pudiera tener efectos retroactivos, de forma tal de no alterar situaciones jurídicas consolidadas o amparadas por sentencia o resolución que produzca efectos de cosa juzgada. Como señaló esta misma Magistratura, en los autos de inconstitucionalidad: *"de lo expresado anteriormente, debe concluirse que el artículo 94 de la Constitución, al referirse a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y señalar que la norma declarada inconstitucional se entenderá derogada, alude*

a una especie de derogación *sui generis*, que debe distinguirse de la derogación efectuada por el legislador, toda vez que no responde a razones de mérito sino a la verificación de un vicio constitucional de orden público; por lo mismo, un efecto ultractivo de las normas derogadas es limitado y sólo opera para el futuro” (c. vigesimoséptimo). De este modo, “la sentencia que dicte el Tribunal Constitucional no puede afectar situaciones consolidadas, esto es, nacidas y concluidas bajo el imperio de la o las normas declaradas inconstitucionales” (c. centesimosexagesimoctavo). En otras palabras, el hecho de que su sentencia carezca de efectos retroactivos significa que “no afecta situaciones acaecidas ni actos realizados con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial” (STC Rol N° 597, c. quinto);

**13°.** Que así las cosas, teniendo presente la circunstancia de que los numerales 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 han sido derogados como consecuencia de la sentencia dictada por este Tribunal, en conformidad a lo prescrito en el artículo 94 de la Constitución Política de la República, debe concluirse que la disposición no puede recibir aplicación en la causa *sub lite*, tal como se señaló en los autos Rol N° 685;

**14°.** Que, por último, a este Tribunal, como también lo ha señalado esta Magistratura, no le corresponde pronunciarse sobre la validez de los pactos contractuales suscritos con anterioridad a la publicación en el Diario Oficial de la sentencia de inconstitucionalidad, lo que es de resorte y competencia exclusiva del juez de la instancia (STC Rol N° 685, c. decimotercero). Por lo mismo, tal como lo comunicó este Tribunal frente a una consulta formulada por la Corte Suprema, en resolución de 17 de julio de 2007, “la sentencia de inconstitucionalidad dictada por este organismo y a la que alude el oficio, no puede, ni puede producir, ningún efecto respecto de la facultad privativa que tiene vuestra Excelencia para resolver, en ejercicio de su competencia, la causa *sub lite*”. De igual forma como también le corresponderá a la judicatura ordinaria determinar si el precepto legal no resulta aplicable a la litis en atención a la fecha de suscripción de los contratos respectivos de salud, tal como lo han señalado este Tribunal (STC roles N°s 1.544, 1.644 y 1.646) y la propia Sala Constitucional de la Corte Suprema (Rol N° 7779-2008).

**El Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney** concurre al fallo con la siguiente prevención:

**1°.** Que, dado el carácter de legislador negativo del Tribunal Constitucional, las sentencias que establecen la inconstitucionalidad de un precepto legal sólo producen efectos constitutivos *erga omnes* y *ex nunc* o *pro futuro* a partir de su publicación en el Diario Oficial, sin afectar situaciones consolidadas mediante contratos celebrados al amparo de la norma cuya inconstitucionalidad se declara;

2°. Que el tema de los efectos de tales sentencias en el tiempo fue ampliamente debatido durante la reforma a la Constitución efectuada el año 2005, cuando se introdujo la facultad contenida en el actual artículo 93, N<sup>º</sup> 7°, de la Constitución. En dicha ocasión, a sugerencia del Ministro Eugenio Valenzuela, se alcanzó consenso respecto a la necesidad de evitar incertidumbres del todo inconvenientes para el ordenamiento jurídico, especialmente en materia civil. Como consta en la historia fidedigna de dicha reforma, se estimó conveniente dejar expresa constancia en relación a que los fallos del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional un precepto legal producen efectos desde su publicación en el Diario Oficial y, en caso alguno, tienen efecto retroactivo (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Boletines N<sup>OS</sup> 2.526-07 y 2.534-07, p. 278);

3°. Que lo anterior fue reforzado por el veto enviado por el Ejecutivo, el cual estableció que *“no obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”*, no dejando lugar a dudas sobre los alcances exclusivamente prospectivos de tales sentencias;

4°. Que, al efecto, se tuvo en consideración el ejemplo de otros países, como Italia, donde impera el principio de irretroactividad de las sentencias de inconstitucionalidad, sin que se vea lesionada o menoscabada la supremacía constitucional;

5°. Que, en consecuencia, una declaración de inconstitucionalidad por parte de esta Magistratura no puede afectar los derechos legalmente constituidos ni las situaciones consolidadas mediante contratos celebrados con anterioridad, tal como lo sostiene la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes;

6°. Que, por tanto, los procesos judiciales que se suscitaron antes de la sentencia de este Tribunal que declaró inconstitucional parte del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, sobre la aplicación de los contratos de salud válidamente celebrados con antelación a esa fecha, deben ser resueltos conforme a las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la sentencia de inconstitucionalidad de esta Magistratura;

7°. Que, por ende, corresponde acoger el presente recurso de inaplicabilidad por las razones de fondo que esta Magistratura ha señalado en numerosas oportunidades, pues, efectivamente, la posible aplicación del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, actual artículo 199 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, del Ministerio de Salud, de 2005, en el caso en cuestión provocaría efectos contrarios a la Constitución.

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben y las prevenciones, sus respectivos autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol Nº 1.712-2010**

Se certifica que el Ministro señor Mario Fernández Baeza concurrió a la vista de la causa y al acuerdo del fallo, pero no firma por haber cesado en su cargo.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

**ROL Nº 1.713-2010**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38 DE LA LEY  
Nº 18.933, (EN LA PARTE QUE ALUDE A LA TABLA DE FACTOR  
ETÁREO), ANTERIOR A LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY  
Nº 20.015; 38 TER DE LA MISMA LEY Nº 18.933, INCORPORADO  
POR LA LEY 20.015; 2º DE LA ALUDIDA LEY Nº 20.015; Y 199  
DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 1, DEL AÑO 2005,  
DEL MINISTERIO DE SALUD, DEDUCIDO POR  
MAURICIO ALEJANDRO RODWAY FLORES**

Santiago, once de enero de dos mil once.

**VISTOS:**

Con fecha 29 de abril de 2010, Mauricio Alejandro Rodway Flores ha requerido a esta Magistratura Constitucional para que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de las siguientes normas: el artículo 38 de la Ley Nº 18.933, Ley de Isapres, (en la parte que alude a la tabla de factor etáreo), anterior a la entrada en vigencia de la Ley Nº 20.015; el artículo 38 ter de la misma Ley Nº 18.933, incorporado por la Ley 20.015; el artículo 2º de la aludida Ley Nº 20.015; y el artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 1/2005, del Ministerio de Salud.

La gestión judicial invocada es el proceso Rol N<sup>º</sup> 4072-10, seguido ante el Tribunal Arbitral de la Superintendencia de Salud, en contra de Isapre VIDA TRES S.A., en el cual se solicita dejar sin efecto el alza de precio del plan por factor de edad. Detalla que el aumento del total de sus cotizaciones por este concepto es de 4,2 a 4,492 Unidades de Fomento mensuales, por un cambio de factor etéreo de 1 a 1,2.

Sostiene el actor que, en su caso concreto, la aplicación de los preceptos impugnados resulta contraria a las garantías establecidas en el artículo 19, números 2<sup>º</sup>, 9<sup>º</sup>, 24<sup>º</sup> y 26<sup>º</sup>, de la Carta Fundamental, relativos a la igualdad ante la ley, el derecho a la protección de la salud, el derecho de propiedad y el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales, de acuerdo a las argumentaciones ya conocidas en reiterados casos anteriores por este Tribunal, basadas en afirmaciones tales como que las normas impugnadas prescindirían de consideraciones de ética y de justicia, a la vez que abandonarían ejes de libertad, y que la actuación de la requerida constituiría un verdadero castigo al hecho natural del envejecimiento.

Con fecha 5 de mayo de 2010 la Primera Sala admitió a trámite el requerimiento y ordenó suspender el procedimiento de la gestión en que incide, confiriendo traslado a la Isapre requerida para resolver acerca de la admisibilidad y ordenándole acompañar copia autorizada del contrato de salud, con sus modificaciones posteriores. La Isapre mencionada no evacuó el traslado conferido y a fojas 33 acompañó el contrato de salud, de fecha 31 de mayo de 2007, y sus modificaciones. Posteriormente, con fecha 15 de junio de 2010, la acción fue declarada admisible, notificándose a los órganos colegisladores y confiriéndose traslado para formular observaciones acerca del fondo a la Isapre requerida. Con fecha 15 de julio de 2010, la Isapre evacuó el traslado solicitando el rechazo del requerimiento por no ser las normas impugnadas contrarias a la Constitución, a cuyo efecto argumentó de la manera ya conocida por este Tribunal en causas anteriores, es decir, que la tabla de factores se basaría en elementos objetivos, determinados con antelación, que el requirente no está siendo expulsado del sistema y que sus derechos no serían ilimitados, por lo que no existiría ni inconstitucionalidad ni arbitrariedad.

Se ordenó traer los autos en relación y en audiencia de fecha 23 de noviembre de 2010 se procedió a la vista de la causa.

#### CONSIDERANDO:

**PRIMERO.** Que, conforme con el artículo 93, incisos primero, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, y undécimo, de la Constitución Política de la República, en la acción deducida en autos se solicita inaplicar –en lo pertinente– los artículos 38 de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N<sup>º</sup> 20.015; 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933; 2<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 20.015 y 199 del Decreto con Fuerza de

Ley Nº 1, del Ministerio de Salud, del año 2005, porque su aplicación al caso concreto de que se trata resultaría contraria a los reseñados derechos asegurados por la Constitución;

**SEGUNDO.** Que, de acuerdo con la fecha en que se celebró el contrato de salud previsional entre el requirente y la antes individualizada Isapre, cabe descartar, a su respecto, la aplicación del artículo 38 de la Ley Nº 18.933, vigente con anterioridad a la Ley Nº 20.015, de modo que se rechazará desde luego la impugnación de autos en contra de tal precepto.

Igualmente procede desestimar el cuestionamiento apuntado en la especie en contra del artículo 2º de la Ley Nº 20.015, precepto legal que se limita a regular la entrada en vigencia de esta ley, acaecida en el mes de julio del año 2005, y su forma de aplicación a los contratos de salud previsional que se celebren con posterioridad a ella, sin perjuicio de que, en su inciso final, hace también aplicables sus disposiciones respecto de contratos anteriores en el evento de que el afiliado –con posterioridad a su entrada en vigencia– optare por aceptar un plan alternativo o contratar un nuevo plan, situación que no acontece respecto del requirente;

**TERCERO.** Que, siéndole aplicables al caso de autos las reglas sobre alzas establecidas en los N°s 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley Nº 18.933, que corresponde también al artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 1 de 2005, del Ministerio de Salud, se acogerá el requerimiento formulado a este respecto, justamente porque su aplicación al caso específico de que se trata contraviene la Constitución.

Lo anterior, en consideración a lo ya expresado por esta Magistratura en su sentencia de 6 de agosto de 2010 (Rol Nº 1.710), donde se declararon inconstitucionales los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del referido precepto legal, y a lo reflexionado extensamente en su jurisprudencia posterior, especialmente en su sentencia de 28 de octubre de 2010 (Rol Nº 1.552), cuyos criterios se dan por reproducidos y no pueden sino reiterarse en esta oportunidad;

**CUARTO.** Que, así las cosas, en procura de hacer eficaz lo resuelto en la mencionada sentencia de inconstitucionalidad y a fin de evitar cualquier posibilidad de que la norma legal objetada pueda, eventualmente, aplicarse por los tribunales que conocen de la gestión pendiente y que, al hacerlo, se vulnera la Constitución, el presente recurso de inaplicabilidad será acogido;

**QUINTO.** Que, sin que se lastime ningún principio fundamental de nuestro sistema jurídico, motivos de racionalidad procesal y oportunidad de decisión hacen aconsejable que, tratándose de la resolución de un asunto controvertido que, por sus antecedentes fácticos, por la calidad de las partes involucradas, por las disposiciones constitucionales en juego y, en fin, por la médula de las pretensiones encontradas que configuran el conflicto constitucional, es, en sustancia, el mismo que se ha resuelto en

procesos anteriores y recientes, se omita la reiteración, en cada caso, de extensos y complejos razonamientos que, en definitiva, no serán sustancialmente distintos a los anteriormente invocados, en circunstancias que, por la amplia publicidad de las sentencias y la estabilidad de la jurisprudencia, es posible remitirse a ella sin que se justifique reproducir, en cada caso, toda la argumentación.

Y TENIENDO, ADEMÁS, PRESENTE lo preceptuado en los artículos pertinentes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

**QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS UNO, sólo en cuanto se declara la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, correspondiente al artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N<sup>º</sup> 1, de 2005, del Ministerio de Salud. Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 20. Oficiese a la Superintendencia de Salud.**

**Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán** no comparte los considerandos tercero y cuarto y tiene adicionalmente presentes las siguientes motivaciones:

1°. Que con fecha 6 de agosto de 2010 esta Magistratura señaló, en los autos de inconstitucionalidad Rol N<sup>º</sup> 1710, que *“los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 son inconstitucionales”*. Como se sabe, dicho precepto decía relación con la circunstancia de que cada rango de edad que fijare la Superintendencia en sus instrucciones se debía sujetar a las siguientes reglas: *“1. El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad; 2. Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años; 3. La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan; 4. La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo.”*;

2°. Que en dicha sentencia se sostuvo que *“como corolario del análisis efectuado, este Tribunal ha logrado convicción en cuanto a que los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 no cumplen los supuestos descritos en el considerando precedente y, por consiguiente, son incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, y lesionan, asimismo, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, en el sentido que todos ellos se encuentran reconocidos y asegurados en nuestra Carta Fundamental”* (c. centesimocuatrecientoscuarenta y cuatro). Por lo mismo se dejó constancia de que *“esta Magistratura estima necesario,*

además, hacer presente que la determinación de la estructura de las tablas de factores y la fijación de los factores de cada una de ellas **deberán ajustarse** a lo que establezcan, en uso de sus facultades, los órganos colegisladores para dar cabal cumplimiento a lo resuelto en este fallo” (c. centesimosexagesimotercero). Se trata de un llamado al legislador futuro;

3°. Que en más de un centenar de pronunciamientos (STC roles N<sup>os</sup> 742, 757, 761, 837, 845, 847 a 874, 876, 878, 879, 880, 882 a 942, 949 a 962, 971, 973, 974, 975 y 978, entre otros) esta Magistratura sostuvo la improcedencia de las acciones de inaplicabilidad presentadas respecto de un precepto declarado íntegramente inconstitucional. Fundó lo anterior en atención a que *“no le corresponde pronunciarse sobre un requerimiento recaído sobre preceptos legales que no tienen carácter de tales por encontrarse derogados a la fecha en que éste fue presentado”*. Se hicieron presentes los efectos derogatorios de la declaración, entendiendo que por lo mismo la sentencia sólo produce consecuencias a futuro, entendiéndose por tales *“las situaciones que ocurran con posterioridad a su publicación en el Diario Oficial”*. De forma tal que carecería de *“facultades para declarar la inaplicabilidad de un precepto legal que no tiene existencia constitucional y que, además y a mayor abundamiento, como su principal consecuencia, ya no puede tener efecto alguno en la decisión del fondo de la materia en litis”*. Sin embargo, este previniente concurrió a dicha decisión en el entendido que el conflicto constitucional no resultaba factible al haber dejado de existir el precepto legal en cuestión, presupuesto básico de la inaplicabilidad, razón por la cual el precepto legal no podía aplicarse a partir de dicha decisión;

4°. Que en estos autos se ha acogido la acción de inaplicabilidad, remitiéndose en el considerando tercero a lo resuelto en los autos Rol N<sup>o</sup> 1.552. En esta última decisión esta Magistratura hizo presente que la sentencia de inconstitucionalidad *“ha venido a afectar la totalidad de los contratos de salud en curso al 9 de agosto, donde fueron incorporadas las reglas sobre alzas que prevenían los N<sup>os</sup> 1 a 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>o</sup> 18.933, puesto que –a contar de esa data– tales reglas perdieron validez general y, por tanto, no pueden seguir aplicándose”*. De modo tal que no resulta posible *“que un precepto invalidado por esta Magistratura (...) pueda seguir rigiendo hacia el futuro bajo la premisa de haberse encontrado vigente al momento de perfeccionarse la antedicha relación contractual”*; concluyéndose que los contratos de salud a partir de la fecha de la sentencia no pueden estar afectos a lo dispuesto en el precepto legal declarado inconstitucional y por lo mismo *“no tiene dicho precepto efecto ultratractivo por el hecho de que se hallara vigente al momento de perfeccionarse las mencionadas convenciones”*;

5°. Que, como lo señaló este previniente en todas las causas a que alude el considerando 3° de este voto, de conformidad a lo establecido en el artículo 94 de la Constitución Política de la República, inciso tercero, el precepto legal declarado inconstitucional, en este caso los números 1 a



4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, “*se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo*”;

6°. Que en cuanto a los antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento de la disposición, es del caso reiterar la discusión suscitada en torno a la controversia, a objeto de precisar el propósito del constituyente;

7°. Que, en primer trámite constitucional, en el Senado, se consagraba que la norma legal que fuera declarada inconstitucional “se entenderá **derogada** desde dicha publicación”. En la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, el Senador señor Espina propuso una disposición según la cual “*la declaración de inconstitucionalidad **no operará con efecto retroactivo** respecto de todas aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada*”. Sobre el punto el Subsecretario del Interior de la época, señor Jorge Correa Sutil, opinó que, “*si bien intenta reafirmar la validez de aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada antes de una declaración de inconstitucionalidad, no impide que se susciten dudas en relación a actos, negocios, contratos y otros instrumentos suscritos con anterioridad a dicha declaración*”. Por su parte, el senador Larraín consideró innecesaria esta indicación pues “*las proposiciones que ella contiene son igualmente aplicables en virtud de los principios generales de derecho en esta materia, que son de común e indubitada aplicación en nuestro medio*”. Del mismo modo, los senadores Moreno y Silva Cimma “*coincidieron en cuanto a que **tales disposiciones serían innecesarias***”. Así las cosas, se dejó expresa constancia en relación a que “*los fallos del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional un precepto legal producen efectos desde su publicación en el Diario Oficial y, **en caso alguno, en forma retroactiva***”;

8°. Que, en segundo trámite, en la Cámara de Diputados también se discutió acerca del alcance de la inconstitucionalidad. Así, en sesión de 23 de marzo de 2005, la diputada señora Guzmán destacó la relevancia de la inconstitucionalidad, como una “*forma más consistente para asegurar la igualdad ante la ley*”. Por su parte, el diputado señor Bustos señaló la conveniencia de “*establecer un recurso de inconstitucionalidad en que la disposición quede erga omnes sin efecto como tal y, por lo tanto, **inválida** jurídicamente*”. El texto aprobado en segundo trámite establecía que el precepto legal declarado inconstitucional quedaría sin efecto “de pleno derecho”;

9°. Que, con posterioridad, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se hicieron presentes ciertas dudas que se suscitaban en lo concerniente al momento a partir del cual el precepto declarado inconstitucional quedaba sin efecto, estimando que “*la redacción de esta norma **no debería admitir la posibilidad que las resoluciones que el Tribunal Constitucional adopte en estos casos produzcan efectos retroactivos***” y solicitando al Ejecutivo recoger estas observaciones en el veto que el Presidente de la República podía formular;

**10°.** Que, por lo mismo, el efecto de las sentencias del Tribunal Constitucional fue materia de un veto presidencial, precisándose –en sus motivaciones– que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal “*sólo tiene carácter derogatorio y, por ende, su declaración de inconstitucionalidad no tiene efecto retroactivo*”. De modo tal que la disposición señala que el precepto declarado inconstitucional “*se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoga el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo*”. En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se consignó que este veto correspondía a “*ajustes que se han efectuado a diversos numerales del artículo 82*”. Esta materia fue aprobada en la Sala sin discusión y por unanimidad. La Cámara de Diputados a su turno también lo aprobó, destacándose por los diputados Guzmán y Bustos la relevancia de la acción de inconstitucionalidad;

**11°.** Que sobre el punto la doctrina especializada ha señalado que la decisión del constituyente en cuanto al efecto derogatorio y no retroactivo, *ex nunc*, “*es compleja y no exenta de críticas*”, habida consideración de que ello “*tiene enormes implicancias y se relaciona con juicios sentenciados conforme a preceptos legales declarados inconstitucionales; con procesos en marcha, y derechos, situaciones o posiciones adquiridas en dicho período conforme a un precepto legal inconstitucional*”, incluso en materias tan relevantes como la penal; sin embargo, concluye, “*la Constitución es categórica: prohíbe aplicar efectos retroactivos a una sentencia de inconstitucionalidad*”. (Gastón Gómez Bernales, La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional, en Reforma Constitucional, 2005, página 683). Otro autor ha puntualizado, con motivo de la prohibición de efecto retroactivo de la sentencia de inconstitucionalidad, que la regla constitucional “*parece excesivamente rígida, ya que en algunos casos excepcionales se puede requerir que la sentencia pueda generar efectos ex tunc. Un caso concreto donde parece razonable la aplicación de criterios ex tunc es cuando se impugna la inconstitucionalidad de un precepto legal por vicios de procedimiento o forma; declarada la inaplicabilidad en concreto y solicitada la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, parece difícil sostener que una norma que no pudo nacer constitucionalmente pueda considerarse válida e integrante del ordenamiento jurídico hasta el momento de la expulsión por fallo del Tribunal Constitucional; parece que en tal caso se justifican los efectos ex tunc, dejando a salvo los derechos adquiridos y la cosa juzgada*”. (Humberto Nogueira Alcalá, El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad de las leyes en la reforma constitucional de 2005. De la competencia del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias, en La Constitución Reformada de 2005, páginas 444 y 445);

**12°.** Que de lo dicho se desprende que el propósito del constituyente fue evitar que la decisión de inconstitucionalidad pudiera tener efectos retroactivos, de forma tal de no alterar situaciones jurídicas consolidadas o amparadas por sentencia o resolución que produzca efectos de cosa juz-

gada. Como señaló esta misma Magistratura, en los autos de inconstitucionalidad: “de lo expresado anteriormente, debe concluirse que el artículo 94 de la Constitución, al referirse a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, y señalar que la norma declarada inconstitucional se entenderá derogada, alude a una **especie de derogación sui generis**, que debe distinguirse de la derogación efectuada por el legislador; toda vez que no responde a razones de mérito sino a la verificación de un vicio constitucional de orden público; por lo mismo, un efecto ultractivo de las normas derogadas es limitado y sólo opera para el futuro” (c. vigesimoséptimo). De este modo, “la sentencia que dicte el Tribunal Constitucional no puede afectar situaciones consolidadas, esto es, nacidas y concluidas bajo el imperio de la o las normas declaradas inconstitucionales” (c. centesimosexagesimooctavo). En otras palabras, el hecho de que su sentencia carezca de efectos retroactivos significa que “**no afecta situaciones acaecidas ni actos realizados con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial**” (STC Rol N<sup>º</sup> 597, c. quinto);

13°. Que así las cosas, teniendo presente la circunstancia de que los numerales 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 han sido derogados como consecuencia de la sentencia dictada por este Tribunal, en conformidad a lo prescrito en el artículo 94 de la Constitución Política de la República, debe concluirse que la disposición no puede recibir aplicación en la causa *sub lite*, tal como se señaló en los autos Rol N<sup>º</sup> 685;

14°. Que, por último, a este Tribunal, como también lo ha señalado esta Magistratura, no le corresponde pronunciarse sobre la validez de los pactos contractuales suscritos con anterioridad a la publicación en el Diario Oficial de la sentencia de inconstitucionalidad, lo que es de resorte y competencia exclusiva del juez de la instancia (STC Rol N<sup>º</sup> 685, c. decimotercero). Por lo mismo, tal como lo comunicó este Tribunal frente a una consulta formulada por la Corte Suprema, en resolución de 17 de julio de 2007, “la sentencia de inconstitucionalidad dictada por este organismo y a la que alude el oficio, no puede, ni pueden producir, ningún efecto respecto de la **facultad privativa que tiene vuestra Excelencia para resolver, en ejercicio de su competencia, la causa sub lite**”. De igual forma como también le corresponderá a la judicatura ordinaria determinar si el precepto legal no resulta aplicable a la litis en atención a la fecha de suscripción de los contratos respectivos de salud, tal como lo han señalado este Tribunal (STC roles N<sup>os</sup> 1.544, 1.644 y 1.646) y la propia Sala Constitucional de la Corte Suprema (Rol N<sup>º</sup> 7779-2008).

### **El Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney concurre al fallo con la siguiente prevención:**

1°. Que, dado el carácter de legislador negativo del Tribunal Constitucional, las sentencias que establecen la inconstitucionalidad de un precepto legal sólo producen efectos constitutivos *erga omnes* y *ex nunc* o *pro*

*futuro* a partir de su publicación en el Diario Oficial, sin afectar situaciones consolidadas mediante contratos celebrados al amparo de la norma cuya inconstitucionalidad se declara;

2°. Que el tema de los efectos de tales sentencias en el tiempo fue ampliamente debatido durante la reforma a la Constitución efectuada el año 2005, cuando se introdujo la facultad contenida en el actual artículo 93, N° 7°, de la Constitución. En dicha ocasión, a sugerencia del Ministro Eugenio Valenzuela, se alcanzó consenso respecto a la necesidad de evitar incertidumbres del todo inconvenientes para el ordenamiento jurídico, especialmente en materia civil. Como consta en la historia fidedigna de dicha reforma, se estimó conveniente dejar expresa constancia en relación a que los fallos del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional un precepto legal producen efectos desde su publicación en el Diario Oficial y, en caso alguno, tienen efecto retroactivo (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Boletines N°s 2.526-07 y 2.534-07, p. 278);

3°. Que, lo anterior fue reforzado por el veto enviado por el Ejecutivo, el cual estableció que *“no obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoga el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”*, no dejando lugar a dudas sobre los alcances exclusivamente prospectivos de tales sentencias;

4°. Que, al efecto, se tuvo en consideración el ejemplo de otros países, como Italia, donde impera el principio de irretroactividad de las sentencias de inconstitucionalidad, sin que se vea lesionada o menoscabada la supremacía constitucional;

5°. Que, en consecuencia, una declaración de inconstitucionalidad por parte de esta Magistratura no puede afectar los derechos legalmente constituidos ni las situaciones consolidadas mediante contratos celebrados con anterioridad, tal como lo sostiene la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes;

6°. Que, por tanto, los procesos judiciales que se suscitaron antes de la sentencia de este Tribunal que declaró inconstitucional parte del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, sobre la aplicación de los contratos de salud válidamente celebrados con antelación a esa fecha, deben ser resueltos conforme a las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la sentencia de inconstitucionalidad de esta Magistratura;

7°. Que, por ende, corresponde acoger el presente recurso de inaplicabilidad por las razones de fondo que esta Magistratura ha señalado en numerosas oportunidades, pues, efectivamente, la posible aplicación del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, actual artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005, en el caso en cuestión provocaría efectos contrarios a la Constitución.

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben y las prevenciones, sus autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

### **Rol N<sup>º</sup> 1.713-2010**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Enrique Navarro Beltrán, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado y el Suplente de Ministro señor Christian Suárez Crothers. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

## **ROL N<sup>º</sup> 1.714-2010**

### **REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 3<sup>º</sup> TRANSITORIO DE LA LEY N<sup>º</sup> 20.158, DEDUCIDO POR PATRICIA DEL CARMEN AVENDAÑO Y OTROS**

Santiago, dieciocho de mayo de dos mil diez.

#### **VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1<sup>º</sup>. Que, con fecha 22 de abril de 2010, el abogado Juan Carlos Quezada, en representación de las personas que individualiza, ha requerido a esta Magistratura Constitucional para que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 3<sup>º</sup> transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 20.158, en relación con aplicación de la expresión “renuncia voluntaria”, contenida en el inciso 2<sup>º</sup> del artículo 2<sup>º</sup> transitorio del mismo cuerpo normativo, en el marco del juicio laboral ordinario RIT O-105-2009, del Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, caratulado “AVENDAÑO AHUMADA PATRICIA DEL CARMEN Y OTRAS con ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE TALCA”, en actual tramitación ante la Corte Suprema bajo el Rol N<sup>º</sup> 1491-2010, según consta en el certificado acompañado. A fojas 95, la parte requirente enmienda y complementa el requerimiento, señalan-

do como preceptiva impugnada “los artículos 2º y 3º transitorios de la Ley Nº 20.158”;

2º. Que, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, Nº 6º, de la Constitución Política, es atribución de este Tribunal: “Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”;

A su turno, el inciso decimoprimer del mismo precepto señala: “En el caso del Nº 6º, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”;

3º. Que la normativa aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, la cual razona en el sentido de que el pronunciamiento sobre la admisibilidad de un requerimiento de esta naturaleza establecido por la Ley Fundamental exige, previamente, resolver sobre la admisión a trámite del requerimiento. Así, el inciso primero del artículo 47 D de dicho texto legal establece que: “Para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 47 A y 47 B. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales”.

Por su parte, los artículos 47 A y 47 B de la legislación aludida establecen:

“Artículo 47 A. En el caso del número 6º del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.

Si la cuestión es promovida por una parte ejerciendo la acción de inaplicabilidad, se deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.

Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.

*El tribunal deberá dejar constancia en el expediente de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes del proceso”.*

*“Artículo 47 B. El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas”;*

4°. Que el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento de inaplicabilidad deducido en la Segunda Sala de esta Magistratura;

5°. Que el examen de la acción constitucional interpuesta permite concluir que ella no satisface las exigencias previstas en los artículos 47 A y 47 B, transcritos precedentemente, para que pueda ser acogida a tramitación.

En efecto, mediante el requerimiento no logran los actores formar convicción a esta Sala acerca de poder dar por establecida una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya el libelo, ni tampoco acerca de cómo a partir de ellos se produciría, consecuencialmente, el eventual resultado de infracción constitucional, en los términos exigidos por el artículo 47 B transcrito, sin que la presentación de fojas 95 altere dicha circunstancia, en la medida que no se justifican los vicios alegados respecto del artículo 2° transitorio de la Ley N° 20.158.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 6°, 7° y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República y en los artículos 47 A, 47 B y 47 D de la Ley N° 17.997,

**SE RESUELVE:**

Que no se acoge a tramitación el requerimiento deducido en lo principal de fojas uno, complementado y enmendado a fojas 95, teniéndose por no presentado, para todos los efectos legales; al primer otrosí, ténganse por acompañados los documentos que indica; al segundo otrosí, atendido lo resuelto respecto de lo principal, no ha lugar; al tercer otrosí, téngase presente. Proveyendo al escrito de fojas 95, estése al mérito de lo resuelto.

Notifíquese por carta certificada al requirente.

Archívese.

**Rol N° 1.714-2010**

Se certifica que el Ministro señor José Luis Cea Egaña no firma la presente resolución, no obstante haber concurrido al acuerdo, por encontrarse ausente.

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor José Luis Cea Egaña, y los Ministros señora Marisol Peña Torres y señores Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

**ROL N° 1.715-2010**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 3°  
TRANSITORIO DE LA LEY N° 20.158,  
DEDUCIDO ALICIA GABRIELA ALEGRÍA CANCINO Y OTROS**

**RESOLUCIÓN QUE NO ACOGE A TRAMITACIÓN  
EL REQUERIMIENTO, DE FECHA 18 DE MAYO DE 2010,  
EN EL MISMO SENTIDO QUE EN ROL N° 1.714**

**ROL N° 1.716-2010**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 22 DEL DECRETO  
CON FUERZA DE LEY N° 707, MODIFICADO POR EL ARTÍCULO  
38 DE LA LEY N° 19.806 Y DEL ARTÍCULO TRANSITORIO  
DE LA MISMA LEY MODIFICATORIA, DEDUCIDO POR  
NANCY CAZORLA JARA**

Santiago, nueve de junio de dos mil diez.

Proveyendo a lo principal de fojas 42, no ha lugar. Al otrosí, téngase por acompañado el documento.



**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1°. Que, por resolución de 13 de mayo de 2010, esta Sala acogió a tramitación el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que ha deducido el abogado señor Carlos Gatica Illanes, en representación de doña Nancy Cazorla Jara, “*respecto de la aplicación que se hace del actual texto del art. 22 del D.F.L. 707 ‘Sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques’, modificado por el art. 38 de la Ley 19.806 ‘SOBRE NORMAS ADECUATORIAS DEL SISTEMA LEGAL CHILENO DE REFORMA PROCESAL PENAL y del artículo transitorio de esa ley modificatoria’*”, en la causa sobre giro doloso de cheques caratulada “*Contra Nancy Cazorla Jara*”, que se encuentra actualmente pendiente en recurso de casación en la forma y en el fondo ante la Excma. Corte Suprema, bajo el Rol IC N° 9363-2009;

2°. Que, en la misma resolución y a efectos de pronunciarse sobre la admisibilidad del requerimiento interpuesto, esta Magistratura confirió traslado por cinco días a las demás partes intervinientes en la gestión *sub lite*, traslados que conforme consta en autos no fueron evacuados en tiempo y forma;

3°. Que el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Constitución Política establece que es atribución de este Tribunal Constitucional “*resolver; por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.*”.

El inciso decimoprimer del mismo precepto de la Carta Fundamental señala que “*en el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.*”;

4°. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, que en su artículo 47 F establece:

“*Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:*

1° *Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado;*

2° *Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;*

3° Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada;

4° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal;

5° Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y

6° Cuando carezca de fundamento plausible.

Declarada la inadmisibilidad por resolución que deberá ser fundada, ésta será notificada a quien haya recurrido, al juez que conozca de la gestión judicial pendiente y a las demás partes que intervengan en ella, y el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.

La resolución que declare la admisibilidad o inadmisibilidad del requerimiento no será susceptible de recurso alguno.”;

5°. Que, examinado el requerimiento, esta Sala concluye que la acción constitucional deducida no cumple con la exigencia constitucional y legal transcrita para ser declarada admisible, en orden a que la impugnación se encuentre fundada razonablemente o que la cuestión de inaplicabilidad planteada tenga fundamento plausible;

6°. Que lo expresado en el considerando precedente se funda en que, conforme al tenor del requerimiento, lo que pretende en definitiva el requirente es que la Excm. Corte Suprema, al resolver los recursos de casación en la forma y en el fondo de que conoce, aplique la norma del artículo 42 de la ley sobre cuentas corrientes bancarias y cheques en su texto vigente con posterioridad a las modificaciones introducidas por el artículo 38 de la Ley N° 19.806 –que estableció normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal–, toda vez que dicho precepto establece que el delito de giro doloso de cheques –tipificado en el artículo 22 de la ley sobre cuentas corrientes bancarias y cheques– confiere acción penal privada al tenedor del cheque protestado por las causales que indica; en circunstancias que el mismo artículo 42, antes de la aludida modificación, establecía acción penal pública para la persecución de este delito. Luego, al pasar a ser un delito de acción privada, sería procedente alegar en la gestión *sub lite* el abandono de la acción que, conforme a las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal, genera como efecto el sobreseimiento definitivo.

Conforme se indica en el mismo requerimiento, aun cuando los hechos constitutivos de delito y las acciones penales interpuestas son anteriores a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.806, la tesis recién planteada fue acogida por el tribunal de primera instancia, que dio lugar al abandono de la acción alegado, pero dicha sentencia fue revocada por la Corte de Apelaciones de Santiago, que estimó que no se podía aplicar en la especie el nuevo procedimiento, estando actualmente la causa en conocimiento de la Corte Suprema en sede de casación.

Así, el actor pretende –conforme indica en el petitorio de su escrito– que este Tribunal Constitucional acoja el requerimiento de inaplicabilidad deducido “*porque resulta inconstitucional en su aplicación concreta para resolver los recursos de casación pendientes la aplicación del art. 4<sup>º</sup> transitorio de la Ley 19.640, en virtud a cuyo cronograma de vig[e]ncia se somete la aplicación que se hace del actual texto del art. 22 del D.F.L. 707 ‘Sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques’, modificado por el art. 38 de la Ley 19.806*”. Y más aún, solicita que esta Magistratura “*resuelva que procede –en la causa recurrida– la aplicación de normas procedimentales de los delito[s] de acción privada y que en virtud de ello debe declararse abandonado el procedimiento y dictarse el sobresi-miento correspondiente*”;

7<sup>º</sup>. Que, como se puede apreciar de lo expuesto en el considerando precedente, las alegaciones del requirente corresponden a la determinación de la ley aplicable a la gestión pendiente y a la vigencia de la ley en el tiempo, cuestiones que –además de ser alegaciones de mera legalidad y no constituir un asunto de constitucionalidad– son de resorte exclusivo del juez de fondo, en este caso, de la Corte Suprema.

A lo anterior cabe agregar que el actor solicita la inaplicabilidad del artículo 22 del D.F.L. N<sup>º</sup> 707, sobre cuentas corrientes bancarias y cheques, norma que establece el tipo penal del giro doloso de cheques, pero en el cuerpo de su escrito argumenta respecto del artículo 42 del mismo D.F.L., norma que en su texto modificado conforme se indicó establece que estos delitos otorgan acción penal privada, y en definitiva no pretende la inaplicabilidad de un precepto legal, sino precisamente lo contrario, su aplicación, pero conforme al texto modificado y no al vigente durante la perpetración de los hechos.

En consecuencia, resulta evidente que el requerimiento de inaplicabilidad deducido carece de todo fundamento razonable y no indica un asunto de constitucionalidad concreto que pudiera caber dentro de las atribuciones de esta Magistratura, por lo que deberá necesariamente ser declarado inadmisibile.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política de la República y en el artículo 47 F, inciso primero, numeral 6<sup>º</sup>, y demás disposiciones pertinentes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**QUE SE DECLARA INADMISIBLE** el requerimiento interpuesto en el principal de fojas uno. Téngase por no presentado para todos los efectos legales.

Notifíquese por carta certificada al requirente y a las demás partes intervinientes en la gestión *sub lite*.

Comuníquese por oficio a la Corte Suprema, que conoce de la gestión judicial pendiente.

Archívese.

### **Rol N° 1.716-2010**

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgún.

## **ROL N° 1.717-2010**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 5, LETRA C)  
Y 12 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1,  
DEL AÑO 2006, DEL MINISTERIO DEL INTERIOR, Y 15, 124,  
INCISO PRIMERO, Y 221 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY  
N° 4, DEL AÑO 2006, DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA,  
FOMENTO Y RECONSTRUCCIÓN, DEDUCIDO POR  
EMPRESA ELÉCTRICA DE MAGALLANES S.A. “EDEL MAG”**

Santiago, quince de junio de dos mil diez.

**Proveyendo el escrito del abogado Rodrigo Gatica Valenzuela, en representación de la Municipalidad de Punta Arenas, de 31 de mayo del año en curso –fojas 90 a 98–:** A lo principal y a los otrosíes primero, segundo y cuarto, téngase presente; al tercer otrosí, ténganse por acompañados los documentos que indica, bajo apercibimiento legal.

#### **VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1°. Que, por resolución de 13 de mayo de 2010 –fojas 82 a 86–, esta Sala acogió a tramitación el requerimiento de inaplicabilidad por incons-

titucionalidad que ha deducido el abogado Aristóteles Cortés Sepúlveda, en representación de Empresa Eléctrica de Magallanes S.A., respecto de los artículos 5<sup>º</sup>, letra c), y 12 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, de 2006, del Ministerio del Interior, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N<sup>º</sup> 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, y de los artículos 15, 124, inciso primero, y 221 del D.F.L. N<sup>º</sup> 4/20.018, de 2006, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, de 1982, del Ministerio de Minería –Ley General de Servicios Eléctricos–, en la causa sobre reclamo de ilegalidad caratulada “Empresa Eléctrica de Magallanes S.A. contra ordenanza municipal dictada por el Sr. Alcalde de la I. Municipalidad de Punta Arenas”, de la que actualmente conoce la Corte Suprema, por recurso de casación en el fondo, Rol de ingreso N<sup>º</sup> 9-2009.

En la misma oportunidad se dispuso, entre otras medidas, conferir traslado, por cinco días, a la Municipalidad de Punta Arenas, en su condición de parte en la gestión judicial pendiente individualizada, a fin de conocer su opinión sobre la admisibilidad del requerimiento;

2<sup>º</sup>. Que, como consta a fojas 90, en lo principal de la presentación de 31 de mayo de 2010, la mencionada Municipalidad, representada por el abogado Rodrigo Gatica Valenzuela, evacuando el traslado conferido en autos, solicitó que el requerimiento de inaplicabilidad deducido fuera declarado inadmisibile, en atención a que *“es claro que soterradamente con la justificación de aludir a ciertas normas legales, las impugnación se dirige en contra de la Ordenanza de (sic) Sobre Instalación de Líneas distribuidoras de energía eléctrica y de telecomunicaciones de la Comuna de Punta Arenas, la que eventualmente podría derivar en una eventual infracción a las garantías constitucionales reclamadas por la parte recurrente”*, razón por la que el mismo organismo denuncia que *“la cuestión debatida no es de aquellas que le corresponde conocer y resolver a este Honorable Tribunal, toda vez que las Ordenanzas, quedan fuera del ejercicio de la atribución...”* prevista en la normativa constitucional pertinente;

3<sup>º</sup>. Que el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, de la Ley Fundamental establece que es atribución de este Tribunal Constitucional *“resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”*

A su turno, el inciso undécimo del mismo precepto fundamental señala: *“En el caso del número 6<sup>º</sup>, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se*

*cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.”;*

4°. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, que en su artículo 47 F establece: “Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:

1° Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado;

2° Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;

3° Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada;

4° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal;

5° Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y

6° Cuando carezca de fundamento plausible.

*Declarada la inadmisibilidad por resolución que deberá ser fundada, ésta será notificada a quien haya recurrido, al juez que conozca de la gestión judicial pendiente y a las demás partes que intervengan en ella, y el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.*

*La resolución que declare la admisibilidad o inadmisibilidad del requerimiento no será susceptible de recurso alguno.”;*

5°. Que respecto de la causal de inadmisibilidad contemplada en el N° 6° del inciso primero del artículo 47 F de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional recién transcrito, en la sentencia Rol N° 1.288 –sobre control preventivo y obligatorio de constitucionalidad del proyecto de ley que modificaba la antedicha ley orgánica constitucional, que luego se promulgó como Ley N° 20.381 (D.O. 28.10.2009)– esta Magistratura declaró su constitucionalidad en el entendido que la expresión “*fundamento plausible*” que utiliza dicho precepto legal “*corresponde a la exigencia contemplada en el artículo 93, inciso decimoprimer, de la Constitución Política, de que la acción interpuesta esté fundada razonablemente*” (Punto resolutivo N° 11);

6°. Que, en cuanto a la naturaleza del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad previsto en la normativa citada, este Tribunal en su sentencia Rol N° 810, de 24 de enero de 2008, manifestó: “**NOVENO:** *Que si bien, entre las reseñadas características de la actual acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, resalta la que indica que mientras antes se trataba de una confrontación abstracta entre la norma legal cuestionada*

y una disposición constitucional, ahora se trata de un cotejo entre la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto y la Constitución, no debe perderse de vista que, tanto antes como ahora, para que la acción pueda prosperar, debe estarse siempre en presencia de un conflicto de constitucionalidad, esto es, frente a una contradicción directa, clara y precisa, entre determinado precepto legal que se pretende aplicar en el caso concreto, con la propia Constitución, pues el juez constitucional no puede interpretar o corregir la ley ordinaria si no es con relación a su constitucionalidad. La tarea de interpretar la ley le corresponde a los tribunales de justicia, sean ordinarios o especiales, y, en nuestro sistema judicial, el órgano llamado a unificar su interpretación es la Corte Suprema, a través del recurso de casación. La labor del Tribunal Constitucional consiste en velar por el respeto del principio de supremacía constitucional y, por ende, tratándose de una acción de esta clase, resolver si la aplicación en el caso concreto de que se trate del precepto legal impugnado, resulta o no contraria a la Carta Fundamental y, como efecto natural de una decisión estimatoria, prohibir al juez de la causa aplicarlo en la resolución de ese caso concreto; **DÉCIMO:** Que, corolario de lo razonado en los considerandos precedentes es que, aunque al ejercer la atribución a que se refiere el N<sup>o</sup> 6 del artículo 93 de la Constitución la decisión de esta Magistratura no está constreñida a la simple constatación abstracta de si existe o no en el texto del precepto impugnado una infracción constitucional, es forzoso que siempre el conflicto sometido a su decisión consista en la existencia de una contradicción concreta y determinada entre la ley y la Constitución, la cual en algunas ocasiones podrá brotar con claridad del solo texto del precepto legal cuestionado y en otras emergerá de las peculiaridades de su aplicación al caso concreto *sub lite*;

7°. Que, examinado el requerimiento deducido en estos autos a los efectos de verificar si, a su respecto, concurren los requisitos de admisibilidad transcritos precedentemente, se concluye que aquél no contiene una impugnación razonablemente fundada que tenga por objeto la declaración de inaplicabilidad de un precepto de jerarquía legal, cuya aplicación en la gestión que se sigue ante el respectivo tribunal ordinario resulte contraria a la Carta Fundamental, en los términos que exigen las disposiciones constitucionales anteriormente citadas;

8°. Que, en efecto, el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad tiene por objeto examinar si la aplicación de un precepto legal en una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial resulta contraria a la Constitución. En consecuencia, tratándose de una acción dirigida en contra de normas precisas de jerarquía legal concernidas en una gestión jurisdiccional y que puedan resultar derecho aplicable en ella, resulta necesario que en el respectivo libelo se exponga la manera en que la aplicación de cada norma legal impugnada puede derivar en el reproche de constitucionalidad que se denuncia, lo que en el caso en examen no ocurre, lo cual impide calificar que se cumple con la exigencia constitucional citada;

9°. Que, a mayor abundamiento, este Tribunal también ha verificado que en el requerimiento materia de estos autos se plantean reproches en contra de los efectos jurídicos que genera para la requirente –en su condición de empresa concesionaria de servicio eléctrico– la aplicación de la regulación contenida en la Ordenanza N° 2.798 (Sección “B”), sobre Instalación de Líneas Distribuidoras de Energía Eléctrica y de Telecomunicaciones de la Comuna de Punta Arenas, dictada el 14 de septiembre de 2007 y publicada en el Diario Oficial de 8 de octubre de ese mismo año –fojas 43 a 45–;

10°. Que, como ya lo ha señalado reiteradamente esta Magistratura, la cuestión aludida precedentemente no es de aquéllas que le corresponde conocer y resolver a este Tribunal Constitucional, en ejercicio de la atribución que el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Carta Fundamental le confiere –sentencias roles N°s 743, 816, 820, 1.147, 1.194, 1.267, 1.322, 1.420 y 1.457, entre otras–;

11°. Que, atendido lo que se termina de exponer, el requerimiento de fojas uno debe ser declarado inadmisibile.

**Y TENIENDO PRESENTE**, además, lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, de la Constitución y normas pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE DECLARA INADMISIBLE** el requerimiento interpuesto a fojas uno.

Notifíquese por carta certificada a la requirente y a la Municipalidad de Punta Arenas y comuníquese por oficio a la Corte Suprema.

Archívese.

### **Rol N° 1.717-2010**

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señores Mario Fernández Baeza, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.



ROL N<sup>º</sup> 1.718-2010REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 163, LETRA E),  
INCISO PRIMERO, DEL CÓDIGO TRIBUTARIO,  
DEDUCIDO POR ADOLFO HERNÁN FUENZALIDA CERPA

Santiago, catorce de junio de dos mil once.

**VISTOS:**

Con fecha 5 de mayo de 2010, el abogado José Patricio Pérez Fariña deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 163, letra e), inciso primero, del Código Tributario, en la causa sobre delitos tributarios caratulada “*Servicio de Impuestos Internos contra Fuenzalida Cerpa*”, que se encuentra actualmente pendiente ante la Corte de Apelaciones de Valdivia, bajo el Rol N<sup>º</sup> 55-2010.

El precepto legal impugnado, en su texto anterior a la reforma procesal penal, dispone que:

*“Los informes contables emitidos por los funcionarios del Servicio de Impuestos Internos que realizaron la investigación administrativa del delito tributario, tendrán, para todos los efectos legales, el valor de informe de peritos”.*

Como antecedentes de la gestión pendiente en que incide la acción deducida, señala el abogado requirente que el Servicio de Impuestos Internos (SII) ha entablado una querrela criminal en contra de su patrocinado, Adolfo Fuenzalida Cerpa, por la presunta comisión de los delitos previstos y sancionados en el artículo 97, N<sup>º</sup> 4, del Código Tributario, imputándosele haber participado, tanto como persona natural cuanto como representante legal de Sociedad Agrícola y Ganadera Fuenzalida y Ruz Limitada –entre marzo del año 1999 y febrero del año 2002– en la contabilización y declaración de crédito fiscal amparado en facturas falsas, tanto en lo material como en lo ideológico, aumentando así el monto del crédito fiscal a que tenía derecho por sus operaciones comerciales, a fin de pagar un menor impuesto a las ventas y servicios y, consecuentemente, un menor impuesto a la renta, irrogando un perjuicio al interés fiscal ascendente a \$33.774.738.

Indica el actor que la querrela se funda en dos informes contables elaborados por el funcionario fiscalizador, informes que, conforme al precepto legal impugnado, aplicable en los juicios iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal, tienen, para todos los efectos legales, valor de informe de peritos y cuya fuerza probatoria, según se desprende del artículo 473 del Código de Procedimiento Penal, es la de una presunción más o menos fundada, lo que dependerá

de la competencia de los peritos, de la uniformidad o disconformidad de sus opiniones, de los principios científicos en que se apoyen, de la concordancia de su aplicación con las leyes de la sana lógica y de las demás pruebas y elementos de convicción que ofrezca el proceso.

Agrega que, por sentencia de primera instancia, el Segundo Juzgado de Letras de Osorno condenó al señor Fuenzalida Cerpa a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio más las accesorias que indica y la imposición de una multa equivalente al cien por ciento del monto defraudado, teniendo por tal el mismo que indica la querella. Ante ello, el querellado interpuso recurso de apelación para ante la Corte de Apelaciones de Valdivia, trámite que constituye la gestión *sub lite*.

Sostiene el actor que en el fallo de primera instancia fue crucial el informe de peritos emanado de la propia querellante, sosteniendo que *“puede decirse con entera propiedad que el fallo dictado en esta causa es una simple proyección de lo predeterminado en el informe pericial en que se sustenta la querella”*. A ello agrega que el setenta por ciento del contenido de dicha sentencia, en lo que a prueba atañe, estaba preformado o anunciado en el informe pericial emanado del propio órgano querellante, no obstante que, según aduce, dichos informes presentarían errores de grueso calibre, pues las sumas evadidas en realidad ascenderían a la cuarta parte de lo que se le imputa en los informes como persona natural, y a la quinta parte de lo que se le responsabiliza como representante de la aludida sociedad, además de lo cual señala que se habrían pagado cheques al SII por más de \$16.000.000, que disminuirían también lo supuestamente evadido.

En cuanto a los vicios de inconstitucionalidad invocados, sostiene el requirente que el precepto impugnado, en su aplicación al caso concreto y en una época en que el SII tenía el monopolio del ejercicio de la acción penal por los ilícitos tributarios y en que su pretensión punitiva se acompaña de un informe pericial, determina que ya obraría en contra del querellado una presunción de responsabilidad, de modo que el solo ejercicio de la acción penal lo colocaría en la necesidad de probar su inocencia.

Se pregunta el actor acerca de la constitucionalidad de una norma legal que atribuye a un informe contable emanado de la parte querellante, con un sesgo deliberadamente incriminatorio y carente de toda imparcialidad, el carácter de informe pericial, e indica que la respuesta ha de buscarse en lo señalado en el artículo 19, N° 3°, inciso quinto, parte final, de la Carta Fundamental, que establece la garantía de un procedimiento y una investigación racionales y justos, la que se vulneraría al iniciarse el proceso por delitos tributarios con querellas acompañadas del informe del fiscalizador, debiendo el querellado probar su inocencia –pues se presumiría su culpabilidad desde el inicio del proceso–, y se confundiría a los peritos con la propia parte querellante, en circunstancias que aquéllos, al igual que los testigos, son partes ajenas al juicio.

Sostiene que es una máxima reconocida por la justicia occidental que lo que se presume es la inocencia y no la culpabilidad, y que cualquier tratado sobre derechos humanos así lo consagra, citando el artículo 8, N<sup>º</sup> 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y concluye que el precepto legal cuestionado establece la presunción exactamente opuesta.

Hace referencia también el requirente a que el artículo 19, N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup>, inciso quinto, de la Constitución, que estima infringido en este caso particular, es una manifestación concreta del principio de la igual protección en el ejercicio de los derechos contenido en el encabezado del mismo precepto y aduce que, si se tiene a la vista el principio *Pro Homine*, y considerando el escenario de parcialidad manifiesta que se ha creado en la gestión *sub lite*, corresponde que esta Magistratura declare inaplicable el artículo 163, letra e), inciso primero, del Código Tributario.

Por resoluciones de 26 de mayo y 18 de junio de 2010, la Primera Sala de esta Magistratura, respectivamente, admitió a trámite y declaró admisible el requerimiento deducido y, pasados los autos al Pleno para su sustanciación, fue puesto en conocimiento de los órganos constitucionales interesados y del Servicio de Impuestos Internos.

Mediante presentación de 18 de julio de 2010 y encontrándose dentro de plazo, el abogado Patricio Silva-Riesco Ojeda, en representación del Director del Servicio de Impuestos Internos, formuló observaciones al requerimiento, instando por su rechazo.

Señala que la acción deducida resulta objetable, tanto por existir defectos en su formulación como por no ser efectivas las alegaciones efectuadas sobre la supuesta inconstitucionalidad del precepto impugnado.

En cuanto a las objeciones formales, sostiene, en primer lugar, que el precepto impugnado no tendrá necesaria aplicación pues, en el sistema penal antiguo, aplicable a la gestión *sub lite*, impera el régimen inquisitivo, en que el órgano jurisdiccional tiene la iniciativa probatoria y pondera las pruebas conforme a las reglas de la prueba legal o tasada.

Dicho lo anterior, indica que la convicción de condena a que ha arribado el Juez del Segundo Juzgado de Letras de Osorno no es revisable vía requerimiento de inaplicabilidad y que, aun cuando las explicaciones del actor fueran efectivas, no necesariamente le permitirán obtener una sentencia absolutoria de la Corte de Apelaciones de Valdivia, si ésta, ponderando todos los medios probatorios, adquiere la convicción suficiente para confirmar la condena.

Como segunda objeción formal, señala que el precepto impugnado no resulta decisivo en la resolución del asunto, toda vez que dicho precepto sólo tiene por objeto definir el valor probatorio de los informes emanados de los fiscalizadores del SII, en los procesos seguidos por delitos tributarios y sustanciados conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal, confiriéndoles el valor de informe pericial. Agrega que

estos informes, en forma excepcional, deben ser ponderados por el juez sustanciador de acuerdo a las normas de la sana crítica, y constituirán una presunción más o menos fundada, dependiendo de la competencia de los peritos, de la uniformidad o disconformidad de sus opiniones, y de los demás elementos de ponderación a que ya se ha aludido (artículo 473 del Código de Procedimiento Penal). En consecuencia, la norma impugnada no puede resultar decisiva en la resolución del recurso de apelación pendiente, pues la valoración de los informes periciales está determinada por la apreciación que de ellos se haga, en conjunto con los demás antecedentes del proceso, no pudiendo constituir bajo ningún concepto plena prueba de la responsabilidad del querellado.

Agrega el SII que esta labor de ponderación es atribución exclusiva de los sentenciadores de la instancia y que su revisión mediante un requerimiento de inaplicabilidad infringiría el artículo 7° de la Constitución Política. En este sentido, junto con jurisprudencia de esta Magistratura Constitucional, cita fallos de la Corte Suprema en que se ha estimado que la ponderación de la prueba pericial es una facultad discrecional del juez de la causa, que no puede ser cuestionada en sede de casación.

Como tercera cuestión de forma, señala el abogado del SII que el precepto impugnado no provoca efectos inconstitucionales en el juicio que constituye la gestión pendiente, ya que en la causa se han establecido presupuestos de responsabilidad penal excluyentes de la mera aplicación de las presunciones que constituyen los informes contables del mismo Servicio, de modo que la convicción de condena a que arribó el juez deriva de la comprobación de un cúmulo de circunstancias que exceden con mucho a los mencionados informes.

En cuanto a las objeciones sustantivas o de fondo, aduce el SII que la disposición requerida de inaplicabilidad no es ni en el caso particular ni en abstracto contraria a la Constitución.

Agrega que el considerar un específico valor probatorio a un informe contable emanado de la parte querellante no se opone al principio de inocencia, toda vez que su aplicación no representa una inversión de la carga de la prueba y, por lo demás, el imputado tendrá siempre la oportunidad de contrastarlo con la propia prueba que él vierta en el proceso, pudiendo solicitar prueba pericial al juez o bien ejercer el derecho contenido en el propio artículo 163, letra e), del Código Tributario, cuyo inciso segundo le permite designar a su costa peritos adjuntos contables, cuyos informes tendrán el mismo valor que el emanado del funcionario fiscalizador.

Además, hace alusión a la obligación del juez de establecer la participación culpable del inculpado, al principio de la prueba legal condenatoria y prueba moral absolutoria, contenido en el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, y al principio de objetividad plasmado en el artículo 109 del mismo cuerpo legal.

A mayor abundamiento, indica que, en el plenario, el sujeto activo –querellante– y pasivo –querellado– se encuentran en condiciones similares, pudiendo ambas partes –conforme al artículo 471 del Código de Procedimiento Penal– pedir que el perito amplíe su informe presentado durante el sumario, o solicitar al juez un nuevo informe pericial.

En otro orden de ideas, indica el Servicio que, conforme lo ha declarado este Tribunal en la sentencia Rol N<sup>º</sup> 1.368, las presunciones son admitidas en nuestro derecho y añade que los informes periciales emanados del mismo Servicio no constituyen el único medio de prueba de que se valió el juez para condenar, pues éste arribó a dicha convicción basándose en más antecedentes que obran en el proceso.

Enseguida, transcribe las normas del Código Procesal Penal relativas a la protección de la imparcialidad del perito y a la posibilidad de que éste posea la calidad de funcionario de un servicio público, indicando que el artículo 163, letra e), cuestionado en autos, no hace excepción a dicha posibilidad, al permitir que un funcionario fiscalizador del SII pueda ser perito en un proceso criminal seguido por delitos tributarios, considerando su experticia y su deber de guardar el principio de probidad. Finalmente, alude al derecho comparado y, en concreto, al caso español, en que el Tribunal Supremo, por sentencia de 28 de marzo de 2001, sentó precedente en orden a que admitir como peritos a los “*inspectores fiscales*” no determina su pérdida de imparcialidad ni vulnera derechos fundamentales del acusado, sin perjuicio del derecho de la parte de proponer una prueba pericial alternativa, para concluir afirmando que en la especie el precepto legal cuestionado de inaplicabilidad no es contrario al principio del debido proceso legal establecido en el artículo 19, N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup>, inciso quinto, de la Constitución Política.

Traídos los autos en relación, en audiencia de 7 de abril de 2011 se procedió a la vista de la causa, escuchándose la relación y los alegatos de los abogados Raúl Fuenzalida Ruz, por el requirente, y César Toledo Concha, por el Servicio de Impuestos Internos.

#### Y CONSIDERANDO:

**PRIMERO.** Que la Constitución Política de la República, en el N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup> de su artículo 93, confiere a este Tribunal Constitucional la facultad de resolver la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución, siempre que la acción sea planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto y una de las salas del Tribunal haya declarado la admisibilidad de la cuestión, conforme lo dispone el inciso decimoprimerero de la misma norma constitucional;

**SEGUNDO.** Que, como se ha expuesto, este conflicto constitucional se manifiesta en la aplicación del precepto legal que, en una causa sobre

delitos tributarios regida por el Código de Procedimiento Penal, atribuye el valor de dictamen de peritos a los informes contables emitidos por los funcionarios del Servicio de Impuestos Internos;

**TERCERO.** Que, no obstante haberse decidido la admisibilidad del asunto en su oportunidad procesal, la parte recurrida ha renovado ciertas alegaciones vinculadas a la falta de aplicación decisiva de la norma legal en el juicio penal correspondiente, sosteniendo que la valoración de los informes periciales no constituye, por sí misma, plena prueba de la responsabilidad y que la convicción de condena a que arribó el juez deriva de la comprobación de un cúmulo de circunstancias;

**CUARTO.** Que se rechazará tal argumentación por cuanto a esta Magistratura sólo le incumbe resolver preliminarmente si el precepto puede tener una aplicación decisiva en la gestión judicial que antecede al proceso constitucional.

Dicha facultad envuelve, como es natural, apreciar a primera vista si la disposición puede tener aplicación en la resolución del asunto, descartándola únicamente si su impertinencia es manifiesta e inequívoca. Así, tratándose de una eventual aplicación dudosa, controvertida, polémica –para cuya verificación se requiera particular fundamentación y rigor en el análisis–, la ponderación del Tribunal Constitucional debe practicarse con extrema prudencia, para no inhibir la actuación soberana del tribunal de fondo; de otra forma la declaración de esta Magistratura en la materia podría interferir con las atribuciones de la jurisdicción ordinaria.

Puede decirse lo mismo de la calificación sobre el carácter decisivo del precepto. Este atributo se asocia a su relevancia y no a su exclusividad; no se trata, entonces, de que la aplicación de la norma sea el único fundamento de la decisión, sino –como recién se ha afirmado– que tenga relevancia, trascendencia, para la resolución del asunto;

**QUINTO.** Que un examen de los antecedentes, en este caso particular, revela esa relevancia en la aplicación del precepto que sirve de base al empleo del peritaje comentado, sin perjuicio de estimarse que, en general, en el procedimiento sobre delitos tributarios puede tener carácter decisivo por el valor probatorio que se le puede atribuir, en conjunto con otras circunstancias o unilateralmente, según lo previsto en los artículos 473 del Código de Procedimiento Penal –que imperativamente otorga fuerza probatoria de una presunción más o menos fundada al dictamen pericial– y 502 del mismo cuerpo legal –que registra la posibilidad de que la prueba con que se hubiera acreditado la culpabilidad del procesado consista únicamente en presunciones–;

**SEXTO.** Que el texto constitucional, a propósito del derecho esencial a un debido proceso, formula diversos principios que son coherentes con el desarrollo de aquél y complementarios, como la interdicción de la indefensión, la seguridad individual, el derecho a la información y la pu-

blicidad de las actuaciones estatales. La supervivencia temporal de procesos regidos por el antiguo Código de Procedimiento Penal no es óbice al pleno vigor de los principios y normas constitucionales, de manera que conforme a ellos deben ajustarse los procedimientos correspondientes. La disposición octava transitoria de la Constitución, en lo pertinente, sólo prescribe que las normas del Capítulo VII "Ministerio Público" regirán al momento de entrar en vigencia la ley orgánica constitucional de esa entidad y que las mismas, así como las leyes que las complementan, se aplicarán exclusivamente a los hechos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigencia; pero no convalidan la constitucionalidad esencial de la legislación preexistente ni excluyen la posibilidad de que produzca efectos inconstitucionales y, por ende, de su eventual inaplicabilidad e inconstitucionalidad;

**SÉPTIMO.** Que el artículo 19, N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup>, de la Constitución asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, reconociendo el derecho a defensa jurídica y al debido proceso, y ordenando perentoriamente al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

El debido proceso, como siempre se ha entendido, exhibe tanto una faz adjetiva –referida a la racionalidad en el ordenamiento formal de las actuaciones– como una sustancial –atingente a la justicia de la decisión–. Las garantías de racionalidad y justicia exigibles constitucionalmente se refieren a todas las fases del proceso, incluyendo la investigación y el procedimiento.

Como ha señalado esta Magistratura, *"el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores..."*(STC roles N<sup>OS</sup> 376, 389, 478, 481, 529, 533, 546, 791, 821, 934, 986 y 1.432, entre otros);

**OCTAVO.** Que, en concreto, se intenta establecer en esta causa los efectos contrarios al principio del debido proceso, del valor probatorio atribuido a los informes contables emitidos por funcionarios del Servicio de Impuestos Internos que realizaron la investigación administrativa de un cierto delito tributario, actuación realizada sin audiencia, participación ni conocimiento del investigado;

**NOVENO.** Que la materialización del concepto sobre un proceso debido requiere, como doctrinaria y jurisprudencialmente se ha insistido, del cumplimiento de requisitos mínimos, por vía ejemplar el conocimiento de la acusación, la bilateralidad de la audiencia, la aportación y examen

de la prueba, la impugnación ante un tribunal superior, entre otros. El afinamiento y explicitación de tales exigencias, así como de las demás que puedan surgir según la naturaleza del asunto, derivan de la armonía que las formas procesales guarden, en cada caso, con los valores de racionalidad y justicia consagrados constitucionalmente;

**DÉCIMO.** Que el principio del contradictorio es una de las bases esenciales del proceso debido, radicando fundamentalmente en el derecho de las partes de intervenir, en condiciones de igualdad, sobre las materias que son objeto de decisión y, también, en la exigencia de que la prueba sea examinada y discutida por los antagonistas. Los aspectos de la mayor importancia para su realización se refieren a la facultad de las partes de buscar, desde sus distintas posiciones, las fuentes de prueba y, lo más pertinente a este caso, a la intervención de los interesados en la formación de las pruebas constituidas durante el juicio.

Según anota un reconocido autor, comentando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo de España, *“entre las exigencias derivadas de los principios procesales constitucionalizados se encuentra, en primer término, la de la contradicción en la práctica de la prueba. Ahora bien, de contradicción puede hablarse en dos sentidos diferentes: por un lado, como exigencia de que el inculpado esté presente y pueda intervenir en la actividad probatoria y, por otro, como criterio formal en virtud del cual la actividad procesal habría de estructurarse como una pugna entre sujetos procesales en posiciones opuestas ante un juzgador que asume una posición meramente expectante”* (Jaime Vegas Torres, *“Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal”*, Distribuciones de la Ley S.A., 1993, página 34);

**DECIMOPRIMERO.** Que el informe contable aludido se emite en el marco de una investigación administrativa de un delito tributario, sin conocimiento ni audiencia del futuro inculpado, transgrediendo el derecho a ser informado de una imputación penal, a disponer del tiempo razonable para construir la defensa y los medios de prueba adecuados y a confrontar las pruebas; todo lo cual priva de racionalidad y justicia a la investigación administrativa y se comunica al procedimiento judicial que le sigue y la incorpora como medio de prueba. Y en el mismo sentido, el documento producto de la investigación al que se atribuye la condición de peritaje, peca de similar insuficiencia, en cuanto deriva de un funcionario dependiente del único órgano facultado para ejercer la acción penal, que carece, por ende, de imparcialidad, no desvirtuando la condición de ser un instrumento emanado de la propia parte querellante.

En consecuencia, el precepto legal que autoriza la emisión del dubitado informe contable –contenido en el artículo 163, letra e), inciso primero, del Código Tributario– en su aplicación al caso *sub lite* provoca efectos contrarios a la garantía del debido proceso, reconocida en el artículo 19, Nº 3º, inciso quinto, parte final, de la Constitución Política.



Los reparos a dichos informes de peritos y su vulneración al debido proceso, han sido resaltados por la doctrina especializada, para quienes “*el valor que la ley le otorga a dichos informes es, en nuestro concepto, arbitrario y debilita el principio de la igualdad procesal, por las siguientes razones: a. Dichos funcionarios no son peritos, ya que no han sido nombrados como tales. Se trata de funcionarios de la misma repartición que sostiene la acción penal y que han realizado personalmente la investigación administrativa previa a la acción penal, de modo que ellos están directamente interesados en los resultados de dicha acción; b. Las opiniones que dichos funcionarios sostienen en los informes emitidos se confunden con la opinión del SII, específicamente con la del Director del citado organismo que es quien decidió accionar penalmente en contra de un determinado contribuyente. Por lo tanto, estos funcionarios carecen de la independencia que se supone posee un perito, ya que se trata de personas que forman parte de una estructura administrativa –la del SII– y como tales le deben obediencia al Director del citado organismo*” (Rodrigo Ugalde y Sergio Rodríguez, “*Procedimiento penal tributario*”, Gaceta Jurídica N<sup>º</sup> 218);

**DECIMOSEGUNDO.** Que, vinculada a la afectación de la garantía constitucional antes mencionada, el requerimiento denuncia la vulneración del llamado principio o presunción de inocencia, como efecto acumulado de la presentación de la querrela por quien tiene el monopolio de la acción penal conjuntamente con un informe técnico de un funcionario de su dependencia, circunstancias cuya conjunción deja indefenso al inculpado, obligándolo a probar su inocencia;

**DECIMOTERCERO.** Que, sobre el tema, esta Magistratura ha declarado que “*la Constitución Política no lo consagra explícitamente, pero parte de la doctrina lo deduce indirectamente de la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, en armonía con el derecho a la libertad individual y la seguridad de que los preceptos que regulen o limiten las garantías constitucionales no pueden afectar la esencia de las mismas*”.

En tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile sí aparece reconocido formalmente. La Convención Americana sobre Derechos Humanos –“Pacto de San José de Costa Rica”–, en el artículo 8.2, dispone que “*toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad*” y que “*durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas*” que enuncia. A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 14.2, reitera que “*toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley*”.” (STC Rol N<sup>º</sup> 739);

**DECIMOCUARTO.** Que, atendida la conclusión a que se ha arribado en el considerando decimoprimerosobre transgresión de las bases del debido proceso, no resulta indispensable pronunciarse separadamente sobre la contrariedad de la presunción de inocencia, por la estrecha vin-

culación de ambos aspectos, teniendo en cuenta que en el proceso criminal de la especie, cuya fase de instrucción es marcadamente inquisitiva, la emisión del informe contable, si bien no se ajusta en plenitud al respeto de dicho principio, en el progreso del plenario puede teóricamente ser desvirtuado antes de la sentencia definitiva;

**DECIMOQUINTO.** Que, por las motivaciones expuestas, procede acoger la acción de inaplicabilidad intentada.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en el artículo 19, N° 3, inciso quinto, de la Constitución Política y en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

**QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS UNO.**

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señor Raúl Bertelsen Repetto, señora Marisol Peña Torres y señor Francisco Fernández Fredes,** quienes estuvieron por rechazar la acción de inaplicabilidad interpuesta, por las siguientes razones:

1°. Que el precepto legal impugnado por el requirente es el artículo 163, letra e), inciso primero, del Código Tributario, en su versión anterior a la reforma operada por la Ley N° 19.806, de 2002, que señala: “*Los informes contables emitidos por los funcionarios del Servicio de Impuestos Internos que realizaron la investigación administrativa del delito tributario, tendrán, para todos los efectos legales, el valor de informe de peritos.*”;

2°. Que el requirente sostiene, en su libelo, que la norma legal impugnada “*se opone en forma diametral a las garantías de un procedimiento racional y justo que consagra el artículo 19, N° 3, inciso quinto, de nuestra Carta Fundamental, que no es otra cosa que una manifestación particular del principio del derecho a la igual protección en el ejercicio de sus derechos (...).*” (Página 7);

3°. Que, para fundamentar su pretensión, el actor cuestiona la imparcialidad de una prueba emanada de una de las partes del proceso criminal incoado en su contra (el Servicio de Impuestos Internos), lo que, en su concepto, lo dejaría en una situación de desventaja procesal que se opondría a los principios que informan la garantía de un procedimiento racional y justo;

4°. Que, sobre el particular, es necesario tener presente que los informes contables emanados del Servicio de Impuestos Internos, en este caso, constituyeron base para la presentación de una querrela criminal ante el Segundo Juzgado de Letras de Osorno, en contra del requirente en estos autos, don Adolfo Hernán Fuenzalida Cerpa, por estimar dicho Servicio que se configuraba el delito previsto en el artículo 97 N° 4, incisos prime-

ro y segundo, del Código Tributario, relativos a declaraciones falsas tendientes a burlar el impuesto y al aumento malicioso de los créditos a que tengan derecho los contribuyentes del Impuesto al Valor Agregado (IVA);

5°. Que, tratándose de una causa criminal, el valor que debe darse a dichos informes contables, catalogados por el legislador como informes de peritos, se encuentra explicado en el artículo 473 del Código de Procedimiento Penal, que precisa: “*Fuera del caso expresado en el artículo anterior (relativo al informe de dos peritos perfectamente acordes en la existencia de un hecho), la fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez como una presunción más o menos fundada, según sean la competencia de los peritos, la uniformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se apoyen, la concordancia de su aplicación con las leyes de la sana lógica y las demás pruebas y elementos de convicción que ofrezca el proceso.*”;

6°. Que, como ha expresado la Corte Suprema, el valor que se le pueda dar a dichos informes es facultad privativa de los jueces del fondo. (STC Rol N<sup>º</sup> 574).

Por lo demás, el actor no ha impugnado el citado artículo 473 del Código de Procedimiento Penal en estos autos de inaplicabilidad;

7°. Que, desde este punto de vista, los informes contables a que alude el artículo 163, letra e), inciso primero, del Código Tributario, aunque sean estimados como informes de peritos en el marco de un proceso criminal como el de la especie, no asumen el valor de plena prueba en términos que el juez de la causa quede impedido de desvirtuarlos con otros elementos probatorios allegados al proceso.

Con mayor razón, cuando el propio inciso segundo del precepto legal impugnado en esta oportunidad, otorga a las partes la posibilidad de designar, a su costa, peritos adjuntos contables o de otra índole, fijándoles un plazo de veinte días para evacuar sus informes;

8°. Que, en consecuencia, una eventual situación de indefensión del contribuyente se desvanece ante las amplias facultades que el juez dispone para apreciar toda la prueba producida en el proceso y, también, por la posibilidad que la misma ley le confiere de desvirtuar el contenido de los informes contables emanados del Servicio de Impuestos Internos a través de la presentación de informes de peritos contables adjuntos o de otra índole;

9°. Que, en concepto de estos disidentes, no se produce, por lo tanto, una infracción al principio de igualdad entre las partes en el proceso de que se trata, que la jurisprudencia de esta Magistratura ha estimado como parte, entre otros elementos, de las garantías de un racional y justo procedimiento (STC Rol N<sup>º</sup> 596, c. decimosexto);

10°. Que todas las consideraciones desarrolladas en este voto justifican, en concepto de estos Ministros disidentes, el rechazo de la acción deducida a fojas 1.

**Los Ministros señora Marisol Peña Torres y señor Francisco Fernández Fredes**, además, consignan las siguientes razones para el rechazo de la acción de inaplicabilidad deducida:

1°. Que, a mayor abundamiento, y comoquiera que la acción de inaplicabilidad importa un pronunciamiento concreto de constitucionalidad de un precepto legal, en el cual resulta indispensable tener presente las circunstancias que rodean el caso *sub lite*, estos disidentes han tenido en consideración que en la sentencia pronunciada el 3 de febrero de 2010, por el Segundo Juzgado de Letras de Osorno, Rol N° 5.295-2009, y que ha sido apelada ante la Corte de Apelaciones de Valdivia (fojas 11 y siguientes), se lee:

*“Que el querrellado negó la imputación de que las facturas utilizadas correspondieran a operaciones ficticias o simuladas, por el contrario afirmó que todas correspondían a operaciones reales. Sin embargo, obran en su contra todos los indicios que se indicaron en el considerando primero y quinto.”* (c. décimo). (El subrayado es nuestro);

2°. Que el considerando primero de dicha sentencia alude, precisamente, a los Informes Periciales N°s 498, de 29 de julio de 2004, y 533, de 13 de agosto de 2004, emanados del Servicio de Impuestos Internos, en tanto que el considerando quinto se refiere a diversas declaraciones de testigos y otros documentos probatorios, lo que permite inferir que la constatación de la responsabilidad penal del señor Fuenzalida Cerpa no se basó únicamente en los aludidos informes contables.

La afirmación precedente se ve corroborada por lo afirmado por el juez en el considerando undécimo de la sentencia de primera instancia: *“Que estos elementos de prueba reunidos y analizados constituyen presunciones que reúnen los requisitos legales para tener por acreditada la participación que en calidad de autor le corresponde a Adolfo Hernán Fuenzalida Cerpa, en su calidad de contribuyente y de representante de la Sociedad Agrícola y Ganadera Fuenzalida y Ruz Ltda., en la comisión de los delitos reiterados señalados en el considerando séptimo.”* (El subrayado es nuestro);

Redactó la sentencia el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake y las disidencias, la Ministra señora Marisol Peña Torres.

Notifíquese, regístrese y archívese.

### **Rol N° 1.718-2010**

Se certifica que la Ministra señora Marisol Peña Torres concurrió al acuerdo y fallo, pero no firma por encontrarse con permiso.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente subrogante, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y por los

Ministros señor Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes e Iván Aróstica Maldonado, y los Suplentes de Ministro señores Christian Suárez Crothers y Ricardo Israel Zipper. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

## ROL N° 1.719-2010

### REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, 38 TER DE LA LEY N° 18.933, 2° DE LA LEY N° 20.015 Y 199 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, DEDUCIDO POR FELIPE MONTES COUSIÑO

Santiago, veintiséis de julio de dos mil once.

#### VISTOS:

El señor Felipe Montes Cousiño ha deducido ante este Tribunal Constitucional acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 38 de la Ley N° 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N° 20.015, en la parte que alude a la tabla de factor etéreo; 38 ter de Ley N° 18.933, incorporado por la Ley N° 20.015 y que corresponde actualmente al artículo 199 del D.F.L. N° 1 del Ministerio de Salud, del año 2005; y 2° de la Ley N° 20.015, en la causa sobre reclamo por alza de precio del plan de salud interpuesto por el requirente en contra de la Isapre Cruz Blanca S.A. y que se encuentra actualmente pendiente ante el Tribunal Arbitral de la Superintendencia de Salud bajo el Rol de ingreso N° 1785-2010.

Como antecedentes de la referida gestión se indica que el requirente suscribió un contrato de salud con la mencionada Isapre el 26 de enero de 2000 (fojas 80) y que mediante carta fechada el 31 de octubre de 2009 (fojas 24), ésta le informó el aumento que sufriría el precio de su plan de salud –de 15,95 a 21,84 Unidades de Fomento mensuales–, por efecto del cambio del factor de riesgo (de 1,70 a 3,00) que correspondía aplicar a raíz de la variación de la edad del cotizante (56 años) y de la adecuación del precio base de UF4,09 a UF4,20.

En cuanto al conflicto constitucional que se somete al conocimiento y resolución de esta Magistratura, el actor sostiene que la aplicación de los preceptos legales impugnados para la resolución del asunto judicial pendiente invocado, resulta contraria a las garantías que aseguran los N<sup>os</sup> 2<sup>o</sup>, 9<sup>o</sup>, 24<sup>o</sup> y 26<sup>o</sup> del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Como fundamento de lo expresado, el actor argumenta que al autorizarse a las Isapres para ajustar los precios de los contratos de salud en relación con la edad y el sexo de los beneficiarios, las normas legales impugnadas establecen una diferencia entre los distintos grupos etáreos y entre los hombres y las mujeres, de modo que, para acceder al mismo beneficio, unos pagan más que otros. Esta diferencia, señala el requirente, sería arbitraria, porque la edad y el sexo constituyen hechos involuntarios, a diferencia de otros que involucran una exposición voluntaria al riesgo, como son los hábitos de fumar o beber en exceso. Además, hace hincapié en que sería erróneo pensar que el aumento en la edad de la persona está necesariamente vinculado a una mayor ocurrencia de enfermedades. En este punto, el actor también plantea que las normas legales impugnadas serían arbitrarias en un sentido ético, por atentar contra la justicia.

Agrega, en seguida, que los preceptos legales cuestionados suponen una cortapisa a la libertad de las personas para elegir y permanecer en el plan de salud por el que optaron al celebrar el contrato de salud con la respectiva institución, siendo el fuerte y creciente aumento del precio una forma indirecta de obligarlas a salir del sistema privado de salud, vulnerando así la garantía del libre e igualitario acceso a la protección de la salud y el derecho a elegir el sistema al que la persona desee acogerse, sea estatal o privado.

Denuncia que también en su caso concreto se infringe su derecho de propiedad, pues al serle exigido el pago de una mayor cotización para mantener los mismos beneficios que se convinieron en su oportunidad, junto con impedirle su derecho a hacer uso del sistema privado de salud, que constituye un bien que ya se encuentra incorporado a su patrimonio, se le estaría privando injustamente, además, de parte de dicho patrimonio al no contemplarse una contraprestación que resulte equivalente al aumento del precio del respectivo contrato de salud.

Observa, finalmente, que las tablas de factores que contemplan los preceptos legales impugnados imponen como condición, requisito o tributo el aumento de la cotización mensual para permanecer en el sistema privado de salud y en el plan elegido por el respectivo cotizante, afectando así la esencia de las garantías constitucionales a que se ha aludido.

La Primera Sala de este Tribunal, por resolución de 24 de mayo de 2010 (fojas 35), admitió a tramitación el requerimiento y ordenó la suspensión del procedimiento en que incide; posteriormente, por resolución de 6 de agosto de 2010 (fojas 70), lo declaró admisible.

Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, el Tribunal ordenó practicar las comunicaciones y notificaciones previstas en el artículo 86 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, sin que los órganos constitucionales interesados ni la Isapre Cruz Blanca S.A. hicieran uso de su derecho a formular observaciones dentro del plazo legal.

Habiéndose traído los autos en relación, el día 12 de mayo de dos mil once se procedió a la vista de la causa, en forma conjunta con las causas roles N<sup>os</sup> 1.654, 1.857, 1.879, 1.736, 1.742, 1.743 y 1.882, oyéndose sólo la relación, ya que ninguna de las partes de este proceso se presentó a alegar en la respectiva audiencia.

#### CONSIDERANDO:

### I LA IMPUGNACIÓN

**PRIMERO.** Que el requirente, don Felipe Montes Cousiño, sostiene que la Isapre Cruz Blanca S.A., con quien tiene un contrato de salud previsional desde el año 2000, le ha comunicado que su factor de riesgo, correspondiente al plan de salud contratado, cambió de 1,70 a 3,00, al pasar de un tramo a otro de la tabla de factores etéreos, aumentando de manera considerable el precio que debe pagar mensualmente a dicha institución de salud. Contra esa decisión, en lo que constituye la gestión pendiente de estos autos, el requirente interpuso demanda arbitral ante el señor Superintendente de Salud con el objeto de impugnar dicho reajuste;

**SEGUNDO.** Que, en el marco de dicha gestión, el requirente ha impugnado de constitucionalidad el artículo 38 de la Ley N<sup>o</sup> 18.933, el artículo 38 ter de la misma ley, incorporado por la Ley N<sup>o</sup> 20.015, el artículo 2<sup>o</sup> de la Ley N<sup>o</sup> 20.015 y el artículo 199 del D.F.L. N<sup>o</sup> 1, de 2005, del Ministerio de Salud. A su juicio, dichas normas legales infringen los números 2<sup>o</sup>, 9<sup>o</sup>, 24<sup>o</sup> y 26<sup>o</sup> del artículo 19 de la Constitución;

**TERCERO.** Que, mediante resolución de 6 de agosto de 2010, se declaró admisible el presente requerimiento;

**CUARTO.** Que, como ya se indicó, consta en autos que el contrato de salud que vincula al requirente con la Isapre Cruz Blanca S.A. fue suscrito en el año 2000;

**QUINTO.** Que la doctrina actual de este Tribunal exige tener en consideración el artículo 2<sup>o</sup> de la Ley N<sup>o</sup> 20.015 al momento de determinar los asuntos sobre los que emitirá pronunciamiento (STC roles N<sup>os</sup> 1.544, 1.644 y 1.572; reiterada en STC roles N<sup>os</sup> 1.598, 1.629, 1.765, 1.766, 1.784, 1.806 y 1.807). Antes de esta doctrina, se consideraba un asunto de mera legalidad el impacto de este precepto (STC roles N<sup>os</sup> 976 y 1.348).

En efecto, de acuerdo a esta nueva doctrina, hay que distinguir la fecha del contrato para que sea admisible que el Tribunal conozca de un requere-

rimiento de esta naturaleza. Dicho pronunciamiento lo debe hacer para el solo efecto de definir sobre qué normas legales ejercerá sus atribuciones.

Si el contrato se celebró antes de julio del año 2005 –fecha en que entró en vigencia la Ley N° 20.015–, éste se rige no por el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 ó 199 del D.F.L. N° 1, de Salud, del año 2005, sino por las reglas fijadas en dicho contrato, de acuerdo a la normativa vigente a la fecha de su suscripción, conforme lo dispone el artículo 2° de la Ley N° 20.015. Son el contrato y la ley vigente en aquella ocasión, y no la legislación señalada, los aplicables en la especie.

Si, en cambio, el contrato se celebró con fecha posterior a julio de 2005, por aplicación del mismo artículo 2°, se rige plenamente por el D.F.L. N° 1, ya citado.

De esta manera, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que si la fecha del contrato es anterior a julio del año 2005, respecto de la tabla de factores, el artículo 38 ter (actual artículo 199) no tendrá aplicación;

**SEXTO.** Que, por otro lado, lo mismo sucede con el artículo 2° de la Ley N° 20.015, recién mencionado, pues él simplemente establece la transitoriedad de las situaciones contractuales anteriores y posteriores al año 2005. Esa norma legal no establece regulación sustantiva alguna sobre los contratos de salud, sino que sólo determina los efectos en el tiempo de la Ley N° 20.015, ya que precisa cómo deben adaptarse los contratos vigentes a julio de 2005 a sus disposiciones;

**SÉPTIMO.** Que, entonces, para los efectos de la presente sentencia, este Tribunal sólo tendrá presente como norma legal impugnada el artículo 38 de la Ley N° 18.933 (vigente con anterioridad a la Ley N° 20.015), en la parte en que se refiere a la operación de la tabla de factores. Se excluirán, por tanto, del presente pronunciamiento los artículos 38 ter de la Ley N° 18.933 y 2° de la Ley N° 20.015, por las razones expuestas en el considerando precedente;

## II

### EL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO

**OCTAVO.** Que la norma legal impugnada corresponde al inciso quinto del artículo 38 de la Ley N° 18.933, que indica:

*“No obstante la libertad de las Isapres para adecuar el precio y su obligación de no discriminar en los términos señalados en el inciso tercero, el nuevo valor que se cobre al momento de la renovación deberá mantener la relación de precios por sexo y edad que hubiere sido establecida en el contrato original, usando como base de cálculo la edad del beneficiario a esa época, con la lista de precios vigentes en la Institución para el plan en que actualmente se encuentre.”*

Este inciso fue incorporado por la Ley N° 19.381, publicada en el Diario Oficial en mayo de 1995;



**NOVENO.** Que la norma legal recién señalada fue reemplazada el año 2005 por el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 –hoy artículo 199 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, del Ministerio de Salud, del año 2005–, introducido por la Ley N<sup>º</sup> 20.015. Por tanto, la norma legal en cuestión se encuentra actualmente derogada;

**DÉCIMO.** Que, según la jurisprudencia actual de este Tribunal (establecida en los considerandos noveno, décimo y decimoprimeros de la sentencia de las causas roles N<sup>OS</sup> 1.399 y 1.469, acumulados e invocados por las sentencias de las causas roles N<sup>OS</sup> 1.572, 1.598, 1.629, 1.765, 1.766, 1.784, 1.806, 1.807, 1.769 y 1.745), es perfectamente posible pronunciarse sobre la constitucionalidad de un precepto legal derogado, “*siempre y cuando, como sucede en la especie, dicha norma hubiere estado en vigor en el momento en que se suscitó la situación jurídica regida por ella y deba ser aplicada por el juez de la gestión pendiente al momento de resolver el asunto*”;

### III

#### RESUMEN DE LA DOCTRINA CONTENIDA EN LOS PRECEDENTES SOBRE LA MATERIA DE AUTOS

**DECIMOPRIMERO.** Que este Tribunal tiene establecido un estándar conforme al cual se ha enjuiciado la constitucionalidad del precepto legal ahora impugnado, construido en otros casos de inaplicabilidad (STC roles N<sup>OS</sup> 1.572, 1.598, 1.629, 1.765, 1.766, 1.784, 1.806, 1.807, 1.769 y 1.745).

Este análisis tuvo como punto de partida, aparte de las normas constitucionales, dos antecedentes. Por una parte, la crítica que al precepto legal cuestionado realizó el propio Ejecutivo, cuando envió la propuesta de modificación del mismo al Congreso Nacional. La misma crítica formuló recientemente el actual Presidente de la República, cuando evacuó su informe en el procedimiento de inconstitucionalidad de los autos Rol N<sup>º</sup> 1.710 y cuando envió al Congreso el proyecto de ley que modifica el régimen actual. Por la otra, las críticas que las propias Isapres, para defender la constitucionalidad de la tabla de factores del artículo 38 ter, formularon al precepto legal que ahora se cuestiona;

**DECIMOSEGUNDO.** Que esta doctrina, elaborada a propósito de la tabla de factores fijada conforme a la ley, también es aplicable en el caso que acá analizamos, en que la tabla tiene origen contractual.

Dicha doctrina tiene tres componentes fundamentales. Por una parte, ciertos criterios que debe cumplir la tabla de factores para ser legítima. En primer lugar, este Tribunal ha dicho que la tabla de factores debe tener proporcionalidad en relación a las rentas (STC Rol N<sup>º</sup> 1.710, cc. sexagesimoquinto, centesimocuatrecientosquinto y centesimocuatrecientossexto); por lo mismo, no puede generar un desequilibrio entre el cobro de la cotización y la protección del derecho a la salud (STC Rol N<sup>º</sup>

1.710, considerando centesimoquinquagesimosexto); no puede generar un reajuste exponencial y confiscatorio de las rentas del afiliado (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimoquinto); no puede generar la imposibilidad de que el afiliado costee el aumento del precio que su aplicación conlleva (STC Rol N° 1.710, c. centesimosexagésimo); y no puede obligar a los beneficiarios a emigrar del sistema (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimoséptimo).

En segundo lugar, la relación que dicha tabla establezca entre los distintos factores que la componen, debe tener una fundamentación razonable (STC Rol N° 1.710, cc. centesimocuatragesimoquinto y centesimocuatragesimosexto); no puede haber discrecionalidad de la Isapre para determinar los factores de cada tabla (STC Rol N° 1.710, cc. sexagesimoquinto y centesimocuatragesimoquinto); y tienen que existir límites idóneos, necesarios y proporcionales y, por ende, razonables (STC Rol N° 1.710, c. centesimocuatragesimoquinto).

En tercer lugar, el mecanismo debe permitir una intervención del afiliado, sin que pueda limitarse a aceptar o rechazar lo que la entidad previsional ofrezca (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimoterce-ro); no puede haber dispersión en la determinación del precio entre los diferentes intervinientes (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimoterce-ro).

Finalmente, no puede generar tratos desiguales (STC Rol N° 1.710, cc. centesimocuatragesimooctavo y centesimoquinquagesimoquinto) ni considerar factores inherentes a la condición humana (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimoquinto);

**DECIMOTERCERO.** Que el segundo componente de esta doctrina es la manera en que este Tribunal ha caracterizado al contrato de salud. Así, ha señalado que el constituyente ha configurado algunas variables de este contrato. Estas tienen que ver con la posibilidad de las Isapres de financiar acciones de salud (artículo 19, N° 9°), con la opción del cotizante entre el sistema estatal o privado (artículo 19, N° 9°), con la cotización obligatoria (artículo 19, N° 9°) y con el control del Estado de las acciones realizadas en el ámbito de la salud (artículo 19, N° 9°). Asimismo, ha sostenido que el contrato de salud es un contrato de tracto sucesivo (STC Rol N° 1.710, c. centesimoseptuagésimo), de orden público (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimocuarta) y distinto a un contrato de seguro propio del derecho privado (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimocuarta). En el mismo sentido se han pronunciado los roles N°s 1.572, 1.598, 1.629, 1.765, 1.766, 1.784, 1.806, 1.807, 1.769 y 1.745. Del mismo modo lo ha entendido la Corte Suprema (SCS roles 8837-2010, 566-2011 y 9044-2010);

**DECIMOCUARTO.** Que el tercer componente de esta doctrina es que este Tribunal ha señalado que el contenido esencial de la seguridad social recoge los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y su-

ficiencia y unidad o uniformidad, sobre todo si se ven conjuntamente el derecho a la salud (artículo 19, N<sup>º</sup> 9<sup>º</sup>) y el derecho a la seguridad social (artículo 19, N<sup>º</sup> 18<sup>º</sup>) (STC Rol N<sup>º</sup> 1.710, cc. centesimotrigesimoprimer o a centesimotrigesimoquinto);

#### IV

#### APLICACIÓN DE ESTOS ESTÁNDARES AL CASO CONCRETO

**DECIMOQUINTO.** Que la doctrina constitucional señalada tiene una consecuencia directa en el caso concreto, pues en este caso no se respeta el estándar precedentemente analizado;

**DECIMOSEXTO.** Que, en efecto, en primer lugar, no hay una proporcionalidad del reajuste ofrecido por la Isapre. Sobre todo si se considera que se ha estimado desproporcionada y carente de razonabilidad la norma que entregaba amplia libertad de actuación a un organismo de la Administración (STC Rol N<sup>º</sup> 1.710, cc. sexagesimoprimer o, sexagesimosegundo y centesimocuadragesimoquinto), peor aún resulta entregar la regulación de esta materia a la libertad contractual o, como lo dice la norma, a la libertad de la Isapre, por el desequilibrio de facultades que tiene en su favor (STC roles N<sup>º</sup> 1.572, 1.598, 1.629, 1.765, 1.766, 1.784, 1.806, 1.807, 1.769 y 1.745);

**DECIMOSÉPTIMO.** Que, asimismo, en el presente caso se infringe la Constitución, pues se entrega a la voluntad de las partes determinar un elemento esencial de un contrato de orden público, como lo es la reajustabilidad del precio del plan.

Considérese, por de pronto, que el requirente de estos autos pagaba 13,54 UF en el año 2007. Casi tres años después, su mismo plan tiene un costo de 21,84 UF. Es decir, aumentó más del 60%. Pagaba el 2007, en dinero de hoy, casi 296 mil pesos y termina pagando 476 mil pesos;

**DECIMOCTAVO.** Que, en segundo lugar, tampoco se cumple el estándar de relación razonable que debe existir entre los factores que componen la tabla respectiva.

En efecto, en la tabla que suscribió el requirente, el precio de su plan se encarece con la edad. De hecho, para el caso que nos ocupa, para él, como cotizante, el factor aumenta en 1,30 al cumplir 56 años;

**DECIMONOVENO.** Que, en tercer lugar, tampoco se respeta el estándar de protagonismo que debe tener el afiliado en su determinación. Por una parte, porque estamos frente a un verdadero contrato de adhesión. En los hechos, se impone la voluntad de la Isapre. Por la otra, la renovación se convierte en dramática, porque o paga más por su plan o rebaja sus prestaciones. Así las cosas, la permanencia del beneficiario en su plan o, incluso, en el régimen privado de salud, puede significar un elevado costo que sea inviable para el común de las personas;

**VIGÉSIMO.** Que, además, el precepto legal objetado tampoco pasa el estándar de la no discriminación. Por de pronto, porque se construye el mecanismo en base a elementos inherentes a la naturaleza humana, como la edad y el sexo. En el caso del requirente, el mecanismo implica que entre más edad tenga, más caro será su plan;

**VIGESIMOPRIMERO.** Que, en consecuencia, el requerimiento interpuesto debe acogerse, toda vez que la aplicación del inciso quinto del artículo 38 de la Ley N° 18.933, impugnado, vulnera el derecho a la protección de la salud (artículo 19, N° 9°) y, por tanto, resulta contrario a la Constitución.

Habiéndose acogido el requerimiento respecto de la norma legal impugnada antes mencionada por los argumentos señalados, no se emitirá pronunciamiento respecto de la supuesta infracción de las demás disposiciones constitucionales invocadas.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en los artículos 19, número 9°, y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE FOJAS 1 SÓLO EN CUANTO SE DECLARA INAPLICABLE EL INCISO QUINTO DEL ARTÍCULO 38 DE LA LEY N° 18.933 EN LA CAUSA SUB LITE. SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN ESTOS AUTOS, DEBIENDO OFICIARSE AL EFECTO A LA SUPERINTENDENCIA DE SALUD.**

**Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán** concurre a lo resuelto únicamente en atención a lo señalado en los considerandos primero a quinto, y teniendo adicionalmente presente que el legislador no precisó suficientemente en el aludido artículo 38, inciso quinto, que se impugna, la forma de fijación de la tabla de factores, según criterios de edad y sexo, la que por sí misma no es contraria a la Carta Fundamental, como lo ha señalado esta misma Magistratura. De este modo, se incumple así el mandato delegado al legislador de establecer la forma y condiciones en que el Estado debe garantizar adecuadamente la ejecución de las acciones de salud, sea que éstas se presten a través de instituciones públicas o privadas, en el marco del principio de subsidiariedad. No corresponde, sin embargo, a través de esta vía procesal constitucional pronunciarse acerca de los aumentos en los valores de los planes de salud que ha sufrido el requirente, todo lo cual es materia propia de la acción de protección, tal como lo ha señalado reiteradamente este previniente

(STC Rol N<sup>º</sup> 1.710), puesto que la ponderación de los hechos litigiosos de las gestiones respectivas corresponde a los jueces de fondo de la instancia (STC Roles N<sup>OS</sup> 1.130, 1.210, 1.266 y 1.324). Finalmente, es del caso tener presente que las tablas de factores se incorporaron a los respectivos contratos, de suerte tal que las acciones de inaplicabilidad no resultan idóneas para declarar la inconstitucionalidad de los contratos suscritos, lo que deberá impugnarse –en su caso– a través de las vías ordinarias que prevé el ordenamiento jurídico.

**El Ministro señor Iván Aróstica Maldonado** previene que concurre a la sentencia, en virtud única y exclusivamente de lo expresado en los considerandos primero al séptimo, y en especial por lo expresado en este último en relación con el artículo 19, N<sup>º</sup> 9<sup>º</sup>, inciso cuarto, de la Constitución. Tiene presente para ello que, en su oportunidad, la norma legal impugnada no hizo exigible la obligación del Estado de facilitar el acceso de los afiliados más riesgosos afectados por su aplicación, a las correspondientes acciones de salud que por su intermedio brindan las Isapres, de conformidad con el principio de subsidiariedad.

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben y las prevenciones, sus respectivos autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

### **Rol N<sup>º</sup> 1.719-2010**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señor Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

ROL Nº 1.720-2010

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 2º Y 3º  
TRANSITORIO DE LA LEY Nº 20.158, DEDUCIDO POR  
FREDI AVENDAÑO ANDRADES Y OTROS

Santiago, veintiuno de septiembre de dos mil diez.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1º. Que, con fecha 6 de mayo de 2010, el abogado Juan Carlos Quezada, en representación de las personas que individualiza, ha requerido a esta Magistratura Constitucional para que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 2º y 3º transitorios de la Ley Nº 20.158, en relación con el juicio laboral ordinario RIT 0-12-2009, del Juzgado de Letras del Trabajo de Curepto, caratulado “Avendaño Andrades, Fredi y otros con Municipalidad de Curepto” del cual conoce la Corte Suprema bajo el Rol Nº 1349-2010;

2º. Que, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, Nº 6º, de la Constitución, es atribución de este Tribunal “*resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución*”.

A su turno, el inciso decimoprimer del mismo precepto fundamental señala: “*En el caso del número 6º, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*”;

3º. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra comprendido en el Decreto con Fuerza de Ley Nº 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, la cual razona en el sentido de que el pronunciamiento sobre la admisibilidad de un requerimiento de esta índole establecido por la Ley Fundamental exige, previamente, resolver sobre la admisión a trámite del requerimiento. Así, el inciso primero del artículo 82 de dicho texto legal establece que: “*Para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir*

con las exigencias señaladas en los artículos 79 y 80. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales”.

Y su inciso segundo señala: “No obstante, tratándose de defectos de forma o de la omisión de antecedentes que debían acompañarse, el Tribunal, en la misma resolución a que se refiere el inciso anterior, otorgará a los interesados un plazo de tres días para que subsanen aquéllos o completen éstos. Si así no lo hacen, el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales”.

Por su parte, los artículos 79 y 80 de la legislación aludida establecen: “Artículo 79. En el caso del número 6° del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.

Si la cuestión es promovida por una parte ejerciendo la acción de inaplicabilidad, se deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.

Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.

El tribunal deberá dejar constancia en el expediente de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes del proceso”.

“Artículo 80. El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas”;

4°. Que el artículo 84 de la Ley N<sup>º</sup> 17.997 establece en su inciso primero que un requerimiento es inadmisibile: “3° Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada”;

5°. Que según consta del certificado de la Secretaria de esta Magistratura de 30 de julio de 2010 que rola a fojas 214, “el recurso sobre unificación de jurisprudencia Rol N<sup>º</sup> 1349-2010 interpuesto por don Fredi Avendaño Andrades y otros con Ilustre Municipalidad de Curepto se encuentra fallado por sentencia de fecha 29 de junio del presente año y que el expediente ha sido devuelto al tribunal de origen con fecha 6 de julio pasado.”

6°. Que, se desprende de lo que se termina de exponer que la gestión en relación con la cual se interpuso la acción de inaplicabilidad deducida

ante este Tribunal se encuentra terminada y el expediente respectivo fue “devuelto al tribunal de origen”, motivo por el cual, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 84, inciso primero, N° 3°, de la Ley 17.997, el requerimiento de autos, debe ser declarado inadmisibile.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 6°, 7° y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso decimoprimer de la Constitución Política de la República y en los artículos 84, inciso primero, N° 3°, y demás pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE DECLARA:**

Inadmisibile el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas uno. Notifíquese por carta certificada al requirente y por oficio a la Corte Suprema.

Archívese.

**Rol N° 1.720-2010**

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y por los Ministros señora Marisol Peña Torres y señores Carlos Carmona Santander e Iván Aróstica Maldonado. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

**ROL N° 1.721-2010**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 2°Y 3°  
TRANSITORIO DE LA LEY N° 20.158, DEDUCIDO POR  
OLIVIA ESTER GONZÁLEZ BUSTAMANTE Y OTROS**

**DECLARACIÓN DE INADMISIBILIDAD DE FECHA 21  
DE SEPTIEMBRE DE 2010, EN EL MISMO SENTIDO QUE  
EN EL ROL N° 1.720**



ROL N<sup>º</sup> 1.722-2010REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 125 DE LA LEY  
N<sup>º</sup> 18.834, ESTATUTO ADMINISTRATIVO, MODIFICADO  
POR LA LEY N<sup>º</sup> 19.653, SOBRE PROBIDAD  
ADMINISTRATIVA, DEDUCIDO POR  
GUILLERMO AGUILAR NORANBUENA

Santiago, ocho de junio de dos mil diez.

Proveyendo la presentación de la parte requirente de fojas 30: a sus antecedentes.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1<sup>º</sup>. Que, con fecha 6 de mayo de 2010, el abogado José Gustavo Videla Tobar, en representación de don Guillermo Aguilar Norambuena ha requerido a esta Magistratura Constitucional para que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 125 de la Ley N<sup>º</sup> 18.834, Estatuto Administrativo, en relación con los autos sobre recurso de protección caratulados “Aguilar con Servicio de Salud del Maule” de los cuáles conoce la Corte Suprema bajo el Rol N<sup>º</sup> 1.591;

2<sup>º</sup>. Que, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, de la Constitución Política, es atribución de este Tribunal: *“Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”*

A su turno, el inciso decimoprimer del mismo precepto señala: *“En el caso del Ar 6<sup>º</sup>, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”;*

3<sup>º</sup>. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, la cual razona en el sentido de que el pronunciamiento sobre la admisibilidad establecido por la Ley Fundamental exige, previamente, resolver sobre la admisión a trámite del re-

querimiento. Así, el inciso primero del artículo 47 D de dicho texto legal establece que: *“Para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 47 A y 47 B. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales”*.

Por su parte, los artículos 47 A y 47 B del mismo cuerpo legal establecen:

*“Artículo 47 A. En el caso del número 6° del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.*

*Si la cuestión es promovida por una parte ejerciendo la acción de inaplicabilidad, se deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus Apoderados.*

*Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus Apoderados.*

*El tribunal deberá dejar constancia en el expediente de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes del proceso”*.

*“Artículo 47 B. El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición, clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas”*;

4°. Que por resolución de 18 de mayo de 2010, no se admitió a tramitación el requerimiento interpuesto, en atención a que el certificado exigido por el artículo 47 A de la Ley N° 17.997 no cumplía con los requisitos contemplados en dicho precepto legal;

5°. Que por presentación de 25 de mayo del presente año, el actor acompañó un nuevo certificado expedido por la Prosecretaría Interina de la Corte Suprema. Sin embargo, no se subsana en la forma debida los defectos de que adolecía el primitivamente adjuntado, puesto que no se indica el domicilio de los representantes de la parte recurrida en la gestión en que incide la acción constitucional deducida ante esta Magistratura, como lo dispone el precepto legal antes mencionado;

6°. Que, por otra parte, la forma en que las disposiciones que se objetan contravienen la Carta Fundamental en su aplicación al caso concreto debe ser ex-puesta circunstanciadamente. La explicación de la manera en

que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye la base indispensable de la acción interpuesta;

7°. Que en el requerimiento deducido no se plantea con precisión e inteligibilidad suficientes como las normas que se impugnan violan la Carta Fundamental, omitiéndose fundar cabalmente los vicios de constitucionalidad que sustentan el libelo;

8°. Que, por último, en la parte petitoria del requerimiento se indica que se interpone una “acción de inconstitucionalidad” respecto de la norma que se impugna y se solicita, además, declarar “que la destitución del Sr. Aguilar es inaplicable por resultar contraria a la Constitución, siendo en consecuencia improcedente la sanción de destitución dictada” en su contra, lo que no se aviene con la naturaleza de una acción de inaplicabilidad como la interpuesta ante esta Magistratura, en conformidad con lo que dispone el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6°, e inciso decimoprimer de la Constitución Política.

9°. Que de lo que se termina de exponer se concluye que el requerimiento deducido tampoco cumple con las exigencias contempladas en el artículo 47 B de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en los artículo 6°, 7° y 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6°, e inciso decimoprimer de la Constitución Política de la República, y en los artículos 47 A, 47 B y 47 D de la Ley N<sup>º</sup> 17.997,

**SE DECLARA:**

Que no se admite a tramitación el requerimiento deducido en lo principal de fojas uno, teniéndose así por no presentado, para todos los efectos legales.

**Se previene que el Ministro señor Mario Fernández Baeza** concurre a esta resolución basado sólo en su considerando quinto.

Notifíquese la presente resolución por carta certificada.

**Rol N<sup>º</sup> 1.722-2010**

Se certifica que el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake concurre a la presente resolución pero no firma por encontrarse haciendo uso de feriado.

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgüín.

## ROL Nº 1.723-2010

### PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD INICIADO DE OFICIO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 2331 DEL CÓDIGO CIVIL

Santiago, veinticuatro de mayo de dos mil once.

#### CON ESTOS ANTECEDENTES:

1°. A fojas uno, mediante resolución de seis de mayo de 2010, el Tribunal Constitucional, procediendo de oficio en ejercicio de la atribución prevista en el numeral 7° del inciso primero del artículo 93 de la Constitución Política de la República, abrió proceso para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil, sobre la base de las sentencias que previamente lo habían declarado inaplicable, correspondientes al Rol Nº 943 y al Rol Nº 1185. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, la misma resolución ordenó que esta decisión fuera comunicada a la Cámara de Diputados, al Senado y al Presidente de la República.

2°. A fojas 72, mediante resolución de veintiocho de septiembre de 2010, se ordenó abrir un cuaderno separado al que se agregarían las presentaciones escritas que formularan las personas, instituciones y organizaciones representativas de los intereses involucrados en este proceso constitucional que, contando con información especializada sobre la materia de autos, así lo desearan. En la misma resolución se citó a audiencias públicas a celebrarse en fecha previa a la vista de la causa.

3°. Se agregaron al cuaderno especial abierto en este proceso las siguientes cuatro presentaciones escritas:

– Ponencia presentada en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción 2009, titulada “Artículo 2331 del Código Civil: Las razones de su inaplicabilidad por inconstitucionalidad”, elaborada por el abogado y profesor de Derecho Civil, señor Gonzalo Linazasoro Campos;

– Informe en Derecho elaborado por el abogado y Magíster en Ciencia Política, de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Máster en Derecho, LIM, Universidad de Harvard, Doctor (c) en Derecho, UCh, y profesor de Derecho Constitucional, señor Patricio Zapata Larraín, titulado “La Protección Legal de la Honra y la Constitución Política”, acompañado por la Federación de Medios de Comunicación Social;

– Artículo elaborado por el señor Pedro Anguita Ramírez, titulado “La Protección Civil del Derecho a la Propia Imagen, Honra y Vida Privada ante la Jurisprudencia. Obstáculos Normativos para una Reparación Adecuada”; y

– Presentación de los abogados José Miguel Poblete East y Alejandro Vicari Vicari.

4°. A fojas 86, por resolución de cuatro de noviembre de 2010, el Tribunal fijó un plazo para que los interesados a que se refirieron las resoluciones precedentes pudieran manifestar su intención de ser oídos en las pertinentes audiencias públicas y señaló día y hora para su verificación. En la misma oportunidad fue fijado día y hora para la vista de la causa, los que fueron modificados por resolución de dieciséis de diciembre del mismo año –fojas 94–.

5°. A fojas 155, a través de resolución de cuatro de enero de 2011, el Tribunal determinó las condiciones en las que se desarrollarían las audiencias públicas acordadas en estos autos.

6°. El once de enero de 2011 se verificó la primera audiencia pública fijada en el proceso y, previo anuncio presentado en cumplimiento de lo resuelto a fojas 155, expusieron en contra de la eventual declaración de inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil, materia de este proceso constitucional:

- el señor Patricio Zapata Larraín, por la Federación de Medios de Comunicación Social;
- el señor Luis Pardo Sáinz y la señora Carmen Luz Parra, por la Asociación de Radiodifusores de Chile, ARCHI;
- la señora Ángela Vivanco, por la Asociación Nacional de la Prensa; y
- el señor José Miguel Poblete East.

7°. El 12 de enero de 2011 se verificó la segunda audiencia pública fijada en el proceso y, previo anuncio presentado en cumplimiento de lo resuelto a fojas 155, expusieron en contra de la eventual declaración de inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil, materia de este proceso constitucional:

- el señor Gonzalo García Pino y la señora Mónica González Mujica, por el Centro de Investigación e Información Periodística (CIPER-Chile);
- y
- el señor Mauricio León Cáceres, por la asociación gremial Libertades Públicas A.G.

En la misma audiencia expusieron a favor de la eventual declaración de inconstitucionalidad del precepto legal examinado:

- el señor Gonzalo Linazasoro Campos; y
- el señor Ciro Colombara López.

8°. Consta en autos que ninguno de los órganos constitucionales interesados a los que les fue comunicada la decisión de abrir de oficio el presente proceso de inconstitucionalidad pidió ser tenido como parte en el mismo dentro del plazo que tenían para hacerlo.

9°. En audiencia de 10 de marzo de 2011 se procedió a la vista de la causa, a la que asistieron los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios

(Presidente), Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado.

Oída la relación, se puso término a la vista de la causa por no existir abogados con derecho a alegar.

**10°.** Concluido el debate respectivo, se puso en votación la inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil, produciéndose el siguiente resultado:

Por declarar la inconstitucionalidad estuvieron los Ministros señores **Marcelo Venegas Palacios (Presidente), Raúl Bertelsen Repetto, Mario Fernández Baeza e Iván Aróstica Maldonado.** En contra de dicha declaración estuvieron los Ministros señor **Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney.**

No se alcanzó, en consecuencia, el quórum de los cuatro quintos de los miembros en ejercicio del Tribunal, exigido por la Constitución para declarar dicha inconstitucionalidad.

**11°.** A continuación se puso en votación una indicación del **Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto** para declarar inconstitucional únicamente las siguientes partes del artículo 2331 del Código Civil: el adverbio “no” que antecede a la forma verbal “dan” y la frase: “a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero;”.

**12°.** Puesta en votación esta indicación, tampoco se obtuvo la mayoría de cuatro quintos exigida por la Constitución.

Por acogerla estuvieron los **Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney.** Por rechazarla estuvieron los **Ministros señores Marcelo Venegas Palacios (Presidente), Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes e Iván Aróstica Maldonado,**

**SE DECLARA:**

**Que no se ha alcanzado en esta oportunidad el quórum exigido por el artículo 93, inciso primero, N° 7°, de la Constitución Política de la República para pronunciar sentencia de inconstitucionalidad total o parcial respecto del artículo 2331 del Código Civil. Procédase al archivo de los autos, dejándose constancia en los mismos de los motivos que cada uno de los Ministros estime pertinente consignar como fundamento de sus votos.**

**REGISTRO DE LA VOTACIÓN Y DE SUS FUNDAMENTOS:**

## I

VOTACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD  
DEL ARTÍCULO 2331 DEL CÓDIGO CIVIL, MATERIA DEL  
PRESENTE PROCESO CONSTITUCIONAL

**Los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios (Presidente), Raúl Bertelsen Repetto, Mario Fernández Baeza e Iván Aróstica Maldonado** estuvieron por declarar inconstitucional el artículo 2331 del Código Civil en base a las mismas consideraciones que fundaron las sentencias de inaplicabilidad roles N<sup>os</sup> 943 y 1.185, que constituyen precisamente los precedentes que permitieron abrir el proceso constitucional de autos.

**Los Ministros señor Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señor Enrique Navarro Beltrán**, por su parte, se pronunciaron en contra de declarar inconstitucional todo el precepto legal materia de este proceso, en razón de las siguientes consideraciones:

1°. Que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado previamente inaplicable constituye un procedimiento de naturaleza excepcional, atendido que su efecto es expulsar el referido precepto del ordenamiento jurídico con efecto *erga omnes* y de forma no retroactiva;

2°. Que, como ha tenido oportunidad de expresar esta Magistratura, *“tal y como lo han reconocido uniformemente la doctrina y la jurisprudencia comparadas, el respeto hacia la labor que desarrolla el legislador obliga al Tribunal Constitucional, en su función de contralor de la constitucionalidad de la ley, a buscar, al menos, alguna interpretación del precepto cuestionado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental y sólo en el evento de no ser ello posible, unido a la necesidad de cautelar integralmente la plena vigencia de los principios de supremacía constitucional, igualdad ante la ley y certeza jurídica, resultará procedente y necesaria la declaración de inconstitucionalidad.”* (STC roles N<sup>os</sup> 558 y 590, acumulados, y N<sup>º</sup> 681);

3°. Que, teniendo presentes tales precedentes jurisprudenciales, resulta necesario examinar si el precepto contenido en el artículo 2331 del Código Civil presenta una contradicción con la Carta Fundamental que permita afirmar su inconstitucionalidad en todo evento, más allá de las situaciones concretas a que se han referido las declaraciones de inaplicabilidad que han servido de fundamento al presente proceso de inconstitucionalidad (STC roles N<sup>os</sup> 943 y 1.185);

4°. Que, desde esta perspectiva, el artículo 2331 del Código Civil configura un estatuto especial de responsabilidad civil aplicable a aquellos casos en que una persona ha sido objeto de imputaciones injuriosas que afectan su honor o su crédito. Comprobado tal supuesto, la norma per-

mite exigir indemnización de perjuicios –apreciable en dinero– sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, mas no daño moral. En consecuencia, el análisis de constitucionalidad en abstracto que debe realizar el Tribunal en esta oportunidad exige determinar si la improcedencia del daño moral, en el caso del artículo 2331 del Código Civil, vulnera la protección que la Carta Fundamental brinda a la honra de las personas en el numeral cuarto de su artículo 19 bajo toda circunstancia o supuesto;

5°. Que, en ese sentido, este Tribunal ha podido comprobar que, en muchos casos, las imputaciones injuriosas constituyen delitos cometidos a través de un medio de comunicación social, lo cual da derecho al afectado para exigir, además de la indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, la que proviene del daño moral, de conformidad con lo previsto en el artículo 40 de la Ley N° 19.733;

6°. Que aun en la hipótesis de que la imputación injuriosa no fuera constitutiva de delito o no se cometiera a través de un medio de comunicación social, el carácter excepcional del artículo 2331 del Código Civil no puede excluir la aplicación del estatuto general de responsabilidad previsto en los artículos 2314 y 2329 del mismo cuerpo legal, conforme al cual la indemnización del daño moral sí sería procedente, pues estas normas no tienen carácter restrictivo como ocurre con el precepto legal que se estima inconstitucional. No debe olvidarse por lo demás que la estructura originaria del Código Civil de Bello no regulaba expresamente la indemnización por el daño moral, lo que fue posteriormente desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Suprema;

7°. Que, en consecuencia, una interpretación armónica de las normas que integran el ordenamiento jurídico vigente lleva a la conclusión de que, sólo en algunos casos, la aplicación del artículo 2331 del Código Civil podría afectar la protección que la Constitución Política brinda a la honra de las personas. Con mayor razón, cuando el mismo precepto cuestionado excluye la indemnización si se prueba la verdad de la imputación, precepto este último que se estima concordante con la adecuada protección que debe brindarse también al legítimo ejercicio de la libertad de expresión. De lo anterior fluye la necesidad de que el Tribunal Constitucional pueda pronunciarse, caso a caso, sobre los reproches que merezca la aplicación del artículo 2331 del Código Civil en situaciones concretas, entendiéndose, a contrario sensu, que no se darían los supuestos para estimar que dicha norma es contraria a la Carta Fundamental bajo todo respecto, tal y como exige una declaración de inconstitucionalidad con efecto erga omnes como la que motiva el presente proceso. (Voto redactado por la Ministra señora Marisol Peña Torres)

**En el caso del Ministro señor Francisco Fernández Fredes**, éste fundó su decisión de rechazar íntegramente la inconstitucionalidad de la



norma en las mismas razones que lo llevaron a desechar el requerimiento en los anteriores procesos en que se solicitó a esta Magistratura declarar la inaplicabilidad del referido precepto legal.

**Los Ministros señores Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney** concurrieron al voto para rechazar la inconstitucionalidad de todo el artículo 2331 del Código Civil, sólo por las siguientes razones:

1°. Que el artículo 2331 del Código Civil contiene dos normas legales diferentes que deben ser analizadas en forma separada cuando se trata de resolver un asunto de constitucionalidad;

2°. Que no existe ningún obstáculo jurídico para que el Tribunal Constitucional, conociendo de un proceso de inconstitucionalidad, pueda decretar la contravención solamente parcial de un precepto legal respecto a la Carta Fundamental, aun cuando hubiera declarado con anterioridad su inaplicabilidad completa en procesos que sirven de antecedente para el de inconstitucionalidad. Así procedió recientemente esta Magistratura en el Rol N<sup>º</sup> 1.710, por ejemplo. Por su parte, el artículo 102 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional prevé la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad parcial de una norma legal. Lo que sí exige dicha legislación es que entre las sentencias de inaplicabilidad previas y el proceso de inconstitucionalidad haya coincidencia en el vicio invocado y en los preceptos constitucionales que se estiman vulnerados;

3°. Que, por ende, estiman estos previnientes, corresponde acotar la declaración de inconstitucionalidad a la primera parte del artículo 2331 del Código Civil. La inconstitucionalidad del artículo 2331 en su integridad afectaría la mantención de la *exceptio veritatis*. Dicha excepción forma parte sustancial del estatuto jurídico de la libertad de expresión y no contraviene ningún principio o norma constitucional. Esa norma resguarda el interés público involucrado en la libertad de información y ampara el ejercicio responsable del periodismo, que debe atenerse a exigencias de verosimilitud basadas en una apreciación adecuada del valor de las fuentes informativas. La eliminación de la *exceptio veritatis* debilitaría de manera sensible la libertad de expresión y dificultaría el ejercicio de la profesión de periodista;

4°. Que, en consecuencia, el vicio de inconstitucionalidad sólo afecta a la primera parte de ese artículo, que impide en forma absoluta y perentoria la indemnización del daño moral en casos de imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona;

5°. Que la primera parte del artículo 2331 del Código Civil contraviene el número 4° del artículo 19 de la Constitución Política, que asegura la protección de la honra, en relación a los N<sup>OS</sup> 2° y 26° del mismo precepto, afectando así en su esencia el derecho a la honra;

6°. Que es el juez de fondo el encargado de determinar si en un caso concreto, atendidos los hechos, existe un daño extrapatrimonial que pueda ser indemnizado, fijando un monto razonable a la reparación pecuniaria; al decidir debe verificar si concurren todos los elementos de la responsabilidad civil extracontractual;

7°. Que existe un principio constitucional de reparar el daño causado que se refleja, por ejemplo, en el artículo 6° de la Constitución Política y que se expresa con toda claridad en el artículo 2329 del Código Civil. Tal principio, sin embargo, es un mandato de optimización que no impide que el legislador establezca distintos modelos de responsabilidad, incluso restricciones a la indemnización, pero no puede excluir *a priori* y sin un fundamento razonable un tipo de reparación, como ocurre en el artículo 2331 del Código Civil;

8°. Que en el caso de expresiones ofensivas difundidas a través de medios de comunicación social, la reglamentación es más estricta. Hay una ley especial que debe ser aplicada en concordancia con las normas del Código Civil. El Título IV de la Ley N° 19.733 contempla una forma especial de resarcir el mal causado al establecer el derecho de aclaración y rectificación de toda persona ofendida o injustamente aludida por un medio de comunicación, que no tiene lugar respecto a las apreciaciones personales que se formulen en comentarios especializados de crítica política, literaria, histórica, artística, científica, técnica y deportiva. (Voto redactado por el Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney).

## II

### VOTACIÓN DE LA INDICACIÓN DEL MINISTRO SEÑOR RAÚL BERTELSEN REPETTO

Por acogerla estuvieron los **Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney.**

Por rechazarla, en cambio, estuvieron los **Ministros señores Marcelo Venegas Palacios (Presidente), Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes e Iván Aróstica Maldonado.**

Los argumentos de los Ministros que estuvieron por el rechazo de la proposición indicada fueron los siguientes:

1°. Que el artículo 93, inciso primero, numeral 7°, de la Constitución Política de la República establece que es atribución de este Tribunal Constitucional: “*Resolver, por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior.*”. El inciso duodécimo del mismo artículo agrega: “*una vez resuelta en sentencia previa la declaración de*

*inaplicabilidad de un precepto legal, conforme al número 6° de este artículo, habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio.”;*

2°. Que, por su parte, el artículo 93 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, modificada por la Ley N<sup>º</sup> 20.381, de 2009, y cuyo texto refundido se contiene en el D.F.L. N<sup>º</sup> 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, indica que *“en el caso del número 7° del artículo 93 de la Constitución Política de la República, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser promovida por el Tribunal Constitucional actuando de oficio y por las personas legitimadas a que se refiere el inciso duodécimo del mismo artículo”*. A su turno, el artículo 94 de la misma ley indica que *“en los casos en que el Tribunal proceda de oficio, así lo declarará en una resolución preliminar fundada, que individualizará la sentencia de inaplicabilidad que le sirve de sustento y las disposiciones constitucionales transgredidas”*. El mismo cuerpo legal, en su artículo 101, dispone que *“la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas deberá fundarse únicamente en la infracción de el o los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento”*;

3°. Que, por resolución de seis de mayo de dos mil diez, esta Magistratura decidió *“abrir proceso de oficio para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil”*. En tal sentido, se hace presente en su considerando quinto que *“el artículo 2331 transcrito precedentemente ha sido declarado inaplicable por este Tribunal Constitucional en dos sentencias recaídas en las causas roles N<sup>OS</sup> 943 y 1.185. En ellas, esta Magistratura ha declarado que la aplicación del citado precepto, en las respectivas gestiones pendientes, resulta contraria a la Constitución al vulnerarse el artículo 19, N<sup>º</sup> 4°, en relación con lo dispuesto en los artículos 1°, 4°, 5°, 6°, 7° y 19, N<sup>OS</sup> 1° y 26°.”*;

4°. Que de los preceptos constitucionales transcritos se desprende que los presupuestos necesarios para que esta Magistratura pueda declarar la inconstitucionalidad de una determinada norma legal, con los efectos previstos en el artículo 94, incisos tercero y cuarto, de la Carta Fundamental, son los siguientes: a) Debe tratarse de la inconstitucionalidad de un precepto de rango legal; b) La referida norma debe haber sido declarada previamente inaplicable por sentencia de este Tribunal pronunciada en virtud de lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, numeral 6°, e inciso undécimo, de la Constitución; c) El proceso de inconstitucionalidad debe haberse iniciado por el ejercicio de una acción pública acogida a tramitación por este Tribunal o por una resolución del mismo, actuando de oficio; d) Debe tratarse de los mismos vicios o infracciones que motivaron las inaplicabilidades previas; y e) Debe abrirse proceso sustanciándose y dictándose la correspondiente sentencia en que se concluya la absoluta contradicción entre el precepto legal en cuestión y las disposiciones de la Constitución Política de la República;

5°. Que, sin embargo, en este caso se ha propuesto declarar inconstitucional únicamente el adverbio “no” que antecede a la forma verbal “dan” y la frase “a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero”, contenidas en el precepto legal de que se trata; de forma tal que el artículo 2331 del Código Civil quedaría con el siguiente texto: *“Artículo 2.331. Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación.”* Desde ya cabe tener presente que se trata por tanto de una nueva situación normativa, completamente diferente a las previamente declaradas inaplicables por esta Magistratura, importando en los hechos una nueva redacción y reformulación del precepto legal en cuestión, contenido en el artículo 2331 del Código Civil;

6°. Que, como ya se ha sentenciado, la expresión “precepto legal” es equivalente a la de norma jurídica de rango legal, la que puede estar contenida en una parte, en todo un artículo o en varios en que el legislador agrupa las disposiciones de una ley. Así, se ha razonado que *“una unidad de lenguaje debe ser considerada un ‘precepto legal’, a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución”* (STC roles N<sup>os</sup> 626 y 944). De este modo, para que una unidad lingüística pueda ser considerada un precepto legal de aquellos a que alude el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa sino que se baste a sí misma. Así se ha razonado en anteriores decisiones de inconstitucionalidad, tales como los roles N<sup>os</sup> 618 (respecto del artículo 116 del Código Tributario), 1.345 (en cuanto a la exigencia de pago previo en el artículo 171 del Código Sanitario), 1.254 (atingente a la gratuidad del turno de los abogados) y 1.710. De este modo, *“para que una unidad lingüística pueda ser considerada un precepto legal de aquellos a que alude el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa sino autárquica o, en otros términos, que se baste a sí misma”* (STC Rol N<sup>o</sup> 1.416);

7°. Que, en consecuencia, como se ha explicado, la única decisión a que está habilitada esta Magistratura de acuerdo a la normativa constitucional y legal vigente, es a declarar la contravención completa y absoluta entre el precepto legal ya declarado previamente inaplicable y la normativa constitucional aludida. De esta forma, en principio sólo cabría la declaración de inconstitucionalidad de la totalidad del precepto, de acuerdo a los antecedentes que se tuvieron en consideración al momento de dictar la resolución que de oficio abrió el presente proceso. Adicionalmente, tampoco se podría declarar la inconstitucionalidad parcial, toda vez que este sentenciador, tal como se ha explicitado, en su sentencia Rol N<sup>o</sup> 1.463 declaró la inaplicabilidad de una parte del artículo 2331 que no se identifica con las expresiones que, en esta oportunidad, se propone sean declaradas

inconstitucionales. De esta manera, al no ser coincidentes las aludidas normas jurídicas, esta Magistratura no se encuentra constitucionalmente facultada para declarar la inconstitucionalidad parcial que se propone. Y es que, como se ha sentenciado, *“este Tribunal sólo puede declarar inconstitucional un precepto ya declarado inaplicable y, por lo tanto, no puede extender su declaración de inconstitucionalidad más allá de lo resuelto previamente en las sentencias de inaplicabilidad”* (STC Rol N<sup>º</sup> 1.254). Por lo mismo, debe tenerse presente que no le corresponde a esta Magistratura asumir las facultades propias de los legisladores, sino solamente declarar la contravención absoluta entre un precepto legal determinado y la Carta Fundamental;

8°. Que, como puede apreciarse, de diversas disposiciones también se desprende que resulta fundamental para la declaración de inconstitucionalidad tener presente el precepto legal declarado previamente inaplicable y los vicios y los argumentos sustentados por esta Magistratura en las acciones previas de inaplicabilidad. En tal sentido, el artículo 95 de la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal indica que si la cuestión de inconstitucionalidad es promovida por acción pública, quienes la ejerzan *“deberán fundar razonablemente la petición, indicando precisamente la sentencia de inaplicabilidad previa en que se sustenta y los argumentos constitucionales que le sirven de apoyo.”* A su vez, el artículo 97 del mismo cuerpo legal establece como causal de inadmisibilidad de la acción de inconstitucionalidad: *“cuando la cuestión se funde en un vicio de inconstitucionalidad distinto del que motivó la declaración de inaplicabilidad del precepto impugnado.”;*

9°. Que el artículo 101 de la ley en cita concluye que *“la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas deberá fundarse únicamente en la infracción de el o los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento.”;*

10°. Que en cuanto al alcance de esta disposición, el Mensaje Presidencial hizo presente que *“el Tribunal puede fundar la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas, únicamente en la infracción de los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos en la sentencia previa que le sirve de sustento. Con ello no se hace más que establecer claramente la vinculación entre la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad”*. Por lo mismo, como se dejó constancia en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se *“limitan las facultades del Tribunal Constitucional, en cuanto sólo podrán fundar la sentencia que declare la inconstitucionalidad de un precepto legal, en la infracción de las normas constitucionales que la sentencia de inaplicabilidad consideró transgredidas”*.

De este modo, el conflicto de constitucionalidad es la consecuencia de uno o más procesos previos de inaplicabilidad en los que el Tribunal ha declarado su no sujeción a la Carta Fundamental;

11°. Que no debe olvidarse que, tratándose de la acción de inaplicabilidad, procederá declarar su inadmisibilidad cuando la cuestión se pro-

mueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, “y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva” (artículo 84, número 2º, de la Ley Nº 17.997). Por lo mismo, el artículo 90 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala que, “resuelta la cuestión de inaplicabilidad por el Tribunal Constitucional, no podrá ser intentada nuevamente, por el mismo vicio, en las sucesivas instancias o grados de la gestión en que se hubiere promovido.”. Del mismo modo, cabe tener presente que el artículo 88 de la aludida ley indica que “excepcionalmente y por razones fundadas, el Tribunal podrá declarar la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas basado únicamente en fundamentos constitucionales distintos a aquellos que han sido invocados por las partes en la litis. En este caso, deberá advertirles acerca del uso de ese posible precepto constitucional no invocado y permitirles así referirse a ello. Dicha advertencia podrá efectuarse en cualquier etapa del juicio, incluyendo la audiencia de la vista de la causa, cuando proceda, y también como medida para mejor resolver.”;

12º. Que, como se ha señalado, resulta, por tanto, fundamental tener en consideración el precepto legal previamente declarado inaplicable (en todo o parcialmente) y los razonamientos de la decisión de inaplicabilidad, pues ellos son los que servirán de base a una eventual decisión de inconstitucionalidad, con efectos generales y derogatorios del precepto legal. La doctrina especializada denomina ‘ratio decidendi’ a “las razones básicas y necesarias que fundamentan la parte dispositiva o resolutive de la sentencia” (Jesús María Casal, Constitución y Justicia Constitucional, 2006, p. 274). En palabras de Rupp, son “aquellas razones o motivos sin las que el fallo no podría existir”. El Tribunal Constitucional español ha señalado por lo mismo que se trata de las “razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión” (STC Rol Nº 14). En tal sentido, no debe tampoco olvidarse que esta misma Magistratura ha sentenciado que “la motivación de la sentencia es connatural a la jurisdicción y fundamento indispensable para su ejercicio. Constituye, a la vez que un deber del juzgador, un derecho para el justiciable. Es inherente al derecho a la acción y, por ende, a la concreción de la tutela judicial efectiva; elementos propios de las garantías de un procedimiento racional y justo, cuya ausencia o limitación vulnera la exigencia constitucional y autoriza declarar la inaplicabilidad del precepto objetado” (STC Rol Nº 1.373, c. decimoquinto). Obviamente los razonamientos son distintos si se pretende inaplicar todo o parte del precepto, más aún si se piensa que podría tratarse de un todo indivisible. Por lo mismo, este Tribunal ha señalado que ciertas frases que se han impugnado en un requerimiento no se pueden considerar “en los términos aislados en que se objetiva”, de modo que resulta ilógico que se elimine una oración dado que “en su conjunto conforma un todo orgánico e indivisible o una unidad de lenguaje con el resto del precepto que puede producir efectos jurídicos” (STC Rol Nº 1.416);

13°. Que de lo dicho debe concluirse que no resulta posible declarar la inconstitucionalidad únicamente del adverbio “no” que antecede a la forma verbal “dan” y de la frase “a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero”, contenidos en el artículo 2331 del Código Civil, desde que la disposición corresponde a un todo indivisible, no pudiendo esta Magistratura escindir el precepto en términos tales que se establezca en el hecho una nueva redacción normativa, aunque pudiera ella estimarse más ajustada a la Constitución Política de la República;

14°. Que lo anterior además es consecuencia de que la competencia del Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado previamente inaplicable, en virtud de lo preceptuado en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 7°, de la Constitución, comprende la determinación de la o de las partes del precepto que, teniendo unidad normativa, resultan contrarias a la Carta Fundamental en todo evento o circunstancia, con el objeto de que se produzca el efecto derogatorio previsto en el inciso segundo del artículo 94 de la Carta Fundamental. Así, dicha competencia no puede comprender la determinación de una nueva redacción de la norma, más acorde a lo establecido en la Ley Suprema, pues tal facultad pertenece sólo al legislador en virtud de las competencias que la misma Carta le ha conferido. (Voto redactado por el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán).

**Los Ministros señores Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney**, para fundar su voto por acoger la propuesta de derogación parcial, además de las consideraciones sostenidas para fundar su rechazo a la declaración total de inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil, agregan:

1°. Que la declaración de inconstitucionalidad constituye una herramienta de *última ratio* en manos del Tribunal Constitucional para velar por la supremacía constitucional. Como se ha señalado: “... *es indiscutible que dicha declaración constituye el último recurso para asegurar la supremacía constitucional, desde que implica no sólo la anulación o derogación de un acto emanado del órgano legislativo –expresión éste irrecusable de la soberanía popular–, sino que conlleva un cierto grado de inseguridad jurídica ante el vacío normativo que se produce por la desaparición de la norma jurídica naturalmente destinada a regular inmediatamente las conductas, cuyo reemplazo es incierto.*” (STC Rol N<sup>º</sup> 558, c. decimoctavo; STC Rol N<sup>º</sup> 1.173, Parte III, c. quinto);

2°. Que, por ende, la Constitución ha establecido condiciones para el ejercicio de esta facultad por parte del Tribunal Constitucional, una de las cuales viene dada por las inaplicabilidades previas que deben servirle de precedente. El Tribunal no puede declarar la inconstitucionalidad sobre un precepto legal que no haya sido declarado previamente inaplicable;

3°. Que lo anterior fue contemplado en resguardo de la seguridad jurídica y en virtud del principio de deferencia al legislador;

4°. Que es evidente, por lo demás, que las inaplicabilidades previas, al operar como fundamento necesario de la inconstitucionalidad de una norma legal, vinculan al Tribunal a **no** declarar inconstitucional un precepto **más allá** de las mencionadas declaraciones de inaplicabilidad, pero no impiden, sin embargo, que el Tribunal pueda declarar inconstitucional sólo una parte de un precepto declarado inaplicable. En otras palabras, el Tribunal no puede ir más allá, pero siempre puede auto contenerse;

5°. Que, en virtud de la naturaleza de *ultima ratio* de la declaración de inconstitucionalidad y del principio de deferencia al legislador, siempre que sea posible acotar tal declaración, corresponderá a esta Magistratura hacerlo. Así, si un precepto declarado inaplicable contiene dos o más normas diversas que tengan consistencia jurídica en forma separada, y sólo respecto de una de ellas se constatan vicios de constitucionalidad, corresponderá a este Tribunal circunscribir la declaración de inconstitucionalidad únicamente a dicha norma, dejando a salvo aquellas que no adolecen de vicios;

6°. Que este proceder ha sido reconocido y usado por esta Magistratura en otras oportunidades. De las cuatro ocasiones en que este Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de preceptos legales, en tres de ellas lo ha hecho respecto de expresiones específicas parciales: 1) respecto de las expresiones “Para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa”, incluidas en el inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario, STC Rol N° 1.345; 2) respecto de la voz “gratuito” del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, STC Rol N° 1.254, y 3) respecto de numerales determinados del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, STC Rol N° 1.710. En este último caso, inclusive, nunca se declaró la inaplicabilidad de partes del artículo 38 ter, sino siempre el artículo completo y, sin embargo, no se cuestionó por ningún Ministro de este Tribunal la facultad para declarar sólo parcialmente la inconstitucionalidad de algunos numerales de un solo inciso;

7°. Que el precepto legal analizado en el presente proceso contenga dos normas diferentes, es una cuestión de público conocimiento y sobre la cual no existe controversia, como lo ha sostenido este Tribunal en varias de las sentencias de inaplicabilidad que sirven de fundamento a este proceso, en algunas de las cuales se dejó expresa constancia de que los requirentes sólo habían planteado argumentos para cuestionar la constitucionalidad de la norma que impedía la indemnización del daño moral, sin que existiera alegación alguna respecto de la denominada excepción de verdad. Por esa misma razón se dejó constancia de que la inaplicabilidad del artículo 2331 del Código Civil afectaba en forma indubitable la exclusión de la reparación del daño moral;



8°. Que, en el presente caso, cuando el Tribunal decidió abrir un proceso de oficio sobre la inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil, se planteó en un comienzo que la discusión se refiriera únicamente a la primera parte del mencionado artículo, dejando a salvo la excepción de verdad. Finalmente el pleno del Tribunal decidió poner en discusión la totalidad del artículo 2331, dejando expresa constancia de que luego se podría dividir el juicio según las normas que fueran objeto de reproche de constitucionalidad;

9°. Que, en este contexto, de votarse favorablemente la propuesta del Ministro Bertelsen, se habría evitado que la prohibición de indemnizar el daño moral en la hipótesis de expresiones injuriosas contra una persona, privara al juez de la posibilidad de ponderar los diferentes derechos en juego sin lesionar en su esencia el derecho a la honra, manteniendo al mismo tiempo la excepción de verdad para resguardar la libertad de expresión. En la actualidad no se admite en la doctrina ni en la legislación comparada que la exclusión de la reparación del daño moral sea un método idóneo para proteger la libertad de expresión;

10°. Que, al respecto, este Tribunal ha considerado en sentencias anteriores los efectos jurídicos que podrían producirse con su decisión de inconstitucionalidad de un precepto legal, señalando que de ser éstos más nocivos no procedería la eliminación del precepto. Se ha señalado: *“Que el ordenamiento constitucional es un sistema normativo, que regula poderes públicos, reconoce y ampara derechos subjetivos y fundamenta, en fin, la cohesión y equilibrio político y social. La exclusión de una norma legal es consecuencia de la ruptura de ese ordenamiento, para restablecerlo en plenitud. Dicha finalidad no se logra si la expulsión del precepto legal puede acarrear efectos aún más nocivos que los que produce su pervivencia. Una decisión de tal envergadura requiere, pues, la ponderación de su conveniencia para el orden constitucional que esta Magistratura debe cautelar. El criterio adecuado para calificarlo es la determinación de las consecuencias de la desaparición del precepto legal. Si deviene una situación más perjudicial o negativa que la preexistente a su anulación, no resulta conveniente para el interés público y la plena vigencia del Estado de Derecho la derogación de la norma.”* (STC Rol N<sup>º</sup> 558, c. decimonoveno). Tal es la situación que se habría producido en el presente caso si se hubiera alcanzado el quórum constitucional necesario para derogar el artículo 2331 en su integridad;

11°. Que, sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia se encuentran divididas sobre la procedencia de la indemnización del daño extra patrimonial tratándose de imputaciones injuriosas en contra de una persona. Enrique Barros, por ejemplo, sostiene: *“Una interpretación literal de las normas lleva a concluir que el derecho chileno excluye la indemnización del daño moral causado por expresiones injuriosas que afectan la honra de una persona, a menos que esas expresiones sean calificadas como delitos de injurias o*

*calumnias de conformidad con el Derecho Penal y hayan sido difundidas por un medio de comunicación (artículo 40 Ley N° 19.733)*”, y luego afirma que el artículo 2331 habría sido tácita u orgánicamente derogado.

Por su parte, las personas e instituciones que participaron en las audiencias públicas en este proceso de inconstitucionalidad manifestaron criterios muy dispares sobre la vigencia del artículo 2331 del Código Civil, sus alcances, su relación con otras normas del propio Código Civil y la Ley 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, así como su armonía con la Constitución.

A su vez, si bien la jurisprudencia desde el año 2000 a la fecha no ha sido uniforme, se ha orientado más bien hacia una interpretación restringida del artículo 2331 argumentando que la no indemnización del daño moral atentaría contra los principios generales del derecho, la equidad natural y el ordenamiento constitucional, incluso en los casos en que entra en juego la Ley N° 19.733.

Varios diputados, siguiendo la legislación española, presentaron hace 4 años una moción de ley para proteger civilmente en forma adecuada el honor y la intimidad de las personas (Boletín N° 2370-07), iniciativa que expresamente contemplaba la indemnización del daño moral. En sus fundamentos afirman: *“Aunque los derechos al honor y a la intimidad se configuran como auténticos derechos humanos, carecen de una protección de carácter civil efectiva. Esta situación obliga a las personas afectadas por intromisiones ilegítimas a su honor e intimidad, a acudir a la vía penal. Las normas penales no aseguran a los afectados el cese inmediato de la injerencia en los derechos fundamentales que nos ocupan, ni tampoco una justa y pronta indemnización civil por el daño sufrido”*. Dicho proyecto no ha avanzado en la discusión parlamentaria.

Esta Magistratura ha declarado inaplicable el artículo 2331 del Código Civil en seis oportunidades, ante la eventualidad de que los jueces del fondo pudieran considerar que dicha norma impide a priori la reparación del daño moral por imputaciones injuriosas. Además, cabe deducir que si se ha iniciado este proceso de inconstitucionalidad, es porque se estima que el artículo 2331 está vigente;

**12°.** Que, de otra parte, las sucesivas reformas a la Carta Fundamental han inclinado la balanza a favor de la libertad de expresión al eliminar la censura cinematográfica, el mandato de penalizar la difamación y la protección de la “vida pública”; al declarar la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, con el consiguiente derecho de acceso a la información pública, y al consagrar la libertad de creación artística. Asimismo destacan la dictación de la Ley N° 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, del año 2001, y la exclusión de civiles del ámbito de la jurisdicción militar.

Por su parte, se ha avanzado en la protección de la honra con la ley sobre protección de datos personales, que consagra el principio de auto-

determinación informativa, y con la tipificación de los delitos previstos en los artículos 161 A y 161 B del Código Penal;

**13°.** Que la excepción de verdad constituye un mecanismo idóneo para asegurar el libre y responsable ejercicio de la libertad de expresión, al eximir de responsabilidad a quien haya tenido el cuidado de preocuparse por la verosimilitud de sus dichos. Así lo recoge la *lex artis* del ejercicio del periodismo.

La libertad de expresión posee una protección preponderante en virtud de su estrecha vinculación con el principio democrático previsto en el artículo 4° de la Constitución. La armonización con la protección de la honra corresponde al legislador y, respecto de los conflictos que se susciten caso a caso, a la judicatura realizando un ejercicio de ponderación. El honor de las personas debe ser resguardado sin lesionar el derecho a informar y ser informado. El pluralismo y la democracia presuponen un debate libre y desinhibido de las ideas.

La excepción de verdad es la fórmula que tiene nuestra legislación civil para excluir la responsabilidad cuando se profieren imputaciones que pueden ser estimadas injuriosas en el ejercicio responsable de la libertad de expresión. Como afirmó en su alegato el profesor Gonzalo Linazasoro, *“aparece como rescatable del artículo 2331 la exceptio veritatis, la exoneración de responsabilidad por los atentados al honor cuando en los mismos no se ha mentado. Pero del mismo modo que es rescatable lo anterior, es igualmente reprobable la prohibición de indemnización frente a un atentado falso o injusto”*;

**14°.** Que, además, el ámbito protegido por el derecho a la honra y a la intimidad, frente al ejercicio de la libertad de expresión, se encuentra especialmente restringido respecto de las personas que ejercen funciones públicas o postulan a cargos de elección popular, en atención a la importancia de la deliberación ciudadana sobre los asuntos de interés público y el control que los ciudadanos deben ejercer sobre quienes desempeñan funciones en el Estado y quienes participan activamente en la vida pública. Así lo ha reconocido en reiteradas ocasiones la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión, OEA, 2010, págs. 35 y ss.) y, consecuentemente, también ha considerado que las leyes que sancionan el desacato contravienen la Convención Americana de Derechos Humanos;

**15°.** Que, como lo reconoce la jurisprudencia internacional, para que proceda la indemnización del daño moral por imputaciones injuriosas debe acreditarse malicia o grave negligencia, es decir, que los dichos fueron pronunciados con el propósito de causar daño o al menos que no se tomaron todas las medidas necesarias para verificar la seriedad de las fuentes que justificaran su verosimilitud, con un claro desprecio por su veracidad o que no existía razón alguna que los pudiera justificar. Este criterio es corroborado por el principio 10 de la Declaración de Principios

sobre Libertad de Expresión, 31 de enero de 2003, del Sistema Interamericano: “... debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaban difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas”. Esta doctrina fue expresada por la Corte Suprema de Estados Unidos en el paradigmático caso “New York Times versus Sullivan”. Por su parte, el Tribunal Constitucional de España ha afirmado que se trata de dilucidar cuándo la libertad de expresión actúa como “excluyente de la antijuridicidad” (caso Navazo, Rol 107/1988);

**16°.** Que, según los relatores de libertad de expresión de la ONU, la OEA y la OSCE, los mecanismos destinados a reparar el daño por abusos de la libertad de expresión “no deben ser de tales proporciones que susciten un efecto inhibitorio sobre la libertad de expresión ...en especial, las sanciones pecuniarias deben ser estrictamente proporcionales a los daños reales causados, y la ley debe dar prioridad a la utilización de una gama de reparaciones no pecuniarias” (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión”, 2010), como el derecho de aclaración y rectificación que contemplan la Constitución y la ley sobre libertad de prensa. La indemnización del daño extra patrimonial es compensatoria y no punitiva;

**17°.** Que, en este sentido, recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado que ante una colisión entre la privacidad y la libertad de expresión respecto de una noticia, debe primar esta última cuando está en juego el interés público, a la luz de lo establecido por el artículo 8° de la Convención Europea de Derechos Humanos;

**18°.** Que, en síntesis, derogar la excepción de verdad produciría efectos nocivos respecto de la libertad de expresión, favoreciendo la autocensura ante el riesgo de ser condenado a pagar indemnizaciones cuantiosas o, cuando menos, a soportar un proceso judicial, todo lo cual incidiría negativamente en la calidad de la democracia. (Voto redactado por el Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney).

**El Ministro señor Carlos Carmona Santander**, además, estuvo por acoger el requerimiento, de modo parcial, por las siguientes razones:

**1°.** Que, no consideramos que exista un derecho constitucional al daño moral. Este Tribunal ha dicho que el legislador puede perfectamente regular los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual, estableciendo plazos de prescripción, configurando presunciones legales de responsabilidad. En ese marco, puede establecer si procede o no el daño moral (STC Rol N° 1.463).

Tampoco consideramos que la Constitución establezca de un modo genérico regímenes de responsabilidad extracontractual, salvo respecto de la responsabilidad del Estado juez (artículo 19, N° 7, letra i);

2°. Que, sin embargo, este Tribunal ha declarado en varias oportunidades la inaplicabilidad de la norma objetada. Ha considerado que establece un impedimento absoluto para obtener indemnización por el daño moral cuando este haya tenido su origen en imputaciones injuriosas; el precepto no considera ningún tipo de excepción ni atiende a casos en que pudiera estimarse procedente una indemnización parcial. Asimismo, ha dicho que la norma resulta desproporcionada, al impedir de modo absoluto y a priori, la indemnización del daño moral cuando se estima lesionado el crédito u honra de una persona por imputaciones injuriosas.

Es decir, ha considerado que la prohibición que establece el artículo 2331 no se ajusta a la Constitución.

Estas son razones poderosas para considerar que la norma objetada sea declarada inconstitucional *erga omnes*.

3°. Que, asimismo, la norma objetada surgió en un contexto que está superado normativa y socialmente. En primer lugar, tanto la Constitución de 1833 como la de 1925 no regulaban el derecho al honor. En segundo lugar, el modelo del Código Civil chileno no consideraba el daño moral. En la época de su dictación se consideraba una perversidad monetarizar ciertos bienes. El daño moral tenía una connotación negativa.

En la actualidad, en cambio, el derecho al honor tiene reconocimiento constitucional. Y la reparación integral del daño ha sido reconocida por la jurisprudencia tanto en materia extracontractual (1920 en adelante) como contractual (1990 en adelante); y la legislación sectorial, casi sin excepciones, reconoce la indemnización del daño moral (STC Rol N<sup>º</sup> 1.463). En ese estado de la evolución se ubica la Ley N<sup>º</sup> 19.733, sobre libertad de opinión e información y ejercicio del periodismo, que permite la indemnización del daño moral por la comisión de los delitos de injuria y calumnia.

En esta óptica, la norma objetada es una excepción a la regla general de procedencia de la indemnización del daño moral. Ello exige una fundamentación más intensa;

4°. Que, por otra parte, la indemnización del daño moral implica un juicio; no es automática, pues requiere una sentencia que establezca la existencia de éste y su monto. Ello trae dos efectos. Por una parte, la víctima debe demostrar la existencia del daño moral. Por la otra, quien efectuó las imputaciones injuriosas tiene derecho a defenderse, a discutir la existencia y el monto de los eventuales daños morales, a presentar recursos judiciales, impugnando las decisiones de los tribunales;

5°. Que, en este sentido, tratándose de los medios de prensa, estos tienen excepciones o atenuantes de responsabilidad que no tiene el resto de los sujetos que pueden ser demandados por daño moral. Por de pronto, no se consideran injurias “las apreciaciones personales que se formulen en comentarios especializados de crítica política, literaria, histórica, artís-

tica, científica, técnica y deportiva, salvo que su tenor pusiera de manifiesto el propósito de injuriar, además del de criticar” (artículo 29, Ley N° 19.733). Enseguida, el medio de comunicación puede probar la verdad acerca de sus expresiones, si hubo interés público real y el afectado ejerce funciones públicas y la imputación se refiere a hechos propios de tal ejercicio (artículo 30, Ley N° 19.733). Finalmente, las personas tienen “el derecho a ser informadas sobre los hechos de interés general” (artículo 1° Ley N° 19.733);

6°. Que es perfectamente posible, además, sostener que si está involucrado un medio de comunicación social, el estándar probatorio que debe tener el juez para dar por acreditado la imputación injuriosa, debe ser mucho más elevado. En primer lugar, toda vez que está en juego el ejercicio de un derecho (la libertad de expresión, sin censura previa). Los medios de comunicación animan el debate de una sociedad pluralista, profundizando el mercado de las ideas. Hay un bien institucional que resguardar. En segundo lugar, porque la imputación injuriosa es algo más que el mero abuso; supone el propósito deliberado o el dolo de deshonrar o desacreditar.

No es, entonces, la sustracción del daño moral, sino un estándar probatorio más exigente, la verdadera garantía para los medios;

7°. Que es cierto que el juez no tiene parámetros reglados para determinar el daño moral, como sí sucede con el daño patrimonial. Sin embargo, ello no es problema de la norma impugnada. Y, en todo caso, hay criterios generales que orientan al juez para definir su monto, como la gravedad de la acción, la magnitud de la lesión. De esta falta de parámetros, se ha hecho cargo el legislador en algunas áreas. Así, en materia sanitaria, la Ley N° 19.966, estableció los criterios orientadores para el juez al momento de determinar el daño moral (artículo 41);

8°. Que, en conclusión, por los motivos señalados, a juicio de este disidente el precepto legal en cuestión resulta inconstitucional. No obstante lo anterior, conforme a lo razonado precedentemente, puede concluirse que el ejercicio de la libertad de expresión por los periodistas y medios de comunicación no queda, por ese hecho, en una situación desmedrada.

**Los Ministros señores Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney** estuvieron por considerar que el presente proceso, iniciado de oficio, por resolución de 6 de mayo de 2010, debe ser resuelto por una sentencia definitiva, y no como lo acordó la mayoría. Tuvieron en cuenta para ello lo siguiente:

1°. Que, de conformidad a lo establecido en el artículo 93, inciso 12 de la Constitución, la acción de inconstitucionalidad tiene dos sujetos legitimados. Por una parte, puede pedir al Tribunal que declare la inconstitucionalidad de una norma cualquier persona, pues “habrá acción

pública para requerir”. Por la otra, puede iniciar este procedimiento el Tribunal de oficio.

La Constitución agrega que corresponde a la ley Orgánica del Tribunal Constitucional regular el procedimiento en la materia. Ello lo hace dicha ley en los artículos 93 y siguientes;

2°. Que dicha normativa, salvo en el establecimiento de los requisitos de admisibilidad para la acción pública (artículos 96 y 97), cuya regulación le encarga la Constitución (el artículo 93 de la Constitución dice que *“corresponderá a la ley orgánica constitucional respectiva establecer los requisitos de admisibilidad, en el caso de que se ejerza la acción pública”*), trata indistintamente a ambos tipos de requerimientos, es decir, al de oficio y al iniciado por acción pública. En efecto, el Tribunal debe notificar a los órganos constitucionales interesados, quienes tienen un plazo de 20 días para formular observaciones y acompañar antecedentes (artículo 98); luego debe incluir el asunto en la tabla del Pleno (artículo 90); enseguida, debe tomar el acuerdo y dictar sentencia (artículo 100); la sentencia debe publicarse en el Diario Oficial (artículo 102);

3°. Que, en consecuencia, tanto si se inicia de oficio o por acción pública la cuestión de constitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable, el procedimiento debe terminar con una sentencia definitiva, en que se resuelva si el precepto es o no inconstitucional;

4°. Que así lo ha hecho esta Magistratura en los casos en que ha declarado inconstitucional un precepto (STC roles N<sup>OS</sup> 681, 1.254, 1.345 y 1.710), independientemente si se iniciaron de oficio (STC roles N<sup>º</sup> 681, 1.345 y 1.710) o por acción pública (STC Rol N<sup>º</sup> 1.254).

De igual modo, ha procedido en los casos que ha rechazado declarar inconstitucional el precepto objetado (STC roles N<sup>OS</sup> 558, 590 y 1.173), si bien en todos estos casos el procedimiento se inició por acción pública;

5°. Que dicha necesidad de sentencia definitiva se ve ratificada, en primer lugar, por el tenor literal del numeral 7 del artículo 93, que parte por señalar que la atribución del Tribunal Constitucional es *“resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad”*.

El uso del verbo “resolver” implica que el Tribunal debe concluir el procedimiento, iniciado de oficio o por acción pública, mediante la sentencia definitiva que estima o desestima la inconstitucionalidad;

6°. Que, en segundo lugar, el artículo 94 de la Constitución, cuando regula los efectos de sus decisiones, llama “sentencia” a la resolución que acoge la inconstitucionalidad. Por ello, el artículo 102 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional denomina sentencia también a la decisión *“que se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de todo o parte de un precepto legal”*;

7°. Que, en tercer lugar, el principio de inexcusabilidad que regula el artículo 3° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, manda tomar

decisiones en los asuntos sometidos a su conocimiento, sea que se hayan iniciado de oficio o por las personas u órganos constitucionales legitimados. Ello implica dictar una sentencia definitiva que acoga o rechace el requerimiento, iniciado de oficio o a petición de parte;

**8°.** Que, en nada obsta a lo anterior, el que, en esta ocasión, no se haya alcanzado el quórum de cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio para declarar la inconstitucionalidad. Por una parte, porque ese es el quórum que exige la Constitución para acoger el requerimiento. Si no se obtiene, ello no significa que no haya decisión y que esta no se traduzca en una sentencia definitiva. Por la otra, porque la sentencia definitiva es el acto jurídico procesal por el cual se pone término al procedimiento iniciado, pronunciándose por la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto objetado y previamente declarado inaplicable por otra sentencia del mismo Tribunal. El Tribunal no queda relevado de emitir un pronunciamiento, por el hecho de que no se haya alcanzado el quórum. Lo que refleja la sentencia en este caso, es precisamente esa manifestación de voluntad negativa. La sentencia definitiva siempre resuelve la cuestión o asunto que ha sido objeto del requerimiento;

**9°.** Que una interpretación distinta, lleva a que los procesos tengan una forma anómala de terminación según se inicien de oficio o por acción pública. En efecto, mientras todo proceso iniciado por acción pública termina acogiendo o rechazando el requerimiento, mediante una sentencia definitiva, los iniciados de oficio tienen dos fórmulas alternativas de extinción. Si se acoge el requerimiento, termina en una sentencia; pero si se rechaza, termina en una resolución distinta.

No parece ser ésta la lógica de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional cuando trata la tramitación que debe seguir la cuestión de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable, pues, por una parte, salvo en las reglas de admisibilidad, que le encarga regular la propia Constitución, el tratamiento es conjunto, tanto si se inicia de oficio como por acción popular. Por la otra, en ambos casos, el Tribunal debe decidir mediante una sentencia definitiva;

**10°.** Que, en resumen, el procedimiento para declarar inconstitucional una ley debe terminar en una sentencia definitiva, tanto si se acoge como si se rechaza el requerimiento, independientemente si éste se inició de oficio o por acción popular. Está en juego el principio conclusivo de todo procedimiento. Es decir, que éste debe cerrarse y terminar por una resolución que le ponga término, la que en este caso es una sentencia definitiva;

**11°.** Que, por todo ello, estos disidentes consideran que no cabe no dictar una sentencia definitiva; menos proceder al archivo de los autos, como hace la mayoría. (Voto redactado por el Ministro señor Carlos Carmona Santander).



Comuníquese, regístrese y archívese.  
Publíquese en la página web del Tribunal Constitucional.

### **Rol N<sup>º</sup> 1.723-2010**

Se certifica que los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto y Mario Fernández Baeza concurrieron a la vista de la causa y al acuerdo, pero no firman por encontrarse haciendo uso de su feriado legal, el primero, y haber cesado en el cargo, el segundo.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado. Autoriza el Secretario subrogante del Tribunal Constitucional, señor Rodrigo Pica Flores.

## **ROL N<sup>º</sup> 1.724-2010**

### **REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 23 Y 24 DEL DECRETO LEY N<sup>º</sup> 3063, DE 1979, SOBRE RENTAS MUNICIPALES, DEDUCIDO POR INVERSIONES DEPORTIVAS VIÑA DEL MAR S.A.**

Santiago, quince de junio de dos mil diez.

**Proveyendo el escrito del abogado Vladimir Mondaca Díaz, en representación de la Municipalidad de Valparaíso, de 1<sup>º</sup> de junio del año en curso –fojas 32–:** A lo principal, y a los otrosíes primero, tercero y cuarto, téngase presente; al segundo otrosí, téngase por acompañado el documento que indica, bajo apercibimiento legal.

#### **VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1<sup>º</sup>. Que, por resolución de 20 de mayo de 2010 –fojas 25 a 28–, esta Sala acogió a tramitación el requerimiento de inaplicabilidad por incons-

titucionalidad que ha deducido el abogado Gonzalo Arias Acuña, en representación de la sociedad Inversiones Deportivas Viña del Mar S.A., respecto de los artículos 23 y 24 del Decreto Ley N° 3.063, de 1979, según su texto refundido y sistematizado aprobado por el Decreto N° 2385, de 30 de mayo de 1996, del Ministerio del Interior, en la causa sobre reclamo de ilegalidad que se encuentra en actual tramitación ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso bajo el Rol de Ingreso N° 1677-2009.

En la misma oportunidad se dispuso, entre otras medidas, conferir traslado, por cinco días, a la Municipalidad de Valparaíso, en su condición de parte en la gestión judicial pendiente individualizada;

2°. Que, como consta a fojas 32, en lo principal de la presentación de 1° de junio de 2010, la mencionada Municipalidad, representada por el abogado Vladimir Mondaca Díaz, evacuando el traslado conferido en autos, solicitó que el requerimiento de inaplicabilidad deducido fuera declarado inadmisibile, en atención a que *“la reclamante precisamente ha requerido a este Tribunal un pronunciamiento sobre el sentido y alcance de los artículos 23 y 24 del DL 3063, de 1979, Ley de Rentas Municipales, normas de rango legal cuya interpretación corresponde a los jueces de fondo y no a este Excmo. Tribunal, pues carece de competencia para ello”*. Por lo anterior, a su juicio, la acción interpuesta no se encuentra debidamente fundada y, en consecuencia, no satisface las exigencias previstas por la Constitución Política para que pueda ser declarada admisible.

En subsidio de lo principal, en el primer otrosí de la misma presentación el organismo municipal pide a esta Magistratura rechazar el requerimiento en todas sus partes, con costas;

3°. Que el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Ley Fundamental establece que es atribución de este Tribunal Constitucional *“resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”*

A su turno, el inciso undécimo del mismo precepto fundamental señala: *“En el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.”*;

4°. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, que en su artículo 47 F establece:

“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:

1<sup>º</sup> Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado;

2<sup>º</sup> Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;

3<sup>º</sup> Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya pues- to término a ella por sentencia ejecutoriada;

4<sup>º</sup> Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal;

5<sup>º</sup> Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y

6<sup>º</sup> Cuando carezca de fundamento plausible.

Declarada la inadmisibilidad por resolución que deberá ser fundada, ésta será notificada a quien haya recurrido, al juez que conozca de la gestión judicial pen- diente y a las demás partes que intervengan en ella, y el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.

La resolución que declare la admisibilidad o inadmisibilidad del requerimiento no será susceptible de recurso alguno.”;

5<sup>º</sup>. Que respecto de la causal de inadmisibilidad contemplada en el N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup> del inciso primero del artículo 47 F de la Ley Orgánica Constitucio- nal del Tribunal Constitucional recién transcrito, en la sentencia Rol N<sup>º</sup> 1.288-2008 –sobre control preventivo y obligatorio de constitucionalidad del proyecto de ley que modificaba la antedicha ley orgánica constitucio- nal, que luego se promulgó como Ley N<sup>º</sup> 20.381 (D.O. 28.10.2009)– esta Magistratura declaró su constitucionalidad en el entendido que la expre- sión “*fundamento plausible*” que utiliza dicho precepto legal “*corresponde a la exigencia contemplada en el artículo 93, inciso decimoprimer, de la Constitución Política, de que la acción interpuesta esté fundada razonablemente*” (Punto re- solutivo N<sup>º</sup> 11);

6<sup>º</sup>. Que, en cuanto a la naturaleza del requerimiento de inaplicabi- lidad por inconstitucionalidad previsto en la normativa citada, este Tri- bunal en su sentencia Rol N<sup>º</sup> 810, de 24 de enero de 2008, manifes- tó: “**NOVENO:** *Que si bien, entre las reseñadas características de la actual acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, resalta la que indica que mientras antes se trataba de una confrontación abstracta entre la norma legal cuestionada y una disposición constitucional, ahora se trata de un cotejo entre la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto y la Constitución, no debe perderse de vista que, tanto antes como ahora, para que la acción pueda prosperar, debe estarse siempre en presencia de un conflicto de constitucionalidad, esto es, frente a una contradicción directa, clara y precisa, entre determinado precepto legal que se pretende aplicar en el caso concreto, con la propia Constitución, pues el juez cons-*

titucional no puede interpretar o corregir la ley ordinaria si no es con relación a su constitucionalidad. La tarea de interpretar la ley le corresponde a los tribunales de justicia, sean ordinarios o especiales, y, en nuestro sistema judicial, el órgano llamado a unificar su interpretación es la Corte Suprema, a través del recurso de casación. La labor del Tribunal Constitucional consiste en velar por el respeto del principio de supremacía constitucional y, por ende, tratándose de una acción de esta clase, resolver si la aplicación en el caso concreto de que se trate del precepto legal impugnado, resulta o no contraria a la Carta Fundamental y, como efecto natural de una decisión estimatoria, prohibir al juez de la causa aplicarlo en la resolución de ese caso concreto; **DÉCIMO:** Que, corolario de lo razonado en los considerandos precedentes es que, aunque al ejercer la atribución a que se refiere el N° 6 del artículo 93 de la Constitución la decisión de esta Magistratura no está constreñida a la simple constatación abstracta de si existe o no en el texto del precepto impugnado una infracción constitucional, es forzoso que siempre el conflicto sometido a su decisión consista en la existencia de una contradicción concreta y determinada entre la ley y la Constitución, la cual en algunas ocasiones podrá brotar con claridad del solo texto del precepto legal cuestionado y en otras emergerá de las peculiaridades de su aplicación al caso concreto sub lite”;

7°. Que, examinado el requerimiento a los efectos de verificar si, a su respecto, concurren los requisitos de admisibilidad transcritos precedentemente, se concluye que aquél no contiene una impugnación razonablemente fundada, cuyo objeto sea la declaración de inaplicabilidad de un precepto de jerarquía legal, cuya aplicación en la gestión que se sigue ante el respectivo tribunal ordinario resulte contraria a la Carta Fundamental, en los términos que exigen las disposiciones constitucionales anteriormente citadas;

8°. Que, en efecto, los reproches de inconstitucionalidad planteados se dirigen en contra de la interpretación de las disposiciones legales impugnadas en estos autos, sostenida por la autoridad comunal recurrida, como asimismo para impugnar aquella interpretación que eventualmente el juez de la instancia pronuncie en su sentencia en el mismo sentido de la emanada del referido ente administrativo. Por otra parte, el conflicto que se intenta someter al conocimiento y resolución de esta Magistratura está referido a la necesidad que le asiste a la sociedad requirente de desentrañar el verdadero sentido y alcance de las expresiones “*actividad primaria, secundaria y terciaria*” a que aluden los preceptos legales impugnados, que serían aquellos que han fundado la decisión adoptada por el respectivo Municipio en orden a considerarla como sujeto obligado al pago de la patente correspondiente. Es decir, a través de la acción deducida en autos se le plantea a este Tribunal Constitucional una cuestión de interpretación legal que no queda comprendida dentro de sus atribuciones, en conformidad con lo que dispone el artículo 93, inciso primero, N° 6, de la Carta Fundamental;

9°. Que lo expresado precedentemente se constata de la lectura de las argumentaciones que se formulan en el mismo requerimiento; a modo ejemplar, se señala a fojas 4 que lo que persigue la acción materia de estos autos es que esta Magistratura Constitucional controle la constitucionalidad de la interpretación que el juez de la instancia realice respecto de una norma legal, agregando que, en su caso, no existiría obligación de pagar la patente municipal que se le intenta cobrar, atendido que no se satisfacen los elementos del hecho gravado con tal impuesto. A su vez, a fojas 11, al referirse a la forma en que la aplicación de los preceptos legales impugnados puede generar efectos contrarios al derecho de propiedad en relación con el principio de legalidad tributaria, ambos reconocidos en el texto constitucional vigente en las disposiciones que se mencionan en el libelo, se aduce que ello se debe a *“la errada aplicación que la Municipalidad ha efectuado de los artículos 23 y 24 del DL 3063”*. Luego, a fojas 17 y 18, si bien la actora afirma que en este requerimiento no se intenta impugnar la resolución dictada por la aludida Municipalidad, señala que el examen que se demanda a esta Magistratura se dirige únicamente al control y represión de los efectos inconstitucionales que la aplicación de los artículos 23 y 24 ya aludidos y reprochados produce, *“si se adaptan para mi representada a fin de gravarla con tributos municipales”*;

10°. Que al no cumplir con la exigencia constitucional anotada, el requerimiento deducido debe ser declarado inadmisibile.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6°, e inciso undécimo, de la Constitución y normas pertinentes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE DECLARA INADMISIBLE** el requerimiento interpuesto a fojas uno.

**Acordada con el voto en contra del Ministro señor Enrique Navarro Beltrán**, quien estuvo por declarar admisible el requerimiento deducido, en razón de que se satisfacen todas las exigencias que para ello prevé la Constitución Política y la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, N<sup>º</sup> 17.997, en las disposiciones transcritas en esta resolución.

Notifíquese por carta certificada al requirente y a la Municipalidad de Valparaíso y comuníquese por oficio a la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Archívese.

**Rol N<sup>º</sup> 1.724-2010**

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señores Mario Fernández Baeza, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

## ROL N° 1.725-2010

### REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY N° 18.933, CONOCIDA COMO LEY DE ISAPRES, PRECEPTO QUE CORRESPONDE TAMBIÉN AL ARTÍCULO 199 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, DEDUCIDO POR SONIA MARÍA ÁLAMO YANINE

Santiago, trece de enero de dos mil once.

#### VISTOS:

Con fecha 11 de mayo de 2010, la abogada Flor Sofía Gómez Lobos, en representación de doña Sonia María Álamo Janine, ha requerido a esta Magistratura Constitucional para que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, precepto que corresponde también al artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que regula el alza del precio del plan de salud en función de la tabla de factores de edad y sexo, en el marco del recurso de protección Rol N° 1370-2010, en contra de Isapre Vida Tres S.A., en actual tramitación ante la Corte de Apelaciones de Santiago y en el cual se solicita dejar sin efecto el alza del precio del plan, de 11,04 a 13,080 unidades de fomento mensuales, por cambio de tramo de edad.

Las normas constitucionales que se invocan como infringidas son los artículos 5°, inciso segundo, y 19, números 2°, 9° y 18°, de la Carta Fundamental, relativos a la igualdad ante la ley, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, de acuerdo a las argumentaciones ya conocidas en reiterados casos anteriores análogos por este Tribunal.

Con fecha 19 de mayo de 2010 (fs. 46), la Primera Sala de este Tribunal acogió a trámite el requerimiento y ordenó suspender el proce-

dimiento de la gestión judicial en que incide, confirmando traslado a la Isapre requerida para resolver acerca de la admisibilidad y ordenándole acompañar copia autorizada del contrato de salud suscrito con la afiliada, así como de sus eventuales modificaciones posteriores. La Isapre no evacuó el traslado conferido y a fojas 69 acompañó copia del contrato, de fecha 23 de junio de 2008. Con fecha 28 de julio de 2010 (fs. 84), se declaró la admisibilidad del requerimiento, tras lo cual se confirmó traslado para formular observaciones acerca del fondo. El 2 de septiembre de 2010 (fs. 97), la requerida evacuó el traslado conferido, efectuando objeciones al requerimiento y solicitando su rechazo por no existir, a su juicio, las vulneraciones a la Constitución señaladas por la actora, argumentándose de la manera ya conocida por este Tribunal en causas anteriores.

Se ordenó traer los autos en relación y en audiencia de fecha 30 de noviembre de 2010 se procedió a la vista de la causa en forma conjunta con las causas roles N<sup>º</sup> 1.726, 1.768 y 1.787.

#### CONSIDERANDO:

**PRIMERO.** Que, conforme con el artículo 93, incisos primero, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, y undécimo, de la Constitución Política de la República, según se indica en la parte expositiva de esta sentencia, en la acción deducida en autos se solicita inaplicar –en lo pertinente– el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, sobre Instituciones de Salud Previsional, porque su aplicación al caso específico de que se trata, resultaría contraria a los reseñados derechos reconocidos por la Constitución;

**SEGUNDO.** Que, por sentencia de 6 de agosto de 2010 (Rol N<sup>º</sup> 1.710), expedida con arreglo al artículo 93, incisos primero, N<sup>º</sup> 7<sup>º</sup>, y decimosegundo, de la Constitución, este Tribunal ya se pronunció sobre la materia, declarando inconstitucionales los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del referido precepto legal, precisamente por contravenir la Carta Fundamental;

**TERCERO.** Que, por ende, a partir de la publicación del aludido fallo en el Diario Oficial, ocurrida el 9 de agosto de 2010, las reglas sobre alzas que preveían los N<sup>os</sup> 1 al 4 del inciso tercero del cuestionado artículo 38 ter, correspondiente al artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N<sup>º</sup> 1, de 2005, del Ministerio de Salud, perdieron validez general, de modo que no pueden seguir aplicándose, tal como razonó esta Magistratura en ese mismo veredicto (cc. centesimosexagesimonoveno al centesimoseptuagesimoprimer) y en su posterior sentencia recaída en los autos Rol N<sup>º</sup> 1.552;

**CUARTO.** Que, así las cosas, en procura de hacer eficaz lo resuelto en la mencionada sentencia de inconstitucionalidad y a fin de evitar cualquier posibilidad de que la norma legal objetada pueda, eventualmente, aplicarse por los tribunales que conocen de la gestión pendiente y que, al

hacerlo, se vulnera la Constitución, el presente recurso de inaplicabilidad será acogido;

**QUINTO.** Que, sin que se lastime ningún principio fundamental de nuestro sistema jurídico, motivos de racionalidad procesal y oportunidad de decisión hacen aconsejable que, tratándose de la resolución de un asunto controvertido que, por sus antecedentes fácticos, por la calidad de las partes involucradas, por las disposiciones constitucionales en juego y, en fin, por la médula de las pretensiones encontradas que configuran el conflicto constitucional, es, en sustancia, el mismo que se ha resuelto en procesos anteriores y recientes, se omita la reiteración, en cada caso, de extensos y complejos razonamientos que, en definitiva, no serán sustancialmente distintos a los anteriormente invocados, en circunstancias que, por la amplia publicidad de las sentencias y la estabilidad de la jurisprudencia, es posible remitirse a ella sin que se justifique reproducir, en cada caso, toda la argumentación sustentatoria.

**Y TENIENDO, ADEMÁS, PRESENTE** lo prescrito en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, así como las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS UNO.** Se deja sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 46. Oficiése al efecto a la Corte de Apelaciones de Santiago.

**Se previene que la Ministra señora Marisol Peña Torres** concurre a la decisión de acoger el requerimiento, pero en base a las siguientes consideraciones:

1°. Que, tal como se indica en la parte expositiva, la requirente, señora Sonia María Álamo Yanine, suscribió un contrato de salud con la Isapre Vida Tres S.A., en junio del año 2008. Mediante carta de 19 de marzo de 2010, ésta le informó a la cotizante que correspondía actualizar el factor etéreo de su contrato de salud vigente, reajustándose por este concepto el precio del mismo. Fue la variación del rango de edad de la requirente lo que motivó el cambio del valor del índice o factor de riesgo de su plan. En este contexto, al cumplir los 70 años de edad, el factor respectivo se eleva desde 3,20 a 3,80. Así, el costo total del plan de la afiliada cambia de 11,04 a 13,08 unidades de fomento mensuales.

Éstas son las razones fundamentales que motivaron la interposición del respectivo recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, el 15 de abril de 2010, constituyendo la gestión pendiente en la que se solicita inaplicar el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que corres-



ponde al artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N<sup>º</sup> 1, de 2005, del Ministerio de Salud;

2<sup>º</sup>. Que la sentencia de este Tribunal que pronunció la inconstitucionalidad de cuatro numerales del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 fue dictada el 6 de agosto de 2010, entendiéndose derogada aquella parte del precepto legal indicado desde la publicación de dicha sentencia en el Diario Oficial, lo que ocurrió el 9 de agosto de ese mismo año por aplicación de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 94 de la Carta Fundamental;

3<sup>º</sup>. Que la disposición constitucional recién mencionada señala expresamente: “(...) *el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo.*” (El subrayado es nuestro). Cabe entender, entonces que, por expresa disposición constitucional, la sentencia que pronuncia la inconstitucionalidad de un precepto legal no puede hacerse extensiva a situaciones que tienen su origen en situaciones anteriores a su publicación en el Diario Oficial, pues ello implicaría violentar la voluntad del Constituyente que optó por otorgarle efectos *ex nunc* a dicha sentencia y no efectos *ex tunc* como ocurre con otros ordenamientos normativos en el Derecho Comparado;

4<sup>º</sup>. Que el problema a determinar, en relación con el caso concreto que en esta oportunidad se decide, es si el efecto no retroactivo de las sentencias de inconstitucionalidad – a que alude el inciso tercero del artículo 94 de la Carta Fundamental– es de carácter absoluto o puede matizarse en algunos casos sin violentar la voluntad del Constituyente;

5<sup>º</sup>. Que, sobre este punto, conviene recordar que el propio creador de la jurisdicción constitucional concentrada, el jurista Hans Kelsen sostenía que “*sería conveniente en interés de la propia seguridad jurídica, no atribuir, en principio, ningún efecto retroactivo a la anulación de normas generales. Al menos dejar subsistir todos los actos jurídicos anteriormente realizados con base a la norma en cuestión. Pero ese interés no existe cuando los hechos anteriores a la anulación no han sido todavía objeto –al momento en que la anulación se produce– de ninguna decisión de autoridad pública, los cuales si se evitara todo efecto retroactivo a la resolución de anulación, deberían ser juzgados en virtud de que la norma general es anulada pro futuro, esto es, para los hechos posteriores a su anulación– de acuerdo con la norma anulada (...).*” (“La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”. Traducción de Rolando Tamayo Salmorán revisada por Domingo García Belaúnde. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N<sup>º</sup> 10, julio-diciembre 2008, p. 25);

6<sup>º</sup>. Que si bien el Constituyente del año 2005 optó por conferir un efecto “derogatorio” y no “anulatorio” a la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal –lo que naturalmente no tiene el mismo alcance–, la

doctrina especializada ha estimado que la regla constitucional que contempla el efecto no retroactivo de la aludida declaración parece excesivamente rígida, ya que en algunos casos excepcionales se puede requerir que la sentencia pueda generar efectos *ex tunc* (Nogueira Alcalá, Humberto. “El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias.” En: Francisco Zúñiga (Coord.). Reforma constitucional. Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 615);

7°. Que, en ese sentido, durante la discusión de la reforma constitucional del año 2005, el senador Alberto Espina promovió una indicación tendiente a agregar al entonces inciso tercero del artículo 83 (hoy 94) de la Constitución, la siguiente oración: “*La declaración de inconstitucionalidad no operará con efecto retroactivo respecto de todas aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada.*” (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 8 de marzo de 2003);

8°. Que, por su parte, el Subsecretario del Interior, Jorge Correa Sutil, acotaba, respecto de este punto que: “*la indicación 269 (del Ejecutivo), si bien intenta reafirmar la validez de aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada antes de una declaración de inconstitucionalidad, no impide que se susciten dudas en relación a actos, negocios, contratos y otros instrumentos suscritos con anterioridad a dicha declaración.*” (El subrayado es nuestro).

Por su parte, en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se estimó conveniente dejar expresa constancia de que los fallos del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional un precepto legal producen efectos desde su publicación en el Diario Oficial y “*en ningún caso en forma retroactiva*”. (El subrayado es nuestro). (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 8 de marzo de 2003).

De esta forma, al rechazarse las indicaciones que tendían a matizar el efecto no retroactivo de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de un precepto legal, sólo cabe concluir que el Tribunal Constitucional no está autorizado por la Ley Suprema para atribuirles dicho efecto;

9°. Que, así, y en lo que a la resolución de este conflicto de constitucionalidad atañe, no cabe, a juicio de esta previniente, retrotraer los efectos de la sentencia recaída en el Rol N° 1.710 a un contrato celebrado con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial, con mayor razón cuando el conflicto sometido a esta Magistratura se ha originado en un alza en el precio del plan de salud basado en la aplicación de la tabla de factores incorporada a ese contrato, que se ha reclamado, también, con anterioridad a la fecha de publicación de dicha sentencia en el Diario Oficial;

10°. Que, con todo, distinta es la necesidad que asiste a este Tribunal de examinar si el precepto legal impugnado en estos autos –el artículo

38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933– puede recibir aplicación en el recurso de protección que sustancia la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el rol de ingreso N<sup>º</sup> 1370-2010 teniendo presente que, al momento de su interposición, dicho precepto legal no se encontraba derogado y que, además, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, “*los contratos de salud previsional que se celebren con posterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley deberán ajustarse a ella.*”;

11<sup>º</sup>. Que, en esa línea de razonamiento debe recordarse la jurisprudencia de esta Magistratura, en el sentido que basta que el precepto legal impugnado tenga la posibilidad de aplicarse en la gestión pendiente de que se trata –y, eventualmente, de forma inconstitucional– para que este Tribunal deba entrar a pronunciarse sobre su inaplicabilidad.

Se ha sostenido, en efecto, que “*(...) para fundar una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es suficiente que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto, correspondiendo al Tribunal únicamente verificar la posibilidad de que el precepto legal sea aplicado a un caso, para quedar obligado a pronunciarse sobre la acción deducida, y que la acción de inaplicabilidad es un medio de accionar en contra de la aplicación de normas legales determinadas contenidas en una gestión judicial y que puedan resultar derecho aplicable (STC roles N<sup>os</sup> 501, 505, 790, y 943, entre otros).*” (STC Rol N<sup>º</sup> 1.295, c. cuadragésimosegundo);

12<sup>º</sup>. Que, desde este punto de vista, la requirente sostiene, en su libelo, que: “*El contrato de salud previsional de la señora Álamo fue celebrado con Isapre Vida Tres S.A. con fecha posterior al mes de julio del año 2005, por lo que le es plenamente aplicable el artículo 38 ter de la Ley 18.933.*” (Página 4 del requerimiento).

Agrega, más adelante, que “*siendo la razón que motivó la interposición del recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago la arbitrariedad que supone el excesivo aumento del costo del plan de salud de la afiliada, esto como resultado del cambio de su factor etéreo, es indiscutible que la aplicación de la norma impugnada determina la resolución de la cuestión debatida en dicha gestión pendiente.*” (Página 6 del requerimiento).

Por su parte, la carta de adecuación dirigida por la Isapre Vida Tres S.A., a la requirente, de fecha 19 de marzo de 2010, y que rola a fojas 32 de estos autos, precisa que: “*Junto con saludarle, mi dirijo a usted para informarle que se ha producido una variación en los tramos de edad suyo y/o de sus beneficiarios definidos en su plan de salud, los cuales deben ajustarse en esta oportunidad. En su caso la(s) persona(s) que tiene(n) variación en el rango de edad es (son) la(s) siguiente(s): SONIA ALAMO YANINE, cambió del factor 3.20 al factor 3.80*” (El subrayado es nuestro);

13<sup>º</sup>. Que, así, la acción de inaplicabilidad deducida en esta oportunidad se funda en el hecho de que, de aplicarse por la Corte de Apelaciones de Santiago, el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 o Ley de Isapres, para

fallar el recurso de protección deducido por don Waldo Esteban Albornoz Argandoña a favor de la señora Sonia María Álamo Yanine, se producirá una vulneración de los derechos asegurados en los numerales 2° (igualdad ante la ley); 9° (derecho a la protección de la salud) y 18° (derecho a la seguridad social) del artículo 19 de la Constitución Política, sin perjuicio de alegarse también una infracción al artículo 5°, inciso segundo, de la misma. Entonces, la sola posibilidad de que dicha aplicación produzca un resultado contrario a la Constitución es suficiente para que, conforme a su jurisprudencia reiterada, este Tribunal deba decidir su inaplicabilidad a la luz de las circunstancias propias del control concreto que ella supone;

**14°.** Que de conformidad a lo previsto en el artículo 93, inciso primero, N° 6° de la Carta Fundamental, el Tribunal Constitucional debe decidir la inaplicabilidad de un precepto legal “*cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.*” (El subrayado es nuestro). De ello se deduce que lo que puede resultar contrario a la Carta Fundamental es la aplicación que un determinado precepto legal recibirá en una gestión judicial concreta, a la luz de las particulares circunstancias que la rodean. Sólo así puede comprenderse por qué, en la jurisprudencia de esta Magistratura un mismo precepto legal, en algunos casos, ha sido declarado inaplicable y en otros, no (artículo 299, N° 3° del Código de Justicia Militar);

**15°.** Que, sobre la base explicada, y para decidir el conflicto de constitucionalidad que ha de resolverse en esta oportunidad debe considerarse que esta Magistratura ha acogido, en reiteradas oportunidades, acciones de inaplicabilidad referidas al artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que es la misma norma impugnada en esta ocasión. De hecho, y antes de pronunciarse la inconstitucionalidad de dicha norma, con efectos *erga omnes*, decidió la inaplicabilidad de dicho precepto legal en los Roles N°s 976, 1.218, 1.287 y 1.273;

**16°.** Que, como esta Ministra previniente señaló en su voto particular recaído en la sentencia Rol N° 1.710, tales acciones de inaplicabilidad se dedujeron teniendo como gestión pendiente, sendos recursos de protección deducidos ante Cortes de Apelaciones, reclamando de la ilegalidad y arbitrariedad en que había incurrido la Isapre respectiva, al subir, unilateralmente, el precio del plan de salud por aplicación de la tabla de factores contenida en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 introducido por la Ley N° 20.015. Ello coincide con el fundamento del recurso de protección que constituye la gestión pendiente en el presente requerimiento de inaplicabilidad.

Pero, además, en aquel voto particular, se precisó que “*las referidas acciones de inaplicabilidad fueron deducidas por personas afiliadas a diversas Instituciones de Salud Previsional (Isapres), quienes fueron notificadas, mediante la respectiva carta de adecuación de un alza en el precio de su plan de salud como*

*consecuencia de la modificación experimentada en el valor de éste, no en su precio base, sino que en la aplicación de la tabla de factores a que alude el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, en base a los factores de edad y sexo, respectivamente.” Se indicó, también, que “los diversos requirentes de inaplicabilidad, en cada uno de esos procesos, fueron personas de 60 años de edad o más.” (c. decimosexto).*

Finalmente, se sostuvo, siguiendo la jurisprudencia previa del Tribunal, que “*la introducción de factores como el sexo y la edad, así como la diferencia de tramos en aplicación de esos criterios, en cuanto modalidades de estructuración de una tabla de factores (...) no son, en sí mismas, arbitrarias o carentes de razonabilidad, en la medida que se basan en la consideración de factores objetivos y fácilmente comprobables, como la mayor demanda de prestaciones de salud por parte de la mujer en edad fértil o de las personas mayores de 60 años de edad.*”

“*Distinto es lo relativo a la forma cómo se aplica la tabla de factores, sin considerar la vulnerabilidad que, en determinadas etapas de la vida, afecta a ciertas personas. Un aumento indiscriminado de los precios de los planes de salud respecto de ellas, ciertamente, podría lesionar los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social cuando no se consideran mecanismos de solidaridad que permitan soportar dichas alzas sin discontinuar el acceso a las prestaciones de salud.*” (c. trigésimoquinto);

**17°.** Que las declaraciones previas de inaplicabilidad recaídas en los Roles N<sup>OS</sup> 976, 1.218, 1.287 y 1.273 identifican la postura de esta Ministra previniente sobre la base de constatarse que la vulneración, en cada una de las gestiones judiciales pendientes, de los derechos constitucionales mencionados se producía porque el alza en el precio del respectivo plan de salud, como consecuencia de la aplicación de la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, se producía considerando los factores edad y sexo a que ella alude, de forma que personas que objetivamente se encontraban en condiciones de particular vulnerabilidad, no sólo por su edad, sino por su condición de “cotizantes cautivos”, eran discriminadas y desprotegidas desde el punto de vista de la seguridad social, haciendo además ilusorio su derecho a elegir el sistema de salud al que habían decidido estar adscritas;

**18°.** Que un razonamiento congruente con tal juicio y que además resulte acorde a la naturaleza propia de un control concreto como el que importa la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad exige examinar si, en la especie, se dan condiciones similares a las que motivaron la decisión de esta magistrada en las sentencias previas de inaplicabilidad a que se ha hecho referencia;

**19°.** Que, en tal sentido, de los antecedentes acompañados a este proceso constitucional y, especialmente, de la carta de adecuación remitida por Isapre Vida Tres S.A. a la requirente, el pasado mes de marzo, se desprende que el alza en el precio del plan de salud de la señora Sonia María Álamo Yanine se produjo por el cambio de su factor étareo, desde 3,20

a 3,80, por ingresar al tramo que va desde los 70 a los 75 años de edad;

**20°.** Que, tal y como se razonó en la sentencia recaída en Rol N° 1.273, la aplicación del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 producirá un resultado contrario a la Constitución, en la especie, por las siguientes razones:

**1.** Porque la evolución del factor edad consultado en la respectiva tabla de factores, incorporada al contrato de salud suscrito entre doña Sonia María Álamo Yanine e Isapre Vida Tres S.A., como consecuencia de haber cambiado de tramo, implica que no se ha respetado la proporcionalidad de las prestaciones derivadas de un contrato que, por exigencias de orden público, debe tender a maximizar el goce de las prestaciones de salud, impidiendo a los respectivos cotizantes mantener el régimen privado de atención al que habían deseado acogerse. Esta situación reviste particular preocupación cuando se trata de una afiliada a quien se eleva significativamente el precio de su plan de salud, al alcanzar la edad de 70 años, esto es, precisamente cuando accede a una situación de mayor vulnerabilidad, desde el punto de vista de la salud. Si la respectiva afiliada no puede seguir pagando el nuevo costo del plan, quedaría obligada a abandonar el sistema privado de salud para incorporarse, obligadamente, al equivalente público vulnerándose su derecho a elegir el sistema de salud al que desea acogerse, de acuerdo con lo que le asegura el numeral 9° del artículo 19 de la Constitución (cc. sexagesimosexto y sexagesimoséptimo);

**2.** Porque la existencia de reajustes periódicos del precio del plan de salud previsional sólo por el aumento de edad, independientemente de la iniquidad de su cuantía, por estar expresada en múltiplos del precio base, resulta inconciliable con el derecho a la seguridad social, garantizado en el numeral 18° del artículo 19 de la Ley Suprema, puesto que resulta incompatible con los propósitos que persiguen las instituciones de seguridad social –entre las que se encontraría el contrato de salud previsional– en el sentido de impedir que la desprotección frente a los estados de necesidad aumente en la misma medida en que aumentan los años de vida (cc. septuagesimooctavo y octagésimo).

En este sentido, no debe olvidarse que la sentencia recaída en el Rol N° 976 afirmó:

*“Que el deber de los particulares y de las instituciones privadas de respetar y promover el ejercicio de los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana en cuanto a su existencia y exigibilidad, se torna patente respecto de aquellos sujetos a los cuales la Constitución, como manifestación del principio de subsidiariedad, les ha reconocido y asegurado la facultad de participar en el proceso que infunde eficacia a los derechos que ella garantiza. Tal es exactamente lo que sucede con las Instituciones de Salud Previsional, en relación con el derecho de sus afiliados a gozar de las acciones destinadas a la protección de la salud, consagrado en el artículo 19, N° 9, de la Constitución.”(c. trigesimosexto).*

*“Que, sin duda, las instituciones aludidas tienen también asegurados sus derechos en la Carta Política, pero, con idéntica certeza, ha de afirmarse que ellos se encuentran sometidos a los deberes correlativos, de los cuales resulta menester realizar aquí su contribución al bien común, haciendo cuanto esté a su alcance, dentro del ordenamiento jurídico, por materializar el goce del derecho a la protección de la salud (...).”* (c. trigesimoséptimo);

**21º.** Que las circunstancias particulares que rodean la situación de doña Sonia María Álamo Yanine demuestran que la cotizante no goza de la libertad indispensable para trasladarse a otra institución de salud previsual. Con mayor razón, cuando, en razón de su edad y sexo, es posible sostener que se trata de una cotizante “cautiva”, en los términos definidos por el artículo 170, letra i) del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, de 2005, del Ministerio de Salud, esto es, de *“aquel cotizante cuya voluntad se ve seriamente afectada, por razones de edad, sexo o por la ocurrencia de antecedentes de salud, sea de él o de algunos de sus beneficiarios, y que le impida o restrinja, significativa o definitivamente, su posibilidad de contratar con otra Institución de Salud Previsual.”*;

**22º.** Que los razonamientos consignados precedentemente son suficientes, a juicio de esta juez previniente, para acoger el requerimiento de inaplicabilidad deducido por doña Sonia María Álamo Yanine, en forma congruente con la jurisprudencia previa del Tribunal Constitucional y sin brindarle efecto retroactivo a la sentencia recaída en el Rol N<sup>º</sup> 1.710, por prohibirlo expresamente la Carta Fundamental.

**Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán** no comente los considerandos tercero y cuarto y tiene adicionalmente presentes las siguientes motivaciones:

**1º.** Que, con fecha 6 de agosto de 2010, esta Magistratura señaló, en los autos de inconstitucionalidad Rol N<sup>º</sup> 1.710, que **“los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 son inconstitucionales”**. Como se sabe, dicho precepto decía relación con la circunstancia de que cada rango de edad que fijare la Superintendencia en sus instrucciones se debía sujetar a las siguientes reglas: *“1. El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad; 2. Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años; 3. La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan; 4. La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo.”*;

**2º.** Que en dicha sentencia se sostuvo que *“como corolario del análisis efectuado, este Tribunal ha logrado convicción en cuanto a que los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 no cumplen los supuestos descritos en el considerando precedente y, por consiguiente, son incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y*

mujeres, y lesionan, asimismo, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, en el sentido que todos ellos se encuentran reconocidos y asegurados en nuestra Carta Fundamental” (c. centesimocuatrecientoscuarenta y cuatro). Por lo mismo se dejó constancia de que “esta Magistratura estima necesario, además, hacer presente que la determinación de la estructura de las tablas de factores y la fijación de los factores de cada una de ellas **deberán ajustarse** a lo que establezcan, en uso de sus facultades, los órganos colegisladores para dar cabal cumplimiento a lo resuelto en este fallo” (c. centesimosexagesimotercero). Se trata de un llamado al legislador futuro;

3°. Que en más de un centenar de pronunciamientos (STC N° roles 742, 757, 761, 837, 845, 847 a 874, 876, 878, 879, 880, 882 a 942, 949 a 962, 971, 973, 974, 975 y 978, entre otros) esta Magistratura sostuvo la improcedencia de las acciones de inaplicabilidad presentadas respecto de un precepto declarado íntegramente inconstitucional. Fundó lo anterior en atención a que “no le corresponde pronunciarse sobre un requerimiento recaído sobre preceptos legales que no tienen carácter de tales por encontrarse derogados a la fecha en que éste fue presentado”. Se hicieron presentes los efectos derogatorios de la declaración, entendiéndose que por lo mismo la sentencia sólo produce consecuencias a futuro, entendiéndose por tales “las situaciones que ocurran con posterioridad a su publicación en el Diario Oficial”. De forma tal que carecería de “facultades para declarar la inaplicabilidad de un precepto legal que no tiene existencia constitucional y que, además y a mayor abundamiento, como su principal consecuencia, ya no puede tener efecto alguno en la decisión del fondo de la materia en litis”. Sin embargo, este previniente concurrió a dicha decisión en el entendido que el conflicto constitucional no resultaba factible al haber dejado de existir el precepto legal en cuestión, presupuesto básico de la inaplicabilidad, razón por la cual el precepto legal no podía aplicarse a partir de dicha decisión;

4°. Que en estos autos se ha acogido la acción de inaplicabilidad, remitiéndose en el considerando tercero a lo resuelto en los autos Rol N° 1.552. En esta última decisión esta Magistratura hizo presente que la sentencia de inconstitucionalidad “ha venido a afectar la totalidad de los contratos de salud en curso al 9 de agosto, donde fueron incorporadas las reglas sobre alzas que prevenían los N°s 1 a 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, puesto que –a contar de esa data– tales reglas perdieron validez general y, por tanto, no pueden seguir aplicándose”. De modo tal que no resulta posible “que un precepto invalidado por esta Magistratura (...) pueda seguir rigiendo hacia el futuro bajo la premisa de haberse encontrado vigente al momento de perfeccionarse la antedicha relación contractual”; concluyéndose que los contratos de salud a partir de la fecha de la sentencia no pueden estar afectos a lo dispuesto en el precepto legal declarado inconstitucional y por lo mismo “no tiene dicho precepto efecto ultractivo por el hecho de que se hallara vigente al momento de perfeccionarse las mencionadas convenciones”;



5°. Que, como lo señaló este previniente en todas las causas a que alude el considerando tercero de este voto, de conformidad a lo establecido en el artículo 94 de la Constitución Política de la República, inciso tercero, el precepto legal declarado inconstitucional, en este caso los números 1 a 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, “*se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo*”;

6°. Que en cuanto a los antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento de la disposición, es del caso reiterar la discusión suscitada en torno a la controversia, a objeto de precisar el propósito del constituyente;

7°. Que, en primer trámite constitucional, en el Senado, se consagraba que la norma legal que fuera declarada inconstitucional “*se entenderá derogada desde dicha publicación*”. En la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, el Senador señor Espina propuso una disposición según la cual “*la declaración de inconstitucionalidad no operará con efecto retroactivo respecto de todas aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada*”. Sobre el punto el Subsecretario del Interior de la época, señor Jorge Correa Sutil, opinó que, “*si bien intenta reafirmar la validez de aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada antes de una declaración de inconstitucionalidad, no impide que se susciten dudas en relación a actos, negocios, contratos y otros instrumentos suscritos con anterioridad a dicha declaración*”. Por su parte, el senador Larraín consideró innecesaria esta indicación pues “*las proposiciones que ella contiene son igualmente aplicables en virtud de los principios generales de derecho en esta materia, que son de común e indubitada aplicación en nuestro medio*”. Del mismo modo, los senadores Moreno y Silva Cimma “*coincidieron en cuanto a que tales disposiciones serían innecesarias*”. Así las cosas, se dejó expresa constancia en relación a que “*los fallos del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional un precepto legal producen efectos desde su publicación en el Diario Oficial y, en caso alguno, en forma retroactiva*”;

8°. Que, en segundo trámite, en la Cámara de Diputados también se discutió acerca del alcance de la inconstitucionalidad. Así, en sesión de 23 de marzo de 2005, la diputada señora Guzmán destacó la relevancia de la inconstitucionalidad, como una “*forma más consistente para asegurar la igualdad ante la ley*”. Por su parte, el diputado señor Bustos señaló la conveniencia de “*establecer un recurso de inconstitucionalidad en que la disposición quede sin efecto erga omnes como tal y, por lo tanto, inválida jurídicamente*”. El texto aprobado en segundo trámite establecía que el precepto legal declarado inconstitucional quedaría sin efecto “*de pleno derecho*”;

9°. Que, con posterioridad, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se hicieron presentes ciertas dudas que se suscitaban en lo concerniente al momento a partir del cual el precepto declarado inconstitucional quedaba sin efecto, estimando

que “*la redacción de esta norma no debería admitir la posibilidad que las resoluciones que el Tribunal Constitucional adopte en estos casos produzcan efectos retroactivos*”, y solicitando al Ejecutivo recoger estas observaciones en el veto que el Presidente de la República podía formular;

10°. Que, por lo mismo, el efecto de las sentencias del Tribunal Constitucional fue materia de un veto presidencial, precisándose –en sus motivaciones– que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal “*sólo tiene carácter derogatorio y, por ende, su declaración de inconstitucionalidad no tiene efecto retroactivo*”. De modo tal que la disposición señala que el precepto declarado inconstitucional “*se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo*”. En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se consignó que este veto correspondía a “*ajustes que se han efectuado a diversos numerales del artículo 82*”. Esta materia fue aprobada en la Sala sin discusión y por unanimidad. La Cámara de Diputados a su turno también la aprobó, destacándose por los diputados Guzmán y Bustos la relevancia de la acción de inconstitucionalidad;

11°. Que sobre el punto la doctrina especializada ha señalado que la decisión del constituyente en cuanto al efecto derogatorio y no retroactivo, *ex nunc*, “*es compleja y no exenta de críticas*”, habida consideración de que ello “*tiene enormes implicancias y se relaciona con juicios sentenciados conforme a preceptos legales declarados inconstitucionales; con procesos en marcha, y derechos, situaciones o posiciones adquiridas en dicho período conforme a un precepto legal inconstitucional*”, incluso en materias tan relevantes como la penal; sin embargo, concluye, “*la Constitución es categórica: prohíbe aplicar efectos retroactivos a una sentencia de inconstitucionalidad*”. (Gastón Gómez Bernales, La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional, en Reforma Constitucional, 2005, página 683). Otro autor ha puntualizado, con motivo de la prohibición de efecto retroactivo de la sentencia de inconstitucionalidad, que la regla constitucional “*parece excesivamente rígida, ya que en algunos casos excepcionales se puede requerir que la sentencia pueda generar efectos ex tunc. Un caso concreto donde parece razonable la aplicación de criterios ex tunc es cuando se impugna la inconstitucionalidad de un precepto legal por vicios de procedimiento o forma; declarada la inaplicabilidad en concreto y solicitada la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, parece difícil sostener que una norma que no pudo nacer constitucionalmente pueda considerarse válida e integrante del ordenamiento jurídico hasta el momento de la expulsión por fallo del Tribunal Constitucional; parece que en tal caso se justifican los efectos ex tunc, dejando a salvo los derechos adquiridos y la cosa juzgada*”. (Humberto Nogueira Alcalá, El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad de las leyes en la reforma constitucional de 2005. De la competencia del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias, en La Constitución Reformada de 2005, páginas 444 y 445);

12°. Que de lo dicho se desprende que el propósito del constituyente fue evitar que la decisión de inconstitucionalidad pudiera tener efectos retroactivos, de forma tal de no alterar situaciones jurídicas consolidadas o amparadas por sentencia o resolución que produzca efectos de cosa juzgada. Como señaló esta misma Magistratura, en los autos de inconstitucionalidad: *“de lo expresado anteriormente, debe concluirse que el artículo 94 de la Constitución, al referirse a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, y señalar que la norma declarada inconstitucional se entenderá derogada, alude a una especie de derogación sui generis, que debe distinguirse de la derogación efectuada por el legislador; toda vez que no responde a razones de mérito sino a la verificación de un vicio constitucional de orden público; por lo mismo, un efecto ultractivo de las normas derogadas es limitado y sólo opera para el futuro”* (c. vigesimoséptimo). De este modo, *“la sentencia que dicte el Tribunal Constitucional no puede afectar situaciones consolidadas, esto es, nacidas y concluidas bajo el imperio de la o las normas declaradas inconstitucionales”* (c. centesimosexagesimooctavo). En otras palabras, el hecho de que su sentencia carezca de efectos retroactivos significa que *“no afecta situaciones acaecidas ni actos realizados con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial”* (STC Rol N<sup>º</sup> 597, c. quinto);

13°. Que así las cosas, teniendo presente la circunstancia de que los numerales 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 han sido derogados como consecuencia de la sentencia dictada por este Tribunal, en conformidad a lo prescrito en el artículo 94 de la Constitución Política de la República, debe concluirse que la disposición no puede recibir aplicación en la causa sub lite, tal como se señaló en los autos Rol N<sup>º</sup> 685;

14°. Que, por último, a este Tribunal, como también lo ha señalado esta Magistratura, no le corresponde pronunciarse sobre la validez de los pactos contractuales suscritos con anterioridad a la publicación en el Diario Oficial de la sentencia de inconstitucionalidad, lo que es de resorte y competencia exclusiva del juez de la instancia (STC Rol N<sup>º</sup> 685, c. decimotercero). Por lo mismo, tal como lo comunicó este Tribunal frente a una consulta formulada por la Corte Suprema, en resolución de 17 de julio de 2007, *“la sentencia de inconstitucionalidad dictada por este organismo y a la que alude el oficio, no puede, ni pueden producir, ningún efecto respecto de la facultad privativa que tiene vuestra Excelencia para resolver, en ejercicio de su competencia, la causa sub lite”*. De igual forma como también le corresponderá a la judicatura ordinaria determinar si el precepto legal no resulta aplicable a la litis en atención a la fecha de suscripción de los contratos respectivos de salud, tal como lo ha señalado este Tribunal (STC roles N<sup>os</sup> 1.544, 1.644 y 1.646) y la propia Sala Constitucional de la Corte Suprema (Rol N<sup>º</sup> 7779-2008).

**El Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney concurre al fallo con la siguiente prevención:**

1°. Que, dado el carácter de legislador negativo del Tribunal Constitucional, las sentencias que establecen la inconstitucionalidad de un precepto legal sólo producen efectos constitutivos *erga omnes* y *ex nunc* o *pro futuro* a partir de su publicación en el Diario Oficial, sin afectar situaciones consolidadas mediante contratos celebrados al amparo de la norma cuya inconstitucionalidad se declara;

2°. Que el tema de los efectos de tales sentencias en el tiempo fue ampliamente debatido durante la reforma a la Constitución efectuada el año 2005, cuando se introdujo la facultad contenida en el actual artículo 93, N° 7°, de la Constitución. En dicha ocasión, a sugerencia del Ministro Eugenio Valenzuela, se alcanzó consenso respecto a la necesidad de evitar incertidumbres del todo inconvenientes para el ordenamiento jurídico, especialmente en materia civil. Como consta en la historia fidedigna de dicha reforma, se estimó conveniente dejar expresa constancia en relación a que los fallos del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional un precepto legal producen efectos desde su publicación en el Diario Oficial y, en caso alguno, tienen efecto retroactivo (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Boletines N°s 2.526-07 y 2.534-07, p. 278);

3°. Que, lo anterior fue reforzado por el veto enviado por el Ejecutivo, el cual estableció que *“no obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”*, no dejando lugar a dudas sobre los alcances exclusivamente prospectivos de tales sentencias;

4°. Que, al efecto, se tuvo en consideración el ejemplo de otros países, como Italia, donde impera el principio de irretroactividad de las sentencias de inconstitucionalidad, sin que se vea lesionada o menoscabada la supremacía constitucional;

5°. Que, en consecuencia, una declaración de inconstitucionalidad por parte de esta Magistratura no puede afectar los derechos legalmente constituidos ni las situaciones consolidadas mediante contratos celebrados con anterioridad, tal como lo sostiene la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes;

6°. Que, por tanto, los procesos judiciales que se suscitaron antes de la sentencia de este Tribunal que declaró inconstitucional parte del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, sobre la aplicación de los contratos de salud válidamente celebrados con antelación a esa fecha, deben ser resueltos conforme a las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la sentencia de inconstitucionalidad de esta Magistratura;

7°. Que, por ende, corresponde acoger el presente recurso de inaplicabilidad por las razones de fondo que esta Magistratura ha señalado en

numerosas oportunidades, pues, efectivamente, la posible aplicación del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, actual artículo 199 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, del Ministerio de Salud, de 2005, en el caso en cuestión provocaría efectos contrarios a la Constitución.

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben y las prevenciones, sus autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

### **Rol N<sup>º</sup> 1.725-2010**

Se certifica que el Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto concurrió al acuerdo y fallo, pero no firmó por encontrarse con permiso.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por los Ministros señor Raúl Bertelsen Repetto, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

### **Rol N<sup>º</sup> 1.726-2010**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER  
DE LA LEY N<sup>º</sup> 18.933, CONOCIDA COMO LEY DE ISAPRES,  
CORRESPONDIENTE TAMBIÉN AL ARTÍCULO 199  
DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY N<sup>º</sup> 1, DE 2005,  
DEL MINISTERIO DE SALUD, DEDUCIDO POR  
FRANCISCO OROSMAN GUTIÉRREZ CÁCERES**

**SENTENCIA DE FECHA 13 DE ENERO DE 2011, EN EL MISMO  
SENTIDO QUE LA RECAÍDA EN ROL N<sup>º</sup> 1.725**

ROL N° 1.727-2010

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 16, N° 2,  
DE LA LEY N° 20.000, DEDUCIDO POR  
FRANCISCO MIGUEL LAPOLLA SENLER

Santiago, nueve de junio de dos mil diez.

Proveyendo a lo principal y primer y tercer otrosíes de fojas 52, téngase presente, y al segundo otrosí, téngase por acompañado el documento.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1°. Que, con fecha 13 de mayo de 2010, el abogado señor Julio Disi Rojas ha deducido un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 16, N° 2, de la Ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, en el recurso de apelación interpuesto para ante la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol IC N° 889-2010, en contra de la resolución pronunciada por el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, con fecha 27 de abril de 2010, por la cual se denegó la solicitud de sobreseimiento definitivo formulada en nombre de su representado, don Francisco Lapolla Senler, imputado en los autos sobre presuntos delitos de asociación ilícita para el tráfico de drogas, omisión de denuncia y cohecho, de que conoce el referido Juzgado de Garantía, bajo el RIT N° 3815-2009;

2°. Que el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Constitución Política establece que es atribución de este Tribunal Constitucional “*resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.*”.

El inciso decimoprimer del mismo precepto de la Carta Fundamental dispone que “*en el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.*”;

3°. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N° 17.997, Orgánica Consti-

tucional del Tribunal Constitucional. Así, el inciso primero del artículo 47 D de dicho texto legal establece que *“para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 47 A y 47 B. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales”*.

Por su parte, los artículos 47 A y 47 B de la legislación aludida establecen:

*“Artículo 47 A. En el caso del número 6º del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.*

*Si la cuestión es promovida por una parte ejerciendo la acción de inaplicabilidad, se deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.*

*Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.*

*El tribunal deberá dejar constancia en el expediente de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes del proceso”*.

*“Artículo 47 B. El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas”*.

A su vez, el artículo 47 F de la misma ley orgánica establece:

*“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:*

*1º Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado;*

*2º Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;*

*3º Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada;*

*4º Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal;*

*5º Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y*

6° *Cuando carezca de fundamento plausible.*

*Declarada la inadmisibilidad por resolución que deberá ser fundada, ésta será notificada a quien haya recurrido, al juez que conozca de la gestión judicial pendiente y a las demás partes que intervengan en ella, y el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.*

*La resolución que declare la admisibilidad o inadmisibilidad del requerimiento no será susceptible de recurso alguno.”;*

4°. Que, a fojas 51, el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento deducido en la Primera Sala de esta Magistratura;

5°. Que, atendido el mérito de los antecedentes que obran en autos, esta Sala ha logrado convicción en cuanto a que la acción constitucional deducida no puede prosperar, siendo impertinente, por ende, que ésta sea previamente acogida a tramitación;

6°. Que, en efecto, el requirente ha solicitado la inaplicabilidad del N° 2 del artículo 16 de la Ley N° 20.000, en la gestión consistente en la apelación de la resolución del Juez de Garantía que rechazó la solicitud de sobreseimiento definitivo de la causa, siendo la apelación –de conformidad al artículo 253 del Código Procesal Penal– el único recurso procedente en contra de dicha resolución;

7°. Que, a fojas 52, el Ministerio Público, representado por su Fiscal Nacional, señor Sabas Chahuán Sarrás, se hizo parte y acompañó copia de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 25 de mayo de 2010, que confirmó la resolución del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago a la que se ha aludido en esta sentencia;

8°. Que, atendido lo expuesto en los dos considerandos precedentes, es indubitado que no existe en la actualidad la gestión judicial pendiente en la cual el actor pretendía la inaplicación del precepto impugnado, toda vez que ella correspondía a una solicitud de sobreseimiento definitivo que ha sido rechazada por el Juez de Garantía que conoce de la causa y confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, habiendo sido esta última resolución notificada por el estado diario a las partes el mismo día 25 de mayo de 2010 y sin que procedan recursos en su contra, esto es, la gestión ha concluido por sentencia que se encuentra firme o ejecutoriada, y

9°. Que, en consecuencia, no cumpliendo el requerimiento deducido con la exigencia constitucional y legal de que exista una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial en que la norma impugnada pueda recibir aplicación, carecería de todo sentido entrar a pronunciarse sobre su admisión a trámite, en circunstancias que jamás podrá prosperar su admisibilidad, lo que lleva necesariamente a que el requerimiento deba ser declarado inadmisibile desde luego.



**Y TENIENDO PRESENTE** lo establecido en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política y en el N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup> del artículo 47 F y demás normas pertinentes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE DECLARA INADMISIBLE el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas uno. Téngase por no presentado para todos los efectos legales.**

Al primer y tercer otrosíes, ténganse por acompañados los documentos; al segundo otrosí, atendido lo resuelto a lo principal, no ha lugar a la suspensión del procedimiento solicitada, y al cuarto otrosí, téngase presente.

Notifíquese por carta certificada al requirente y al Ministerio Público. Oficiese a la Corte de Apelaciones de Santiago. Archívese.

#### **Rol N<sup>º</sup> 1.727-2010**

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Autoriza la Secretaría del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

### **ROL N<sup>º</sup> 1.728-2010**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, 38 TER  
DE LA LEY N<sup>º</sup> 18.933, 2<sup>º</sup> DE LA LEY N<sup>º</sup> 20.015 Y 199  
DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY N<sup>º</sup> 1, DE 2005,  
DEL MINISTERIO DE SALUD, DEDUCIDO POR  
ROSARIO DEL CARMEN BELLO BARROS**

**SENTENCIA DE FECHA 8 DE MARZO DE 2011, EN EL MISMO  
SENTIDO QUE LA RECAÍDA EN ROL N<sup>º</sup> 1.713**

ROL Nº 1.729-2010

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY  
Nº 18.933, DEDUCIDO POR JUAN RAMÓN ZÚÑIGA SEGURA

Santiago, treinta y uno de mayo de dos mil diez.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1º. Que, con fecha 17 de mayo de 2010, el abogado Juan Ramón Zúñiga Segura ha requerido a este Tribunal para que se declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley Nº 18.933 en relación con el recurso de protección caratulado “Concha Yamal, Neiffé y Zúñiga Segura, Juan con Isapre Cruz Blanca S.A.”, del cual conoce la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol Nº 1652-2010;

2º. Que, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, Nº 6º, de la Constitución Política, es atribución de este Tribunal: *“Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”*

A su turno, el inciso decimoprimer del mismo precepto señala: *“En el caso del Nº 6º, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”;*

3º. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, la cual razona en el sentido de que el pronunciamiento sobre la admisibilidad establecido por la Ley Fundamental exige, previamente, resolver sobre la admisión a trámite del requerimiento. Así, el inciso primero del artículo 47 D de dicho texto legal establece que: *“Para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 47 A y 47 B. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales”.*

Por su parte, los artículos 47 A y 47 B del mismo cuerpo legal establecen:

*“Artículo 47 A. En el caso del número 6º del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.*

*Si la cuestión es promovida por una parte ejerciendo la acción de inaplicabilidad, se deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.*

*Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.*

*El tribunal deberá dejar constancia en el expediente de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes del proceso”.*

*“Artículo 47 B. El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas”;*

4°. Que el Presidente del Tribunal ordenó con fecha 17 de mayo del presente año que se diera cuenta del requerimiento de inaplicabilidad deducido en la Segunda Sala de esta Magistratura;

5°. Que, el certificado a que se refiere el artículo 47 A de la Ley N<sup>º</sup> 17.997 acompañado a los autos no cumple con lo dispuesto en dicho precepto legal, puesto que no indica el domicilio del recurrente como tampoco el de la recurrida ni la individualización y domicilio de sus apoderados;

6°. Que, por otra parte, el requirente señala que ha recurrido de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, acción *“que ha sido acogid(a) a tramitación por resolución de fecha 10 de mayo de 2010”* (fojas uno).

Sin embargo, afirma luego que *“con fecha 7 de noviembre del año 2008, dentro de plazo legal, apeló de dicha sentencia para ante la Excelentísima Corte Suprema, causa que ingresó a dicha instancia...y que aún se encuentra pendiente para su vista y fallo”* fojas dos).

7°. Que, a ello debe agregarse que la relación que hace de los hechos en que se basa su presentación es vaga e imprecisa, limitándose a señalar a fojas nueve que la Isapre Cruz Blanca S.A. le ha enviado una carta, con fecha 31 de marzo de 2010, en que le comunica que su plan de salud se vería afectado por un alza, razón por la cual le propone diversas alternativas, sin que sea posible que de dicha exposición este Tribunal pueda formarse una idea clara y cabal de los fundamentos de la acción constitucional interpuesta;

8°. Que de lo que se termina de exponer se concluye que el requerimiento deducido tampoco cumple con las exigencias contempladas en el artículo 47 B de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículo 6°, 7° y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso decimoprimer de la Constitución Política de la República, y en los artículos 47 A, 47 B y 47 D de la Ley N° 17.997,

**SE DECLARA:**

Que no se admite a tramitación el requerimiento deducido en lo principal de fojas uno, teniéndoselo así por no presentado, para todos los efectos legales.

Al primero otrosí, estése a lo resuelto.

Al segundo otrosí, por acompañados bajo apercibimiento legal.

Al tercero otrosí, estése a lo resuelto.

Al cuarto otrosí, téngase presente.

Notifíquese la presente resolución por carta certificada.

**Rol N° 1.729-2010**

Se certifica que la Ministra señora Marisol Peña Torres, concurrió al acuerdo de la resolución pero no firma por encontrarse en comisión de servicios en el exterior.

Pronunciada por Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor José Luis Cea Egaña, y los Ministros señor Raúl Bertelsen Repetto, señora Marisol Peña Torres, y señores Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgún.

ROL N<sup>º</sup> 1.730-2010SOLICITUD DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS  
10 Y 18 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY N<sup>º</sup> 3,  
DE 10 DE MARZO DE 2006, DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN  
Y DEL DECRETO EXENTO N<sup>º</sup> 4522 DE 9 DE MARZO DE 2010,  
EN ESPECIAL DE LOS ARTÍCULOS 10 Y 11, DEDUCIDO POR  
ENRIQUE SILVA CIMMA Y OTROS

Santiago, primero de junio de dos mil diez.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1<sup>º</sup>. Que, con fecha 18 de mayo de 2010, los señores Enrique Silva Cimma, José Rodríguez Elizondo, Gonzalo Figueroa Yáñez y señora Maricruz Gómez de la Torre Vargas han requerido a este Tribunal para que se declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 10 y 18 del D.F.L. N<sup>º</sup> 3 de 2006, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.F.L. N<sup>º</sup> 153 de 1981, que establece los estatutos de la Universidad de Chile y del Decreto Exento N<sup>º</sup> 4522 de 2010 de la Rectoría de la Universidad de Chile, Reglamento General de Elecciones y Consultas, especialmente en las partes pertinentes de sus artículos 10 y 11, en relación con el recurso de protección del cual conoce la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol N<sup>º</sup> 1388-2010;

2<sup>º</sup>. Que, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, de la Constitución Política, es atribución de este Tribunal: *“Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”*

A su turno, el inciso decimoprimer del mismo precepto señala: *“En el caso del N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”;*

3<sup>º</sup>. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, la cual razona en el sentido de que el pronunciamiento sobre la admisibilidad establecido por la Ley Fundamental exige, previamente, resolver sobre la admisión a trámite del re-

querimiento. Así, el inciso primero del artículo 47 D de dicho texto legal establece que: *“Para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 47 A y 47 B. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales”*.

Por su parte, los artículos 47 A y 47 B del mismo cuerpo legal establecen:

*“Artículo 47 A. En el caso del número 6° del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.*

*Si la cuestión es promovida por una parte ejerciendo la acción de inaplicabilidad, se deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.*

*Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.*

*El tribunal deberá dejar constancia en el expediente de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes del proceso”*.

*“Artículo 47 B. El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas”;*

4°. Que el Presidente del Tribunal ordenó con fecha 18 de mayo del presente año que se diera cuenta del requerimiento de inaplicabilidad deducido en la Segunda Sala de esta Magistratura;

5°. Que el certificado a que se refiere el artículo 47 A de la Ley N° 17.997, no cumple con lo dispuesto en dicho precepto legal, puesto que no indica el domicilio de las partes ni la individualización y domicilio de sus apoderados;

6°. Que, por otra parte, la forma en que las disposiciones que se objetan contravienen la Carta Fundamental en su aplicación al caso concreto debe ser expuesta circunstanciadamente. La explicación de la manera en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye la base indispensable de la acción interpuesta;

7°. Que en el requerimiento deducido no se plantea con precisión e inteligibilidad suficientes como las normas que se impugnan violan la

Carta Fundamental, omitiéndose fundar cabalmente los vicios de constitucionalidad que sustentan el libelo;

8°. Que, por otra parte, tanto en la suma como en la parte petitoria de la presentación se solicita la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos que se objetan y, entre ellos, se encuentran los que forman parte del Decreto Exento N<sup>º</sup> 4522 de 2010, de la Rectoría de la Universidad de Chile, lo que no se aviene con la naturaleza de una acción de inaplicabilidad como la interpuesta ante esta Magistratura, en conformidad con lo que dispone el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6°, e inciso decimoprimero de la Constitución Política.

9°. Que de lo que se termina de exponer se concluye que el requerimiento deducido tampoco cumple con las exigencias contempladas en el artículo 47 B de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en los artículo 6°, 7° y 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6°, e inciso decimoprimero de la Constitución Política de la República, y en los artículos 47 A, 47 B y 47 D de la Ley N<sup>º</sup> 17.997,

**SE DECLARA:**

Que no se admite a tramitación el requerimiento deducido en lo principal de fojas uno, teniéndose así por no presentado, para todos los efectos legales.

Al otrosí, estése a lo resuelto.

Notifíquese la presente resolución por carta certificada.

**Rol N<sup>º</sup> 1.730-2010**

Se certifica que la Ministra señora Marisol Peña Torres, concurrió al acuerdo de la resolución pero no firma por encontrarse en comisión de servicios en el exterior.

Pronunciada por Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor José Luis Cea Egaña, y los Ministros señor Raúl Bertelsen Repetto, señora Marisol Peña Torres, y señores Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

ROL Nº 1.731-2010

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS DISPOSICIONES  
CONTENIDAS EN EL TÍTULO XIX DEL CÓDIGO  
DE PROCEDIMIENTO CIVIL, EN ESPECIAL, DE LOS ARTÍCULOS  
233, 234 Y 237, DEDUCIDO POR CARLOS JORQUERA CONCHA

Santiago, nueve de junio de dos mil diez.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1°. Que, con fecha 18 de mayo de 2010, el abogado señor Carlos Jorquera Concha ha deducido ante esta Magistratura un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de *“toda la normativa contenida[s] en el Título XIX del Libro I del Código de Procedimiento Civil, en especial de la comprendida en sus artículos 233, 234 y 237”*, en el procedimiento de cumplimiento incidental de la sentencia de reemplazo dictada por la Excm. Corte Suprema, con fecha 28 de enero de 2010, en los autos caratula-dos *“Corante Maizares, Clara con Banco del Estado de Chile y Jorquera Concha, Carlos”*, procedimiento incidental que se encuentra pendiente ante el Segundo Juzgado de Letras en lo Civil de Antofagasta, bajo el Rol Nº 3.255-2006;

2°. Que, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, Nº 6°, de la Constitución Política, es atribución de este Tribunal: *“Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”*.

Por su parte, el inciso decimoprimer del mismo precepto constitucional señala: *“En el caso del Nº 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”*;

3°. Que la normativa aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, que exige que con anterioridad al pronunciamiento sobre la admisibilidad de un requerimiento de esta naturaleza, se resuelva acerca de su admisión a trámite. Así, el inciso primero del artículo



47 D de dicho texto legal establece que “*para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 47 A y 47 B. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales*”.

Por su parte, los artículos 47 A y 47 B establecen:

*“Artículo 47 A. En el caso del número 6° del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.*

*Si la cuestión es promovida por una parte ejerciendo la acción de inaplicabilidad, se deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.*

*Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.*

*El tribunal deberá dejar constancia en el expediente de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes del proceso”.*

*“Artículo 47 B. El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas”;*

4°. Que, a fojas 61, el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento de inaplicabilidad deducido en la Primera Sala de esta Magistratura;

5°. Que el examen de la acción constitucional interpuesta permite concluir que ella no satisface la exigencia prevista en el artículo 47 B, arriba reproducido, para que pueda ser acogida a tramitación, toda vez que el requirente basa su pretensión en la supuesta nulidad absoluta de que adolecerían las sentencias de casación en la forma de oficio y de reemplazo dictadas por la Excma. Corte Suprema, con fecha 28 de enero de 2010, nulidad que produciría como efecto que no se podría cumplir la aludida sentencia de reemplazo, pretendiendo así que este Tribunal Constitucional declare inaplicables las normas relativas a la ejecución de las resoluciones, contenidas en el título XIX del Libro I del Código de Enjuiciamiento.

6°. Que, en consecuencia –y sin perjuicio de que la acción de inaplicabilidad no es una vía idónea para impugnar resoluciones judiciales–, el

requirente no indica en parte alguna de su presentación cómo la aplicación de las normas del referido título XIX en la gestión *sub lite* podrían producir una infracción de disposiciones constitucionales, de modo que no existen en este sentido vicios de constitucionalidad sometidos a la decisión de esta Magistratura, siendo lo anterior motivo más que suficiente para no admitir a trámite la acción deducida.

**SE RESUELVE:**

**Que no se acoge a tramitación el requerimiento deducido en lo principal de fojas uno, teniéndose por no presentado, para todos los efectos legales.**

Al primer otrosí, atendido lo resuelto en lo principal, no ha lugar a la suspensión del procedimiento solicitada; al segundo otrosí, ténganse por acompañados los documentos, y al tercer otrosí, téngase presente.

Notifíquese por carta certificada al requirente.

Archívese.

**Rol N° 1.731-2010**

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgüín.

ROL N<sup>º</sup> 1.732-2010

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO DÉCIMO, LETRA H), DE LA LEY N<sup>º</sup> 20.285, SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, DEDUCIDO POR JORGE CABEZAS VILLALOBOS Y OTROS TRABAJADORES DE TELEVISIÓN NACIONAL DE CHILE

ACUMULADA CON ROL N<sup>º</sup> 1.800-2010

Santiago, veintiuno de junio de dos mil once.

**VISTOS:**

Con fecha 19 de mayo de 2010, Jorge Cabezas Villalobos, María Elena Wood Montt y Enzo Yacometti Manosalva dedujeron requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo décimo, letra h), de la Ley N<sup>º</sup> 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en los autos sobre reclamo de ilegalidad caratulados “*Televisión Nacional de Chile con Consejo para la Transparencia*”, que se encuentran pendientes ante la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N<sup>º</sup> 945-2010.

Por su parte, con fecha 16 de agosto de 2010, el abogado Francisco González Hoch, en representación de Televisión Nacional de Chile (TVN), dedujo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del mismo artículo décimo, letra h), de la Ley N<sup>º</sup> 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, y, además, respecto del artículo 33, letra b), de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, contenida en el artículo primero de la referida Ley N<sup>º</sup> 20.285, en los mismos autos sobre reclamo de ilegalidad ya individualizados.

Conforme consta en autos, como antecedentes de la gestión pendiente en que inciden los dos requerimientos de inaplicabilidad interpuestos se puede consignar que, con fecha 26 de febrero de 2010, la requirente TVN interpuso ante la Corte de Apelaciones de Santiago un reclamo en contra del Consejo para la Transparencia (el Consejo), en el cual los requirentes, Jorge Cabezas Villalobos, María Elena Wood Montt y Enzo Yacometti Manosalva, que en dicha época eran, respectivamente, Director de Prensa, Directora de Programación y Director de Estrategia y Nuevos Negocios de TVN (los Ejecutivos), se hicieron parte como terceros independientes.

En dicha gestión *sub lite* se discute la legalidad de un acuerdo adoptado por el Consejo, con fecha 23 de diciembre de 2009, en que se dispuso que TVN había infringido las normas sobre transparencia activa contenidas en la letra h) del artículo décimo de la Ley de Acceso a la Información Pública, y se le ordenó que debía informar acerca de las remuneraciones y

otros beneficios que percibían por sus funciones los señalados Ejecutivos del canal, así como su Director de Gestión, David Belmar, al ser considerados por el Consejo, conforme al precepto legal citado, como responsables de la dirección y administración superior de la empresa.

Con ese acuerdo se puso fin a dos procedimientos administrativos, acumulados, seguidos a requerimiento de terceros, entre ellos, los presidentes de los Sindicatos N<sup>os</sup> 1, 2 y 3 de TVN, ante el Consejo, correspondientes a los reclamos N<sup>o</sup> 12-2009 y 15-2009, ante lo cual TVN – luego de haberse acogido parcialmente la reposición administrativa que interpuso–, dedujo el reclamo actualmente pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en que –de conformidad al artículo 30 de la Ley N<sup>o</sup> 20.285– solicita se declare la ilegalidad y se deje sin efecto el aludido acuerdo del Consejo para la Transparencia.

Destacan los Ejecutivos requirentes, entre otras consideraciones, que, en la gestión *sub lite*, TVN ha alegado que su gobierno corporativo está definido por la Ley N<sup>o</sup> 19.132, que excluye de la dirección y administración superior de la Empresa a gerentes y ejecutivos distintos de quienes forman parte del Directorio de TVN y de su Director Ejecutivo. Agregan los Ejecutivos que, en su calidad de terceros en esa instancia, han alegado su falta de emplazamiento y la afectación de su garantía constitucional del derecho a la vida privada, en relación a sus remuneraciones.

A lo anterior, TVN añade que en dicha gestión pendiente ha alegado, además, que el Consejo carece de jurisdicción y competencia para pronunciarse respecto de reclamos en su contra, que los actos impugnados fueron adoptados sin sujeción a las formas prescritas en las leyes N<sup>o</sup> 19.880 y N<sup>o</sup> 20.285, y que TVN pierde competitividad al ser puesta en una situación de desigualdad en relación a sus competidores, lo cual constituye una discriminación arbitraria.

En cuanto a las infracciones constitucionales invocadas, los tres Ejecutivos requirentes han impugnado el artículo décimo, letra h), de la Ley N<sup>o</sup> 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, precepto legal que luego de indicar, en su inciso primero, que el principio de transparencia de la función pública consagrado en el inciso segundo del artículo 8<sup>o</sup> de la Constitución y en los artículos 3<sup>o</sup> y 4<sup>o</sup> de la Ley de Transparencia es aplicable, entre otras, a las empresas públicas creadas por ley, tales como Televisión Nacional de Chile y otras que señala, dispone en su inciso segundo –en la parte impugnada por ambos requirentes– lo siguiente:

*“En virtud de dicho principio, las empresas mencionadas en el inciso anterior deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, los siguientes antecedentes debidamente actualizados:*

*(...) h) Toda remuneración percibida en el año por cada Director, Presidente Ejecutivo o Vicepresidente Ejecutivo y Gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa, incluso aquellas que provengan de funciones*

*o empleos distintos del ejercicio de su cargo que le hayan sido conferidos por la empresa, o por concepto de gastos de representación, viáticos, regalías y, en general, todo otro estipendio. Asimismo, deberá incluirse, de forma global y consolidada, la remuneración total percibida por el personal de la empresa. (...)*”.

Sostienen los Ejecutivos que este precepto legal, en su aplicación al caso concreto, se traduce en revelar información confidencial relativa a sus remuneraciones, lo que constituye una grave transgresión de su derecho a la vida privada, consagrado en el artículo 19, N<sup>º</sup> 4<sup>º</sup>, de la Constitución Política.

Agregan que esta garantía también ha sido desarrollada por el legislador, específicamente en el ámbito de los derechos al interior de una empresa, al sancionarse en los artículos 5<sup>º</sup> y 154 bis del Código del Trabajo la infracción del deber de confidencialidad que recae sobre el empleador respecto de la vida privada de sus dependientes, lo que incluso se extiende al marco de la negociación colectiva, en que, de conformidad al inciso quinto del artículo 315 del Código del Trabajo –en relación con el artículo 19, N<sup>º</sup> 16<sup>º</sup>, de la Constitución– el empleador sólo debe entregar “*los costos globales de la mano de obra (...)*”, sin poder señalar el detalle de las remuneraciones de sus dependientes.

Sostienen que, de modo análogo, en el asunto *sub lite* la preeminencia de la vida privada de los requirentes se erige como una de las excepciones a que se refiere el inciso segundo del artículo 8<sup>º</sup> de la Carta Fundamental, por ser de aquellos bienes jurídicamente dignos de tutela de mayor preeminencia en el ordenamiento jurídico laboral.

De conformidad al artículo 29 de la Ley N<sup>º</sup> 19.132, que creó TVN, indican que, en su calidad de Ejecutivos, se rigen exclusivamente por las normas del Código del Trabajo y que para todos los efectos legales se consideran como trabajadores del sector privado. En este sentido, conforme a la jurisprudencia de la Dirección del Trabajo que citan, el empleador transgrediría gravemente su deber de confidencialidad al revelar sus remuneraciones.

Añaden que la garantía constitucional del respeto a la vida privada exige mantener estrictamente la reserva respecto de toda la información privada de los trabajadores, lo que incluye naturalmente sus remuneraciones, y que las exigencias legales derivadas del principio de transparencia, tal como las ha concebido la Constitución en el artículo 8<sup>º</sup>, son enteramente consistentes con dicha garantía, pues, en efecto, según el inciso segundo de dicho artículo 8<sup>º</sup>, una ley de quórum calificado puede establecer la reserva o secreto, cuando la publicidad afectare, entre otros, los derechos de las personas. Y, en relación a esas excepciones a la publicidad, sostienen que el artículo 154 bis del Código del Trabajo, que establece el aludido deber de reserva del empleador, por aplicación de la disposición transitoria 4<sup>a</sup> de la Constitución, debería estimarse como que cumple con la exigencia de ser norma de quórum calificado.

Asimismo, citan la opinión dada por el profesor Mario Verdugo en un informe en derecho acompañado a la gestión *sub lite* y también al presente requerimiento de inaplicabilidad, en el sentido de que sus remuneraciones estarían comprendidas dentro de su derecho a la privacidad e intimidad, garantizado por el artículo 19, Nº 4º, de la Ley Fundamental.

Por último, aducen los Ejecutivos requirentes que la regla de confidencialidad del Código del Trabajo está incorporada a los contratos que rigen sus relaciones laborales con TVN, que dicha regla es preexistente a la norma de la Ley Nº 20.285 que se impugna, y que la aplicación de esta norma cuestionada viene a borrar la regla del artículo 22 de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes de que *“en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”*. Así, concluyen que estimárselos como gerentes responsables de la dirección y administración superior de TVN, conlleva una innovación imprevista de su régimen jurídico de privacidad.

Por su parte, el requirente Televisión Nacional de Chile, además del artículo décimo, letra h), de la Ley sobre Acceso a la Información Pública, ya reproducido, solicita la declaración de inaplicabilidad del artículo 33, letra b), de la Ley de Transparencia, contenida en el artículo primero de la misma Ley Nº 20.285. Este último precepto impugnado señala como funciones y atribuciones del Consejo para la Transparencia:

*“Resolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a esta ley.”*

Sostiene TVN que los dos preceptos legales que cuestiona, en su aplicación al caso concreto, infringen, en primer lugar, la garantía de regulación contenida en el artículo 19, Nº 21º, inciso segundo, de la Constitución, que faculta al Estado para ejercer actividades empresariales siempre que una ley de quórum calificado lo autorice y que estas empresas públicas se someten al derecho común, a menos que la misma ley de quórum calificado establezca excepciones fundadas.

TVN señala que fue creada por la Ley Nº 19.132, que cumplió con el requisito de ser de quórum calificado, y que el artículo 2º de esta ley, en su inciso segundo, dispone que *“podrá realizar todas las actividades propias de una concesionaria de servicios de televisión constituida como persona jurídica de derecho privado, con iguales derechos, obligaciones y limitaciones”*, regla que confirma que TVN –en tanto empresa del Estado– debe tener un estatuto igualitario frente a su competencia y someterse a ese régimen común aplicable a los particulares, para poder competir en condiciones de mercado y tener la necesaria flexibilidad operacional, sin estar el Estado Empresario sujeto a más trabas que las inherentes al derecho común. En este sentido, TVN indica que el artículo 35 de la Ley Nº 19.132 la excluye de las normas legales *“generales o especiales que rigen o rijan en el futuro a las empresas del Estado”*, salvo disposición legal expresa, y el artículo 24 de la mis-

ma ley la sujeta a las mismas normas financieras y tributarias que rigen para las sociedades anónimas abiertas, sin que se le aplique el régimen de administración económica de las Empresas del Estado. En fin, conforme al artículo 29 de la misma ley, ya citado, sus trabajadores se rigen exclusivamente por las normas del Código del Trabajo y son considerados como trabajadores del sector privado.

Luego, sostiene TVN que, al aplicársele las dos normas impugnadas, de modo de dejársela sometida sin más a la competencia jurisdiccional del Consejo, conforme al citado artículo 33, letra b), y extenderle los deberes de información del artículo décimo, letra h), a sus trabajadores, no se satisface la exigencia constitucional contenida en el artículo 19, N<sup>º</sup> 21<sup>º</sup>, de la Carta Fundamental, toda vez que se la está sometiendo a controles y deberes de información que son ajenos al derecho privado, sin que exista una justificación razonable para ello.

Agrega TVN que la Ley N<sup>º</sup> 19.132 estableció a su respecto que es administrada por un Directorio en cuya designación participan el Presidente de la República y el Senado, garantizando una integración pluralista. Esta excepción a la legislación común sí estaría justificada, y la limitación a la privacidad de esos directores –que también deben efectuar declaración de intereses y de patrimonio– se encuentra justificada por el carácter eminentemente político que revisten sus nombramientos, para evitar conflictos de interés y por motivos de transparencia en la función pública y, asimismo, respecto de estos directores y de su director ejecutivo, podría entenderse justificada la aplicación del artículo décimo, letra h), impugnado. Pero, por el contrario, ello no se justifica respecto de los gerentes de área, toda vez que éstos son trabajadores contratados exclusivamente bajo criterios de capacidad e idoneidad profesional, como ocurre en cualquier empresa privada, por lo que a su respecto no es constitucionalmente válido aplicar las normas impugnadas.

En segundo lugar, estima TVN que los dos preceptos legales impugnados vulneran el principio de igualdad ante la ley, contenido en el artículo 19, N<sup>º</sup> 2<sup>º</sup>, de la Constitución Política, al establecer una diferencia arbitraria a su respecto en relación con las demás concesionarias de televisión, al someterse sólo a ella al Consejo para la Transparencia y obligarla a revelar información confidencial y sensible de sus trabajadores, sin extender dicha obligación a sus competidores, alterando además de esta forma su libre competencia en el mercado.

Señala TVN que existen casos en que sí se respeta el principio de igualdad entre competidores, sean estatales o privados, como por ejemplo el sometimiento por ley de todas las concesionarias de radiodifusión televisiva a la supervigilancia del Consejo Nacional de Televisión. Agrega que la obligación de develar las remuneraciones de todos los ejecutivos de TVN no obedece a una finalidad pública que supere el test de idoneidad,

necesariedad y proporcionalidad que permita limitar derechos fundamentales como el derecho a la privacidad de los trabajadores y sin mediar el consentimiento de éstos. Concluye TVN que ello concede una posición de privilegio a las demás estaciones de televisión, con la consiguiente pérdida de competitividad del canal de televisión estatal, y lesiona en definitiva el mercado televisivo, reiterando que se configura un trato desigual respecto de quienes ejercen una misma función.

Tanto los Ejecutivos requirentes como TVN señalan que los artículos décimo, letra h), de la Ley sobre Acceso a la Información Pública y 33, letra b), de la Ley de Transparencia, impugnados, tendrán aplicación decisiva en la resolución del asunto discutido en la gestión pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago, toda vez que, por una parte, el Consejo ha invocado formalmente ambas normas como fundamento o motivo de su decisión y, por la otra, de no existir tal fundamento legal o de no ser aplicable al caso, el Consejo no podría haber ordenado la divulgación de los datos privados de cuatro trabajadores de TVN.

La Primera Sala de esta Magistratura, por resolución de 15 de junio de 2010, admitió a tramitación el requerimiento deducido en los autos Rol Nº 1.732 y ordenó la suspensión de la gestión *sub lite*, y por resolución de 25 de agosto del mismo año, admitió a tramitación el requerimiento interpuesto en la causa Rol Nº 1.800.

La misma Sala, por sendas resoluciones de 8 de julio y 22 de septiembre de 2010, declaró admisibles estas acciones de inaplicabilidad.

Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, ambos requerimientos fueron puestos en conocimiento de los órganos constitucionales interesados, del Consejo para la Transparencia y de las demás partes de la gestión judicial en que inciden, sin que dichos órganos y partes hicieren uso de su derecho a formular observaciones dentro del plazo legal.

Por resolución de 29 de octubre de 2010, encontrándose ambas causas en estado de relación, el Presidente del Tribunal ordenó su acumulación.

Mediante presentaciones de 17 de noviembre, y 10 y 14 de diciembre de 2010, respectivamente, el abogado de los Ejecutivos requirentes, el abogado de TVN y el Director General subrogante del Consejo para la Transparencia han pedido al Tribunal tener por acompañados diversos documentos e informes en derecho, todos los cuales han sido agregados al proceso.

Con fecha 15 de diciembre de 2010, el Consejo para la Transparencia solicitó a esta Magistratura tener presentes las consideraciones que indica al momento de resolver las acciones de inaplicabilidad en comento.

Entre varias otras argumentaciones, el Consejo sostiene que en sus decisiones de los reclamos Nº 12-2009 y 15-2009, en que, conforme a lo ordenado por el artículo décimo, letra h), de la Ley 20.285, requirió a TVN la publicación en su página web de toda remuneración percibida



por los gerentes responsables de la dirección y administración superior de dicha empresa, entendió que aquéllos correspondían a los “*directivos capaces de determinar los objetivos, planificar, dirigir o controlar la conducción superior de los negocios o la política estratégica de la entidad*”, sin atender a la calidad, forma o modalidad laboral o contractual bajo la cual el directivo esté relacionado con la entidad, ni el título o denominación de su cargo o trabajo. En este mismo sentido, el Consejo indica que el establecimiento, en el artículo 29 de la Ley N<sup>º</sup> 19.732, de que los trabajadores de TVN se registrarán por el Código del Trabajo, tuvo por objeto facilitar la gestión de esta empresa pública, sin que por ello se alteren las reglas de derecho público que rigen a los órganos de la Administración del Estado.

Agrega el Consejo que la restricción del derecho a la vida privada de quienes ejercen dichos cargos no supone la inconstitucionalidad del precepto legal impugnado, pues se limita dicho derecho por el ejercicio de otro derecho fundamental, como es el de acceso a la información pública, y sostiene que la norma cuestionada no se restringe –como pretende TVN– a las personas cuyo nombramiento tiene carácter eminentemente político, como son quienes integran el Directorio de TVN, sino que se extiende a los gerentes en plural, con el objeto de materializar la publicidad y transparencia en el uso de los recursos públicos, y la observancia del principio de probidad.

Además, aduce el Consejo que el artículo 19, N<sup>º</sup> 21<sup>º</sup>, de la Carta Fundamental –que se estima conculcado por TVN– establece derechos a favor de los particulares y no de las empresas del Estado, y que pretender que dicho precepto constitucional garantice a los entes empresariales públicos un estatuto regulatorio idéntico al de los agentes privados con que compiten, llevaría a resultados absurdos como considerar inconstitucionales todas las normas de derecho público que se aplican a las empresas de este carácter.

El Consejo señala que no se infringe la igualdad ante la ley, toda vez que el estatuto diferenciado aplicable a TVN, por las obligaciones que le impone la Ley N<sup>º</sup> 20.285, no es arbitrario, sino que se justifica por razones de interés público, transparencia y probidad, a la luz, precisamente, del artículo 8<sup>º</sup> de la Constitución.

Por último y sin perjuicio de otras consideraciones, aduce que el cuestionamiento acerca de si TVN está sujeta o no al Consejo, conforme al artículo 33, letra b), impugnado, es una cuestión de interpretación legal, que no procede que sea decidida por la vía de un requerimiento de inaplicabilidad.

En audiencia de 16 de diciembre de 2010, se procedió a la vista de la causa, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados Felipe Navarrete Peña, por los requirentes Jorge Cabezas Villalobos y otros; Francisco

González Hoch, por el requirente Televisión Nacional de Chile, y Enrique Rajevic Mosler, por el Consejo para la Transparencia.

En sesión de Pleno de 8 de marzo de 2011, se adoptó acuerdo en la presente causa.

**Y CONSIDERANDO:**

I

**MATERIAS QUE NO CORRESPONDE  
RESOLVER EN ESTA ACCIÓN**

**PRIMERO.** Que, antes de resolver el fondo de lo planteado por los requirentes, es preciso señalar que no corresponde a esta Magistratura emitir pronunciamiento sobre cuestiones de mérito propias del legislador. Así se ha manifestado en reiteradas ocasiones por este Tribunal. En la sentencia Rol N° 1.295, se sostiene que *“a esta Magistratura no le corresponde sustituir el juicio propio del legislador ni juzgar la sabiduría o mérito de los instrumentos que emplea, incluso si ellos conllevan diferencias, a condición de que estos instrumentos diferenciadores se presenten como razonablemente idóneos y proporcionales a los fines perseguidos (STC Rol N° 797).”* También se ha señalado que un determinado precepto *“obedece a una decisión de política legislativa específica, en el marco ya reseñado, que establece una diferencia que, por tener fundamento racional, no puede ser calificada de arbitraria” (STC Rol N° 811);*

**SEGUNDO.** Que además, se ha sentenciado que *“el Tribunal no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas. Sólo debe resolver si se ajustan o no a las normas, valores y principios constitucionales. De una parte, debe velar por que la ley o el decreto no vulneren los límites constitucionales y, de otra, no puede inmiscuirse en la esencia del ejercicio de las funciones públicas que le corresponden al Congreso Nacional, al Presidente de la República o a los Tribunales de Justicia. En el ejercicio de esta facultad, el legislador se encuentra sujeto al marco que fija la propia Carta Fundamental y el Tribunal Constitucional es el principal órgano encargado de velar por que la ley efectivamente no vulnere los límites constitucionales. El principio que se ha descrito constituye un criterio interpretativo adoptado explícitamente por los más importantes Tribunales Constitucionales del mundo” (STC Rol N° 896 c. trigesimoprimer);*

**TERCERO.** Que tampoco es asunto de su competencia resolver cuestiones de mera legalidad, tarea que corresponde a los respectivos jueces de fondo, quienes son los llamados a encontrar la solución de eventuales conflictos entre leyes y determinar qué precepto debe ser aplicado para poner término al litigio sometido a su consideración (entre otros, STC roles N° 1.513, N° 1.463 y, recientemente, roles N° 1.679 y N° 1.741);

## II CONFLICTOS CONSTITUCIONALES SOMETIDOS A LA DECISIÓN DE ESTA MAGISTRATURA

**CUARTO.** Que la presente sentencia tiene por objeto resolver las controversias planteadas en las causas acumuladas roles N<sup>OS</sup> 1.732 y 1.800. Ambos requerimientos –como se señala en la parte expositiva de este fallo– cuestionan la aplicación del artículo décimo, letra h), de la Ley N<sup>º</sup> 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en cuanto exigencia a una empresa pública como Televisión Nacional de Chile (TVN). La requirente de la causa Rol N<sup>º</sup> 1.800, además, impugna la aplicación del artículo 33, letra b), de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, contenida en el artículo primero de la misma Ley N<sup>º</sup> 20.285, siempre en relación con TVN.

Tales preceptos disponen lo siguiente:

*“Artículo décimo. El principio de la transparencia de la función pública consagrado en el inciso segundo del artículo 8º de la Constitución Política y en los artículos 3º y 4º de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado es aplicable a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y a las sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, tales como Televisión Nacional de Chile, la Empresa Nacional de Minería, la Empresa de Ferrocarriles del Estado, la Corporación Nacional del Cobre de Chile o Banco Estado, aun cuando la ley respectiva disponga que es necesario mencionarlas expresamente para quedar sujetas a las regulaciones de otras leyes.*

*En virtud de dicho principio, las empresas mencionadas en el inciso anterior deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, los siguientes antecedentes debidamente actualizados:*

*(...) h) Toda remuneración percibida en el año por cada Director, Presidente Ejecutivo o Vicepresidente Ejecutivo y Gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa, incluso aquellas que provengan de funciones o empleos distintos del ejercicio de su cargo que le hayan sido conferidos por la empresa, o por concepto de gastos de representación, viáticos, regalías y, en general, todo otro estipendio. Asimismo, deberá incluirse, de forma global y consolidada, la remuneración total percibida por el personal de la empresa.”*

*“Artículo 33. El Consejo tendrá las siguientes funciones y atribuciones:*

*(...) b) Resolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a esta ley.”;*

**QUINTO.** Que los requirentes en la causa Rol N<sup>º</sup> 1.732 sostienen que la aplicación de las normas sobre transparencia activa a los altos ejecutivos de Televisión Nacional de Chile (TVN) infringiría el derecho a la privacidad previsto en el artículo 19, N<sup>º</sup> 4º, de la Constitución, pues implicaría la revelación de información confidencial relativa a las remuneraciones de su plana directiva;

**SEXTO.** Que, por su parte, la requirente en la causa Rol N° 1.800, acumulada, alega que la aplicación de los preceptos que reprocha a los gerentes de área de TVN sería inconstitucional, pues no se cumpliría en tal caso la finalidad prevista por el legislador al establecer el deber de transparencia activa tratándose de TVN y, consecuentemente, se infringiría el artículo 19, N° 2° y N° 21°, de la Constitución, en relación con el estatuto legal de las demás concesionarias de televisión abierta;

**SÉPTIMO.** Que el Consejo para la Transparencia, por su parte, además de alegar la improcedencia de la acción por considerar que lo discutido es un asunto de mera legalidad, sostiene que la aplicación de los preceptos cuestionados no vulnera el derecho a la vida privada, pues el ejercicio de dicho derecho se encontraría limitado por el ejercicio de otro derecho fundamental, cual sería el derecho de acceso a la información pública. Tampoco se infringiría el artículo 19, N° 21°, de la Constitución, toda vez que dicha norma establece derechos a favor de los particulares y no de las empresas públicas. Tampoco se vulneraría el artículo 19, N° 2°, de la Constitución en la medida en que el estatuto diferenciado a que se somete a TVN respecto de otras concesionarias de televisión abierta, se justificaría por razones de interés público, transparencia y probidad;

### III

#### REFERENCIA GENERAL AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PUBLICIDAD. EL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA Y SU ESTATUTO LEGAL. IMPUGNACIÓN DEL ARTÍCULO 33, LETRA B).

**OCTAVO.** Que, como se sabe, el artículo 8° de la Constitución Política de la República señala, en su inciso segundo, que *“son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”*. Ello obliga, sin distinción, a todos los órganos del Estado;

**NOVENO.** Que, tal como se dejó constancia en la historia fidedigna de la reforma constitucional respectiva, la publicidad y la transparencia no son términos idénticos. En efecto, el profesor Rolando Pantoja ha señalado que *“en general la publicidad se entiende como el hecho de notificar o publicar un acto, pero el sentido que le asigna la Ley sobre Probidad Administrativa fue más bien el de dar a conocer y tener siempre a disposición de los ciudadanos los actos de la Administración. La publicidad, entonces, está estrictamente ligada a los actos de la Administración, en tanto que la transparencia está vinculada a los procedimientos, contenidos y fundamentos de estos actos”*. Por su lado, el pro-

fesor Humberto Nogueira indica que el principio de transparencia “dice relación con el conocimiento de algo, que no es lo mismo que la publicidad. Desde este punto de vista, la publicidad se vincula más bien con la obligación del órgano que desarrolla la función de entregar al público los temas que son de relevancia pública. En cambio, la transparencia implica que la ciudadanía tiene derecho a reclamar esa información para que la actuación del órgano sea efectivamente legitimada desde el punto de vista de lo que es una sociedad democrática”. (En Pfeffer U., Emilio, Reformas Constitucionales 2005, Ed. Jurídica de Chile, 2005, pp. 29 y 30). En el mismo sentido, el Senador Larraín hizo presente que la publicidad “consiste en dar a conocer los contenidos y fundamentos de las decisiones que se adoptan”, mientras que la transparencia “significa que las personas puedan acceder a la información”. (En: SENADO DE LA REPÚBLICA, Reformas Constitucionales 2005, historia y tramitación, 2006, p. 49);

**DÉCIMO.** Que de este modo, como ha señalado un autor, la publicidad “se configura más bien como una obligación de los órganos del Estado, ligada al imperativo de dar a conocer sus actos decisorios”, mientras que la transparencia “se vincula a los procedimientos, contenidos y fundamentos de estos actos, tema que se asocia al derecho de las personas a ser informadas”. (Hernández E., Domingo, “Notas sobre algunos aspectos de la reforma a las bases de la institucionalidad, en la reforma constitucional de 2005: regionalización, probidad y publicidad de actos”, en “La Constitución Reformada de 2005”, Ed. Humberto Nogueira A., 2005, p. 33);

**DECIMOPRIMERO.** Que, por otro lado, la Constitución Política también asegura el derecho de acceso a la información pública como una manifestación de la libertad de información contenida en el artículo 19, N<sup>º</sup> 12<sup>º</sup>, de la propia Carta. En efecto, tal como lo señalara este Tribunal Constitucional, la “historia y la doctrina constitucional en general permiten afirmar que estas libertades –se refiere a las de opinión e información– comprenden también el derecho a recibir informaciones” (STC Rol N<sup>º</sup> 226, c. vigésimo);

**DECIMOSEGUNDO.** Que este mismo Tribunal ha concluido que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental –aunque no en forma explícita– “como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades, unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía”. Al mismo tiempo, la publicidad de los actos de tales órganos, que se materializa, entre otros mecanismos, por el derecho de acceso a la información pública, “constituye un soporte básico para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas que, eventualmente, puedan resultar lesionados como consecuencia de una actuación o de una omisión proveniente de los mismos.”(STC Rol N<sup>º</sup> 634, c. noveno);

**DECIMOTERCERO.** Que a fines de los años noventa se modificó la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, incorporando

expresamente en su articulado el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública, *“de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella”* (artículo 13 de la Ley N° 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, modificado por la Ley N° 19.653). De esta forma, como ha señalado este Tribunal Constitucional, *“el derecho de acceso a la información pública surgió primeramente a nivel legal para ser posteriormente recogido, en los términos que se han reseñado, por la reforma constitucional de agosto de 2005, en el artículo 8°, inciso segundo, de la Carta Fundamental.”* (STC Rol N° 634, c. decimoprimer);

**DECIMOCUARTO.** Que, por otro lado, es posible sostener que la publicidad de las actuaciones de los gobernantes se encuentra íntimamente vinculada con el régimen republicano y democrático que establece el artículo 4° de nuestro Código Político. Así por lo demás se dejó constancia en la discusión de la reforma constitucional de 2005 (Pfeffer U., Emilio, Reformas Constitucionales 2005, Ed. Jurídica de Chile, 2005, p. 29). Por lo mismo, como lo recuerda Bobbio, uno de los principios fundamentales del Estado Constitucional Democrático es que *“la publicidad es la regla; el secreto, la excepción”*. (Bobbio, Norberto, El futuro de la democracia, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 1989, p. 67). Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que *“el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas”* (Corte I.D.H., *Caso Claude Reyes y otros*, de 19 de septiembre de 2006, párr. 86). En este mismo sentido, la Carta Democrática Interamericana, en su artículo 6°, afirma que *“[l]a participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo [...es] una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia”*. Esto último, en concordancia por lo demás con lo que establece el inciso final del artículo 1° de la Constitución Política de la República, en cuanto impone al Estado el deber de asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Adicionalmente, debe tenerse presente que la Carta Fundamental asegura, en su artículo 19, N° 14°, el derecho de petición, conforme al cual se pueden presentar peticiones a la autoridad sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes;

**DECIMOQUINTO.** Que la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado tiene excepciones que contempla la Constitución en el propio inciso segundo de su artículo 8°, las que dicen relación con los valores y derechos que la publicidad pudiere afectar: a) el debido

cumplimiento de las funciones de dichos órganos; b) los derechos de las personas; c) la seguridad de la Nación o d) el interés nacional. Obviamente, según lo ha sentenciado esta Magistratura, la interpretación de dichas excepciones debe efectuarse restrictivamente. En tal sentido, el Senador Larraín señaló durante la tramitación de la reforma constitucional que las excepciones “*deben interpretarse en sentido estricto, como toda excepción en el ámbito legal*”. (En SENADO DE LA REPÚBLICA, Reformas Constitucionales 2005, historia y tramitación, 2006, p. 55);

**DECIMOSEXTO.** Que, como se ha señalado, este principio también se encuentra reconocido a nivel legal. Así, el inciso segundo del artículo 3<sup>º</sup> de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido se encuentra contenido en el Decreto con Fuerza de Ley N<sup>º</sup> 1/19.653, establece que la Administración del Estado debe observar, entre otros, los principios de “*transparencia y publicidad*”. A su turno, el inciso segundo del artículo 13 del mismo cuerpo legal indica que “*la función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella*”;

**DECIMOSÉPTIMO.** Que, por su lado, la Ley de Acceso a la Información Pública (N<sup>º</sup> 20.285) preceptúa que “*la función pública se ejerce con transparencia, de modo que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y decisiones que se adopten en ejercicio de ella*” (artículo 3<sup>º</sup>). A su turno, el inciso segundo de su artículo 4<sup>º</sup> establece que “*el principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley*”. Por último, el artículo 5<sup>º</sup> de dicha ley indica que “*en virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado. Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas*”. Dichas disposiciones fueron declaradas por esta Magistratura como orgánicas y ajustadas a la Constitución Política (STC Rol N<sup>º</sup> 1.051);

**DECIMOCTAVO.** Que la Ley de Acceso a la Información Pública establece dos mecanismos de transparencia. Uno, denominado transparencia activa, consiste en la obligación de los órganos públicos de difundir o poner a disposición del público determinada información. Y, en segundo lugar, se contempla la llamada transparencia pasiva, traducida en la obli-

gación de entregar determinada información a los ciudadanos cuando éstos la soliciten;

**DECIMONOVENO.** Que en principio el legislador es libre de crear los órganos que estime necesarios para el cumplimiento de la Constitución Política de la República mientras éstos ciertamente no modifiquen el diseño que ella contiene. El Consejo para la Transparencia, constituido como corporación autónoma de derecho público, no modifica el diseño orgánico constitucional. Por lo mismo, esta Magistratura hizo presente que las atribuciones de dicho órgano administrativo “*deja(n) a salvo el control amplio de legalidad que (se) confiere*” a la Contraloría General de la República. De igual forma, se resguardaron las potestades del Congreso Nacional, del Poder Judicial y de los demás órganos constitucionales autónomos, tales como el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y el Banco Central. De este modo, el legislador creó el Consejo para la Transparencia con el fin de hacer efectivo el principio de publicidad previsto en el artículo 8° de la Constitución Política de la República y es en esa línea que se le dotó de facultades para conocer reclamos respecto de actos emanados de entidades que forman parte básicamente de la Administración del Estado. Esta Magistratura, en los aludidos autos Rol Nº 1051, de 2008, declaró que tenían el carácter de orgánicas las disposiciones contenidas en los artículos 31 a 33 de la Ley de Transparencia y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, los que dicen relación con el estatuto jurídico y las atribuciones del Consejo para la Transparencia. Entre dichas disposiciones cabe mencionar el cuestionado artículo 33, literal b), según el cual al referido Consejo le corresponde “*resolver; fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a esta ley*”;

**VIGÉSIMO.** Que la alegación en el sentido de que el aludido artículo 33, letra b), no sería aplicable a las empresas públicas, como TVN, por de pronto es un asunto de mera legalidad que debe ser resuelto por los jueces del fondo, como lo ha señalado en otras oportunidades esta Magistratura (STC roles N°s 1.214 y 1.220, ambos de 2008). En tal sentido, los mismos requirentes plantean en el reclamo contra las resoluciones del Consejo para la Transparencia que se encuentra pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago, que el referido precepto no sería aplicable a las empresas públicas, lo que dicho tribunal deberá en definitiva determinar. Cabe en todo caso tener presente que los requirentes, al formular un reparo de constitucionalidad en relación al mencionado artículo 33, letra b), no fundamentan su alegación ni señalan el modo en que se produciría la infracción constitucional respecto del artículo 19, N°s 2° y 21°, de la Carta Fundamental, todo lo cual obliga a desechar dicha impugnación;



**VIGESIMOPRIMERO.** Que, por último, cabe tener presente que la aplicación de las normas sobre transparencia y publicidad a las empresas públicas se hizo de modo restringido, haciéndoles aplicable únicamente la obligación de transparencia activa, sólo respecto de determinados contenidos y exclusivamente en relación a funcionarios o empleados que tuvieran a su cargo la dirección de la empresa al más alto nivel de responsabilidad. Estas exigencias la ley las aplica *“a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y a las sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, tales como Televisión Nacional de Chile, la Empresa Nacional de Minería, la Empresa de Ferrocarriles del Estado, la Corporación Nacional del Cobre de Chile o Banco Estado, aun cuando la ley respectiva disponga que es necesario mencionarlas expresamente para quedar sujetas a las regulaciones de otras leyes... La información anterior deberá incorporarse a sus sitios electrónicos en forma completa, y de un modo que permita su fácil identificación y un acceso expedito”* (artículo 25);

#### IV

### LA PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

**VIGESIMOSEGUNDO.** Que el artículo 19, N<sup>º</sup> 4<sup>º</sup>, de la Constitución, además del derecho al honor y a la honra, asegura a todas las personas el respeto y la protección de la vida privada, el cual debe quedar al amparo de la injerencia de terceras personas. La Constitución procura facilitar así el pleno ejercicio de la libertad personal sin interferencias ni intromisiones o presiones indebidas. Así lo establece claramente, por su parte, el artículo 11, N<sup>º</sup> 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos: *“Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada... Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”*;

**VIGESIMOTERCERO.** Que así lo ha reconocido esta Magistratura en varias sentencias. Entre ellas, en el Rol N<sup>º</sup> 389, al señalar que *“la privacidad, en los variados rubros descritos, integra los derechos personalísimos o del patrimonio moral de cada individuo, los cuales emanan de la dignidad personal, como se ha dicho, y son, por su cualidad de íntimos de cada sujeto, los más cercanos o próximos a esta característica, única y distintiva, del ser humano. Por tal razón, ellos merecen reconocimiento y protección excepcionalmente categóricos tanto por la ley como por los actos de autoridad y las conductas de particulares o las estipulaciones celebradas entre éstos”*; concluyendo que *“el respeto y protección de la dignidad y de los derechos a la privacidad de la vida y de las comunicaciones, son base esencial del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto, así como de su manifestación en la comunidad a través de los grupos intermedios autónomos con que se estructura la sociedad”* (cc. vigésimo y vigesimoprimero). Asimismo,

ha enfatizado que “*la privacidad, en sus variados rubros, por integrar los derechos personalísimos o del patrimonio moral de cada individuo, merece reconocimiento y protección excepcionalmente categóricos tanto por la ley como también por los actos de autoridad y las conductas de particulares o las estipulaciones celebrados entre éstos*” (STC Rol N° 521 c. vigésimo);

**VIGESIMOCUARTO.** Que, en todo caso, como también lo ha señalado esta Magistratura, “*el derecho al respeto a la vida privada y a la protección de las comunicaciones de la misma naturaleza no tiene, como es evidente, carácter absoluto, encontrándose el legislador habilitado para regular su ejercicio, sujetándose, eso sí, a lo que dispone la propia Carta Fundamental, que le impide, al hacer uso de sus atribuciones, afectar el derecho en su esencia, imponerle condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio o privarlo de la tutela jurídica que le es debida*” (Rol N° 433, c. vigesimooctavo). Del mismo modo, se ha sostenido que “*se permiten limitaciones al derecho a la privacidad en vista de la necesidad de proteger un bien jurídico superior*”; de modo tal que “*en vista de una finalidad fundada y razonable, el ordenamiento jurídico chileno contempla la posibilidad de que el derecho a la privacidad esté afecto a limitaciones legales*” (STC Rol N° 1.683, cc. cuadragésimo y cuadragesimoprimeros);

**VIGESIMOQUINTO.** Que la protección de la vida privada de las personas guarda una estrecha relación con la protección de los datos personales, configurando lo que la doctrina llama derecho a la autodeterminación informativa. Consecuente con lo anterior, la Ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada, define los datos personales como aquellos “*relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables*” (artículo 2°, letra f), y prescribe que esos datos sólo pueden ser almacenados o difundidos previa autorización del titular de los mismos o por mandato de la ley, la que obviamente, para ajustarse a la Constitución, tiene que tener un fin legítimo de interés público. Ello se traduce en el control de las personas sobre sus datos y comprende el derecho a saber sobre la existencia de ficheros o archivos de registro de información de carácter personal, públicos o privados, cuáles son sus finalidades y quiénes son los responsables de los mismos, de manera que las personas concernidas puedan conocer los datos propios contenidos en dichos archivos o ficheros, teniendo el derecho a actualizarlos o a solicitar mediante el recurso de habeas data su rectificación o cancelación (Nogueira A., Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo I, Editorial Librotecnia, Santiago, 2007, p. 460);

**VIGESIMOSEXTO.** Que la protección de la vida privada no es un derecho absoluto. Como se ha señalado en otras oportunidades, “*los derechos fundamentales pueden estar afectos a límites inmanentes o intrínsecos, dados por su propia naturaleza (como el derecho a la libertad personal que no puede invocarse por las personas jurídicas) o a límites extrínsecos, que se imponen por el Constituyente o el legislador, en atención a la necesidad de preservar ciertos*

*valores vinculados a intereses generales de la colectividad (la moral, la seguridad nacional, el orden público, la salubridad pública) o a la necesidad de proteger otros derechos que representan asimismo valores socialmente deseables (por ejemplo, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación).*” (STC Rol N<sup>º</sup> 1.365 c. vigesimoprimerero);

**VIGESIMOSEPTIMO.** Que se encuentran fuera del ámbito protegido de la vida privada aquellos datos o aspectos que acarrearán repercusiones para la ordenación de la vida social y pueden afectar derechos de terceros e intereses legítimos de la comunidad. Por eso la Ley de Protección de Datos Personales prescribe que éstos pueden ser recolectados, almacenados y difundidos por terceros cuando una ley lo autorice, lo que ocurre en diversos y múltiples ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico, o previa aquiescencia de su titular. La sociedad actual no podría funcionar sin el tratamiento legal de los datos personales, que se ve facilitado por la aplicación de la informática;

**VIGESIMOCTAVO.** Que el legislador, cuando ha señalado ámbitos esenciales de la esfera privada que se encuentran especialmente protegidos, ha definido la información relativa a los mismos como datos sensibles, que, conforme a la Ley de Protección de la Vida Privada, son *“aquellos datos personales que se refieren a características físicas o morales de las personas o a los hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y las opiniones políticas, las creencias y las convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual”*(artículo 2<sup>º</sup>, letra g), Ley N<sup>º</sup> 19.628). Así, aquellas informaciones – según la ley – forman parte del núcleo esencial de la intimidad y su resguardo debe ser mayor. Una intromisión en ese ámbito, si no está bien regulada por la ley, puede lesionar la libertad del individuo en cualquiera de sus ámbitos: libertad de pensamiento, de expresión, ambulatoria, de asociación, etc. Pero incluso en esa esfera particularmente delicada, la ley puede autorizar un conocimiento parcial o completo de ciertos datos, como ocurre por ejemplo cuando está en juego la salud pública o en procesos de investigación o juzgamiento de delitos, en el marco de un justo y racional procedimiento;

**VIGESIMONOVENO.** Que conviene recordar que la Constitución igualmente asegura el derecho de acceso a la información pública, en base al artículo 19, N<sup>º</sup> 12<sup>º</sup>, y en el artículo 8<sup>º</sup>. En efecto, el artículo 19, N<sup>º</sup> 12<sup>º</sup>, garantiza la libertad de opinión e información y, como lógica consecuencia, el derecho de acceso a la información pública, lo que, como se ha señalado anteriormente, ha sido reconocido por esta Magistratura en sentencia Rol N<sup>º</sup> 634, del año 2007, al señalar que: *“(…) el derecho a acceder a las informaciones que obran en poder de los órganos del Estado forma parte de la libertad de expresión que, entre nosotros, se encuentra consagrada en el artículo 19 N<sup>º</sup> 12<sup>º</sup> de la Carta Fundamental...*” (c. noveno). Además debe tenerse

presente que la libertad de informar incluye el derecho a recibir informaciones (STC Rol N° 226, c. vigésimo, y Rol N° 634, c. noveno);

**TRIGÉSIMO.** Que para una adecuada comprensión y resolución de la presente impugnación debe considerarse que el reproche de constitucionalidad de los requerientes apunta a la norma que prescribe la publicidad de sus remuneraciones, la que afectaría –a su juicio– su derecho a la privacidad;

**TRIGESIMOPRIMERO.** Que el artículo 21 de la Ley N° 20.285 enumera diversas circunstancias en que se podría configurar la excepción a la publicidad de los actos públicos por afectar los derechos de las personas, al tenor de lo establecido por el artículo 8° de la Constitución, y al hacerlo distingue entre algunos que son propios de la intimidad (datos de salud y seguridad personal) y otros que pertenecen a la vida privada propiamente tal y, por último, en forma separada, se refiere a los datos de carácter comercial o económico. Consecuente con lo anterior, esa ley prescribió la publicidad de las remuneraciones de los funcionarios públicos y de la plana directiva de las empresas públicas como una exigencia de la transparencia activa. Las remuneraciones, si bien constituyen en principio un dato personal, no caben dentro de la categoría de información sensible especialmente protegida, aun cuando forman parte de la vida privada amparada por el artículo 19, N° 4°, de la Constitución;

**TRIGESIMOSEGUNDO.** Que, por otra parte, fuera de los casos expresamente regulados por la ley, el legislador estableció que es el Consejo para la Transparencia el órgano encargado de arbitrar cualquier conflicto que pudiera producirse entre las normas sobre acceso a la información pública y la protección de la privacidad (artículo 33, letra m), del artículo primero de la Ley N° 20.285), consagrando un recurso ante la Corte de Apelaciones respecto de sus resoluciones, como ha ocurrido en el caso de autos. Dicho Consejo tiene también el deber general de velar por el adecuado cumplimiento de la protección de los datos personales por parte del sector público y, además, debe en cada caso decidir si una petición de información pública puede ser denegada por lesionar los derechos de las personas. Además, existen varias disposiciones de la Ley de Acceso a la Información Pública que se relacionan expresamente con la Ley de Protección de la Vida Privada, como son las contenidas en los artículos 20, 21, N° 2, y 33, letra m). La primera dispone que cuando la solicitud de información pueda afectar los derechos de terceros, el jefe superior del servicio requerido tiene el deber de comunicar a esos terceros la facultad que les asiste para oponerse a su entrega; la segunda contempla entre las causales de secreto o reserva de la información solicitada el que su conocimiento pueda afectar los derechos de las personas, particularmente “*tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico*”, y, por último, la norma que incluye entre

las atribuciones del Consejo para la Transparencia “*velar por el adecuado cumplimiento de la ley N<sup>º</sup> 19.628, de protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado*”. Todas ellas se refieren a la transparencia pasiva, es decir, cuando se solicita una información por parte de algún interesado, y no a la transparencia activa, como ocurre respecto de las remuneraciones de las personas que ocupan los cargos indicados en el artículo décimo, letra h), de la Ley de Acceso a la Información Pública, que es precisamente la situación planteada en el proceso *sub lite*;

**TRIGESIMOTERCERO.** Que, de otra parte, la publicidad de las remuneraciones del Director, Presidente Ejecutivo o Vicepresidente Ejecutivo y Gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa TVN, incluso aquellas que provengan de funciones o empleos distintos del ejercicio de su cargo que les hayan sido conferidos por la empresa, o por concepto de gastos de representación, viáticos, regalías y, en general, todo otro estipendio, responde al principio de transparencia de la función pública y está establecida por el legislador en procura de resguardar la probidad y el correcto funcionamiento de una empresa que tiene una importante misión social establecida por ley;

**TRIGESIMOCUARTO.** Que, en el caso de autos, la aplicación del artículo décimo de la Ley N<sup>º</sup> 20.285 permite dar publicidad al destino de los recursos que las empresas públicas dedican para remunerar a su plana directiva. El conocimiento de tales remuneraciones y el de las que corresponden a los funcionarios del Estado presenta un innegable interés público. En el caso *sub lite* la publicidad de las remuneraciones de los requirentes se exige en razón del alto cargo que desempeñan en TVN y de la naturaleza de la empresa que dirigen, no en tanto sujetos particulares corrientes;

**TRIGESIMOQUINTO.** Que en nada influye para llegar a la conclusión señalada el que los requirentes hayan firmado un contrato de trabajo con TVN regido por la legislación laboral común. La ley no atiende a la naturaleza del contrato para exigir la publicidad de las remuneraciones, sino al carácter público de la empresa. También a los funcionarios de la Administración Pública les está exigida igual publicidad, cualquiera que sea la legislación que rija la relación contractual que tengan con el Estado. Por otra parte, el Código del Trabajo, en su artículo 154 bis, considera necesario declarar la reserva de la información sobre datos privados de los trabajadores, sin referirse expresamente a la remuneración, pero aun cuando se considerare que la remuneración es uno de tales datos, ello no puede ser una herramienta para el incumplimiento de la legislación laboral, como la referida al salario mínimo, por ejemplo, lo que guarda relación con los actuales incisos quinto, sexto y final del artículo 9<sup>º</sup> del Código del Trabajo;

**TRIGESIMOSEXTO.** Que, en consecuencia, no puede estimarse que la aplicación del artículo décimo, letra h), de la Ley N° 20.285 pueda contravenir el artículo 19, N° 4°, de la Constitución;

V

NATURALEZA JURIDICA DE TVN COMO EMPRESA PÚBLICA

**TRIGESIMOSÉPTIMO.** Que el artículo 19, N° 21°, inciso segundo, de la Constitución establece que: *“El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”*;

**TRIGESIMOCTAVO.** Que, sobre este punto, el Tribunal Constitucional ha señalado que, de acuerdo a esta norma, *“solamente en forma muy excepcional puede el Estado desarrollar actividades empresariales, siendo la norma general que ellas queden entregadas a la acción de los particulares. De allí que para poner en movimiento esa excepción sea necesaria una ley de quórum calificado, pero no para el regreso a la norma general, lo cual se logra mediante la privatización de la empresa estatal”* (STC Rol N° 134, c. quinto). Más recientemente se ha sentenciado por esta Magistratura que *“dentro de la filosofía económica que se expresa en la norma constitucional contenida en el inciso 2° del artículo 19, N° 21°, excepcionalmente puede el Estado desarrollar actividades empresariales, autorizado por ley de quórum calificado, siendo en todo caso la regla general que ellas queden entregadas a la acción de los particulares.”* (STC Rol N° 467);

**TRIGESIMONOVENO.** Que, autorizado el Estado a realizar actividades empresariales, debe sujetarse a la legislación común aplicable a los particulares, organizándose ya sea como empresa pública o, en su caso, como sociedad estatal, tal como lo ha destacado la doctrina (Iván Aróstica M., *Empresas Públicas y Sociedades del Estado*, Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae 3, 1999, pp. 29 y ss.);

**CUADRAGÉSIMO.** Que, en efecto, la forma en que el Estado empresario puede participar en actividades económicas es diversa. De acuerdo a lo dispuesto en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, puede ser a través de *“empresas públicas creadas por ley”*, que forman parte de la Administración del Estado (artículo 1°), como igualmente *“puede participar y tener representación en entidades que no formen parte de su administración sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que debe ser de quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales”* (artículo 6°);

**CUADRAGESIMOPRIMERO.** Que, como ha señalado la doctrina, cabe diferenciar las empresas públicas creadas por ley de las sociedades estatales. Las primeras son *“organismos administrativos personificados inte-*

grantes de la Administración del Estado, que tienen una organización gerencial (...), que desempeñan una actividad empresarial del Estado (...), de tipo económico y cuya actividad es la prestación de servicios, para satisfacer necesidades públicas”. Se trata, entonces, de “*personas jurídicas estatales administrativas de derecho público, cuya organización es de derecho público y cuya actividad está regida por el derecho privado, puesto que es de carácter comercial o industrial*” (Eduardo Soto Kloss, *Derecho Administrativo, Temas Fundamentales*, 2009, p. 200). Las sociedades del Estado, a su vez, son “*órganos del Estado con actividad empresarial, regidos por el derecho privado en su funcionamiento y creadas por escritura pública, en virtud de una expresa disposición legal que obliga a hacerlo, determinando: quiénes son sus socios (Corfo y Fisco), su capital social, porcentajes de participación de dichos socios, su objeto social, etc.*” (Eduardo Soto Kloss, *ob. cit.*, p. 204);

**CUADRAGESIMOSEGUNDO.** Que, tratándose de Televisión Nacional de Chile, ésta es una persona jurídica de derecho público, constituida bajo la forma de “*una empresa autónoma del Estado*”, dotada de patrimonio propio (artículo 1<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 19.132). Su objeto es “*establecer, operar y explotar servicios de televisión*”, pudiendo en general “*realizar todas las actividades propias de una concesionaria de servicios de televisión constituida como persona jurídica de derecho privado, con iguales derechos, obligaciones y limitaciones*” (artículo 2<sup>º</sup>). En cuanto a sus actividades financieras, “*estará sujeta a las mismas normas financieras y tributarias que rigen para las sociedades anónimas abiertas*” (artículo 24). En cuanto al régimen de fiscalización, la empresa “*quedará sujeta a la tuición y fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros en los mismos términos que las sociedades anónimas abiertas*” (artículo 33). A su vez, “*sólo estará afecta al control de la Contraloría General de la República en los mismos casos, oportunidades, materias y forma en que lo estaría una sociedad anónima abierta privada*” (artículo 34). Por último, debe tenerse presente que Televisión Nacional de Chile “*se regirá exclusivamente por las normas de esta ley y, en lo no contemplado por ella, por las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas*”, de modo que “*no le serán aplicables, para efecto legal alguno, las disposiciones generales o especiales que rigen o rijan en el futuro a las empresas del Estado, a menos que la nueva legislación expresamente se extienda a la empresa*” (artículo 35). Estas dos últimas disposiciones fueron declaradas como orgánicas y constitucionales por esta Magistratura (STC Rol N<sup>º</sup> 144);

**CUADRAGESIMOTERCERO.** Que de lo dicho se desprende que, por mandato constitucional, el Estado puede realizar actividades empresariales si es autorizado para ello por una ley de quórum calificado, sometiéndose en tal caso a la legislación común aplicable a los particulares, salvo las excepciones que establezca la ley. Televisión Nacional de Chile es una empresa pública creada por ley, que forma parte de la Administración del Estado, constituida con el propósito de establecer, operar y

explotar servicios de televisión, en concordancia por lo demás con lo señalado en el artículo 19, N° 12°, de la Carta Fundamental, que faculta expresamente al Estado para dicho propósito. En cuanto a su régimen jurídico, éste se encuentra establecido en la Ley N° 19.132, no siéndole aplicables otras disposiciones que rijan a las empresas del Estado, a menos que la legislación futura así lo señale expresamente;

## VI

### LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y LAS DIFERENCIAS RAZONABLES

**CUADRAGESIMOCUARTO.** Que los requirentes aducen que la aplicación de las normas impugnadas resultaría discriminatoria para Televisión Nacional de Chile –en tanto empresa pública–, por cuanto le imponen una exigencia que no tienen las demás empresas con las cuales compite en el campo de la televisión, afectándose así el artículo 19, N° 2°, de la Constitución. No sería la situación de los directivos cuyas remuneraciones se hacen públicas la que se vería menoscabada, sino la situación de la empresa, en cuanto tal, al generarse *“un trato diferenciado respecto de TVN, que deja de estar así en idéntica situación de hecho respecto de las concesionarias de televisión”*. En otras palabras, la distinción que se juzga arbitraria y discriminatoria por los requirentes es la imposición a una empresa pública, como Televisión Nacional de Chile, del deber de transparentar las remuneraciones de sus principales ejecutivos, en circunstancias que las empresas privadas que operan en el mismo rubro no tienen la misma obligación;

**CUADRAGESIMOQUINTO.** Que el artículo 19, N° 2°, de la Constitución, además de consagrar un derecho fundamental, establece un principio de interdicción de la arbitrariedad y de no discriminación al cual deben atenerse todas las autoridades, incluido el legislador. Este principio ampara por igual a personas naturales y jurídicas, privadas o públicas;

**CUADRAGESIMOSEXTO.** Que el respeto de los derechos fundamentales es condición de legitimidad del poder estatal y su deber es respetarlos, asegurarlos y promoverlos, conforme al artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución. Por lo mismo el Estado no puede imponer discriminaciones arbitrarias a los órganos públicos que actúan con personalidad jurídica propia y en especial a las empresas públicas, como ocurre con Televisión Nacional de Chile;

**CUADRAGESIMOSÉPTIMO.** Que, en consecuencia, corresponde analizar si la aplicación de las normas impugnadas, que establecen una excepción a la aplicación del derecho común, resulta discriminatoria y carente de justificación para TVN en el caso de autos o si, por el contrario, cabe dentro de lo dispuesto por el artículo 19, N° 21°, de la Carta Fundamental. Es preciso dilucidar si esos preceptos persiguen una finalidad amparada por la Constitución, si el tratamiento o medida específica y



diferenciadora establecida por la ley es adecuada y necesaria para el logro de tal fin y si resulta razonable en el caso concreto que se analiza;

**CUADRAGESIMOCTAVO.** Que, respecto de la igualdad ante la ley, cabe señalar que la Constitución no prohíbe cualquier diferencia que el legislador establezca, sino sólo aquellas arbitrarias. Así, la igualdad “*consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para quienes se encuentran en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, diversas para quienes se encuentran en situaciones diferentes*” (entre otras, STC Rol N<sup>º</sup> 1.414, c. decimo-cuarto) y “*las diferencias deben ser razonables, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional Alemán*” (Rol N<sup>º</sup> 1.710);

**CUADRAGESIMONOVENO.** Que la Ley 19.132, orgánica de Televisión Nacional, le asigna una función pública y, en tanto empresa pública, constituye una forma de intervención del Estado. En consecuencia, existe una diferencia objetiva y clara entre TVN y el resto de las empresas del rubro. En palabras de Villar Ezcurra, “*la finalidad de este tipo de actividad no consiste en la ‘sumisión al derecho privado’ (pues esto no es más que un medio o técnica) sino en prestar directamente una actividad de servicio o de producción de bienes. El hecho de que para ello se cree una persona jurídica ad hoc (la empresa pública) y que la actuación de esta persona se someta al Derecho privado no es sino un medio para alcanzar la finalidad de prestación.*” (Villar Ezcurra, José Luis: *Derecho Administrativo Especial, Administración Pública y actividad de los particulares*, Editorial Civitas, p. 36);

**QUINCUAGÉSIMO.** Que, como se ha afirmado ya en esta sentencia, cabe señalar que la publicidad de las remuneraciones de la planta de los ejecutivos de Televisión Nacional de Chile responde a un fin lícito y amparado por el principio de publicidad consagrado constitucionalmente en el artículo 8<sup>º</sup> de la Carta Fundamental. Asimismo, el artículo décimo, letra h), de la Ley N<sup>º</sup> 20.285 asegura el derecho de acceso a la información pública comprendido en el artículo 19, N<sup>º</sup> 12<sup>º</sup>, de la Constitución. Tal como se señaló en uno de los informes en derecho acompañados por el Consejo para la Transparencia, “*no se trata, como se ha dicho, de un objetivo meramente tolerado por la carta fundamental, sino de uno expresamente consagrado como principio rector del ejercicio de las funciones públicas y deber constitucional*”;

**QUINCUAGESIMOPRIMERO.** Que lo mismo consta en la historia del establecimiento de la Ley N<sup>º</sup> 20.285, en que pese a las diversas posiciones defendidas sobre el grado de publicidad que debía aplicarse a las empresas públicas, finalmente primó la voluntad de extender a éstas algunos deberes de transparencia activa, entre los cuales se incluyeron las remuneraciones de sus plantas directivas;

**QUINCUAGESIMOSEGUNDO.** Que la aplicación de los preceptos cuestionados debe considerarse adecuada y necesaria para el logro de la finalidad de acceso a la información pública;

**QUINCUAGESIMOTERCERO.** Que, en consecuencia, la aplicación de los preceptos en cuestión no afecta la igualdad de TVN, pues la diferencia que se aduce discriminatoria responde a un hecho objetivo, posee un fin lícito y deseado por la Constitución, y establece una restricción mínima y razonable respecto de sus competidores;

**QUINCUAGESIMOCUARTO.** Que, a mayor abundamiento, el deber excepcional de transparencia activa referente a las remuneraciones de los altos directivos de ciertas empresas públicas, entre las cuales está TVN, no constituye una diferencia arbitraria, pues ha sido establecida conforme a lo establecido por el artículo 19, N° 21°, de la Constitución, como se analizará en el capítulo siguiente;

## VII

### VULNERACIÓN DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 19, N° 21°, DE LA CONSTITUCIÓN

**QUINCUAGESIMOQUINTO.** Que, como se ha señalado en el capítulo V de esta sentencia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 19, N° 21°, de la Carta Fundamental y de lo previsto en su ley orgánica, Televisión Nacional de Chile, en tanto empresa pública, se rige por las normas de la legislación común aplicable a los particulares;

**QUINCUAGESIMOSEXTO.** Que, sin embargo, el propio legislador, en estricta concordancia con lo señalado en el inciso segundo del artículo 19, N° 21°, de la Constitución Política, ha establecido una excepción y es que debe cumplir con ciertas normativas referidas al régimen de transparencia activa;

**QUINCUAGESIMOSÉPTIMO.** Que tal excepción es absolutamente acotada, en cuanto no implica un sometimiento total y completo a la normativa legal de la materia, en los términos que señala el artículo décimo de la Ley sobre Acceso a la Información Pública, el que fue además declarado como orgánico y constitucional “*sólo en cuanto se aplica a las empresas públicas creadas por ley*” (STC Rol N° 1.051). No implica un sometimiento total y completo a la normativa legal sobre transparencia;

**QUINCUAGESIMOCTAVO.** Que, de este modo, tal excepción fue prevista por el legislador, cumpliendo con el quórum calificado que la Ley Fundamental exige y también en concordancia con lo establecido en el artículo 35 de la Ley N° 19.132, desde que expresamente así lo ha señalado. En efecto, se incluyó explícitamente a TVN en el artículo décimo que se cuestiona, “*para dejar claro que entre esas empresas deben entenderse aun aquellas que por disposición de la ley se exija que es necesario mencionarlas expresamente para quedar sujetas a otras leyes*” (Informe de la Comisión Mixta de la Ley N° 20.285);

**QUINCUAGESIMONOVENO.** Que, como se ha indicado anteriormente, los motivos calificados que tuvo en consideración el legislador di-

cen relación con la naturaleza jurídica de Televisión Nacional de Chile y la función que le corresponde desempeñar. En efecto, como se señala en el Mensaje Presidencial de la normativa que fijó el estatuto de TVN, correspondiente a la Ley N<sup>º</sup> 19.132, *“entre los objetivos de servicio público que debe cumplir la empresa se destaca el alcance nacional de su red de estaciones o canales de televisión que debe permitir a todos los habitantes del país la posibilidad de disponer de, al menos, un servicio de televisión. Este propósito se vincula con las necesidades de integración nacional y es un componente de la seguridad nacional en zonas de frontera o lugares aislados del territorio nacional”*. Del mismo modo, se hace presente que *“el logro de la igualdad competitiva requiere, además, la aprobación de normas de transparencia en la operación de la empresa que el proyecto de ley incluye en su articulado. Este factor debe permitir la fiscalización pública de su actividad y constituye una garantía que busca evitar los hechos acaecidos en el pasado reciente”* (Mensaje de 7 de agosto de 1990). Ello incluso motivó que una senadora señalara la necesidad de *“quedar establecido en este mismo proyecto de ley qué antecedentes debe publicar Televisión Nacional de Chile, porque ése es un factor de transparencia de la acción de la empresa”* (senadora señora Feliú, sesión de 7 de enero de 1992);

**SEXAGÉSIMO.** Que, igualmente, en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados se señaló que si bien se deseaba *“dar autonomía de gestión y de administración”*, como la tiene toda empresa del Estado, *“también se quiere que pueda orientar su acción a satisfacer necesidades de servicio público para toda la nación”* (sesión N<sup>º</sup> 22, 14 de noviembre de 1991);

**SEXAGESIMOPRIMERO.** Que del mismo modo se indicó por un parlamentario que *“Televisión Nacional se justifica en la medida que cumpla una función social, en que sea un canal realmente pluralista, en que haga una programación distinta de la de los demás y sus programas tengan una orientación, una visión teleológica distinta”* (diputado señor Ribera, sesión de 14 de noviembre de 1991). En el mismo sentido, se señaló que entre las razones que justificarían la circunstancia de que el canal de televisión fuera estatal destacan: *“en primer lugar, para garantizar la cobertura nacional a través de sus redes de canales, incluyendo los mundos urbano, rural, altiplánico y minero; en segundo lugar, al no estar al servicio de un gobierno de turno, está abierto a las distintas tendencias ideológicas, políticas, culturales y sociales; en tercer lugar, pasa a cumplir los objetivos de un servicio público”* (diputado señor Rojo, sesión de 14 de noviembre de 1991). En el Senado también se hizo presente que *“el sentido o carácter básico de una empresa pública de televisión es servir los intereses de la comunidad, lo que cumple a través del alcance nacional de su red de estaciones o canales de televisión, que permite a todos los habitantes de la República disponer de, al menos, un servicio de televisión. Este propósito se vincula con la necesidad de integración nacional y es un componente de la seguridad nacional en zonas fronterizas o lugares aislados”*

*del territorio*” (senador señor Páez, sesión de 7 de enero de 1992). Por lo mismo se destacó que TVN “*es una empresa del Estado que tiene un conjunto de funciones de bien público que trascienden las propias de una empresa privada*” (diputado señor Molina, 23 de enero de 1992). Del mismo modo, se indicó que “*el hecho de que las normas de las sociedades anónimas abiertas se hagan aplicables a la Empresa de Televisión Nacional, estemos de acuerdo o no, no significa que es una sociedad de ese tipo sino sólo que se le hacen aplicables ciertas normas*” (diputado señor Schaulsohn, sesión de 23 de enero de 1992);

**SEXAGESIMOSEGUNDO.** Que, sin perjuicio de lo anterior, se fijó también como criterio el que TVN debía autofinanciarse y competir en igualdad de trato con los demás canales. Así, se procuró “*generar las condiciones para que la televisión pública no tenga privilegios con relación a los demás canales, pero que tampoco sea objeto de tratos discriminatorios respecto de sus competidores*” (Ministro Secretario General de Gobierno, señor Correa, sesión del Senado de 7 de enero de 1992). En el Senado también se destacó que “*dentro de los objetivos que perseguía el Gobierno al enviar este proyecto de ley al Congreso estaba –como lo señaló el Presidente de la República en su Mensaje– dotar a Televisión Nacional de Chile de un marco jurídico que asegurara su naturaleza de empresa autónoma del Estado, independiente del Gobierno y de cualquier otro poder o influencia, que le permitiera al mismo tiempo servir a los intereses de la comunidad nacional y participar sin discriminaciones en la libre competencia con las otras empresas de televisión*” (senador señor Papi, sesión de 7 de enero de 1992);

**SEXAGESIMOTERCERO.** Que la información acerca de las remuneraciones de la plana directiva de una empresa no forma parte del secreto empresarial, tal como lo ha configurado el artículo 86 de la Ley N° 19.079, modificado por la Ley N° 19.996, de 2005, en concordancia con los estándares de la Organización Mundial del Comercio, pues aquél se refiere al “*conocimiento sobre productos o procedimientos industriales, cuyo mantenimiento en reserva proporciona a su poseedor una mejora, avance o ventaja competitiva*”. Incluso en una acepción amplia del secreto empresarial, conforme a la cual comprendería la información sobre bases de datos de clientes y proveedores, estrategia comercial, información contable y financiera y normas o código de conducta de los empleados, no llegaría a cubrir el ítem en cuestión;

**SEXAGESIMOCUARTO.** Que en cuanto al régimen de fiscalización, tal como se dejó constancia en la historia fidedigna de la norma, “*dentro del conjunto de instancias fiscalizadoras a que estará sujeta Televisión Nacional de Chile, se comprenden facultades de la Cámara de Diputados y las que posee el Consejo Nacional de Televisión. Además, en cuanto a los estados financieros, será fiscalizada por la Superintendencia de Valores y Seguros, y en lo referente a la correcta inversión de los fondos públicos que excepcionalmente se entreguen, estará*

*sujeta a la supervisión de la Contraloría General de la República” (senador señor Páez, sesión de 7 de enero de 1992);*

**SEXAGESIMOQUINTO.** Que así es posible señalar que la Ley de Acceso a la Información Pública establece una excepción, cumpliendo con las formalidades constitucionales (tener el carácter de una ley de quórum calificado) y teniendo presente motivos calificados que justifican dicho régimen, todo ello en correspondencia con los principios de publicidad y acceso a la información reconocidos en los artículos 8° y 19, N° 12°, de la Carta Fundamental, sin perjuicio de que la transparencia en la función pública se relaciona además con las bases del régimen democrático previsto en el artículo 4° de la Constitución Política de la República;

**SEXAGESIMOSEXTO.** Que cabe tener presente lo discutido durante el debate de la Ley de Acceso a la Información Pública, en el sentido de que *“si bien deben aplicarse, en principio, las disposiciones que rigen a las sociedades anónimas, el principio subyacente en esta materia es que a las empresas públicas les cabe una responsabilidad distinta, por tratarse de entidades pertenecientes a todos los chilenos, quienes, en consecuencia, tienen el derecho preferente a saber qué ocurre en su interior”* (senador señor Larraín, discusión particular);

**SEXAGESIMOSÉPTIMO.** Que también se tuvo en consideración otorgar a Televisión Nacional de Chile, en todo lo que no fuera expresamente reglado por la ley que la creó, un tratamiento similar al de los demás actores privados. En tal sentido, el entonces Ministro Secretario General de la Presidencia destacó en el Senado de la República que *“después de una larga discusión, hubo coincidencia en que se debía reglar esta materia. Su idea fundamental es que las empresas públicas creadas por ley y aquellas en que la participación accionaria del Estado sea superior al 50 por ciento o en que tenga mayoría en el directorio, tales como Televisión Nacional de Chile (...), queden sujetas a las disposiciones consagradas en el proyecto, que son similares a las que hoy rigen en las empresas privadas respecto a la información que deben proporcionar a las Superintendencias respectivas, a las cuales puede acceder cualquier ciudadano. Es decir, en materia de transparencia pasiva, Televisión Nacional de Chile no tendrá ninguna obligación adicional a las que imperan en Chilevisión o Megavisión, con las cuales compite, pero tampoco ninguna menos (...) En esto se sigue la filosofía del Estado empresario, que se encuentra consagrada en la Constitución”*. Igual posición reiteró en la Cámara de Diputados, al enfatizar que *“el ciudadano tendrá derecho a conseguir de la empresa pública exactamente la misma información que hoy puede obtener de una empresa privada”*;

**SEXAGESIMOCTAVO.** Que, de este modo, las limitaciones establecidas se encuentran en íntima relación con la naturaleza jurídica de la empresa pública creada por ley, en este caso, Televisión Nacional de Chile. Consecuencia de lo anterior es la circunstancia de que la administración de dicha corporación la ejerce un directorio, compuesto de siete miembros, seis de los cuales son designados por el Presidente de la República,

con acuerdo del Senado, y el Presidente del mismo será de libre designación del Ejecutivo, pero teniendo presente que su “*idoneidad garantice el debido pluralismo en el funcionamiento de la corporación*” (artículo 4° de la Ley N° 19.132);

**SEXAGESIMONOVENO.** Que de lo señalado se concluye que no resulta contrario a lo dispuesto en la Constitución Política de la República y, en especial, a su artículo 19, N°s 2°, 4° y 21°, la circunstancia de que deba transparentarse cierta información, según lo establece el artículo 10, letra h), cuestionado en autos, todo ello sin perjuicio de que el sentido y alcance de dicha disposición y la determinación de a quiénes específicamente obliga, deba en definitiva ser fijada en la instancia pertinente, en la especie, en la Corte de Apelaciones de Santiago.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 19, N°s 2°, 4° y 21°, y 93, N° 6° e inciso decimoprimer, de la Constitución Política de la República y en las normas pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**QUE SE RECHAZAN LOS REQUERIMIENTOS DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDOS A FOJAS 2 Y 230 DE AUTOS. DÉJASE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA A FOJAS 46, OFICIÁNDOSE AL EFECTO.**

**NO SE CONDENA EN COSTAS A LOS REQUERENTES, POR ESTIMARSE QUE TUVIERON MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

**El Ministro señor Marcelo Venegas Palacios (Presidente)** deja constancia de que, sin compartir en su totalidad las consideraciones de la sentencia, **concorre a ella teniendo especialmente presente lo siguiente:**

**A.** La primera de las dos cuestiones que se pide a esta Magistratura zanjar en el proceso constitucional de autos es si, de acuerdo a la Constitución, pudo o no el Legislador, en el encabezado del Artículo Décimo de la Ley N° 20.285, hacer aplicable a Televisión Nacional de Chile el denominado “*principio de transparencia de la función pública*” e imponerle, en la letra h) del inciso segundo del mismo artículo, el deber de mantener a disposición permanente del público, a través de su sitio electrónico, toda remuneración percibida en el año por cada Director, Presidente Ejecutivo o Vicepresidente Ejecutivo y Gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa, incluso aquellas que provengan de funciones o empleos distintos del ejercicio de su cargo que le hayan sido conferidos por la empresa, o por concepto de gastos de representación, viáticos, regalías y, en general, todo otro estipendio.

En conexión con este primer cuestionamiento se ha planteado, también, la inconstitucionalidad de la facultad del Consejo para la Transparencia de resolver los reclamos por denegación de acceso a la información pública que le sean planteados de conformidad con la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado (artículo 33, letra b).

Creo que esta primera objeción debe ser desechada por los siguientes motivos:

1°. Desde el punto de vista de la Constitución, que es el que debe presidir las decisiones de este Tribunal, el derecho a establecer, operar y mantener estaciones de televisión está reservado únicamente al Estado y a ciertas universidades, personas y entidades que determine la ley.

2°. El Estado ejerce su facultad constitucional de establecer, operar y mantener estaciones de televisión a través de una entidad denominada Televisión Nacional de Chile, creada por la Ley N° 19.132.

3°. Cualquiera sea el régimen jurídico que la ley haya ideado para configurar Televisión Nacional de Chile y el estatuto de sus trabajadores, es claro que dicha entidad constituye uno de los muchos organismos del Estado, de modo que las personas que forman parte de ella integran un órgano del Estado.

4°. La misma ley cuya aplicación se impugna en estos autos como inconstitucional, hace aplicable el mismo principio legal de transparencia e impone aún más amplias obligaciones de publicidad de las remuneraciones de su personal a muchos otros órganos del Estado regidos por estatutos jurídicos especiales, incluidos los Poderes Públicos y otros órganos constitucionales autónomos como el Congreso Nacional, el Poder Judicial y esta Magistratura Constitucional, entre otros.

5°. A la vista de estos antecedentes no estima este juez constitucional que se haya logrado demostrar en el proceso en qué parte de la Constitución se ordena que, tratándose de Televisión Nacional de Chile, deba establecerse un trato privilegiado en la materia específica de que se trata, cuya ausencia o contravención traerá como consecuencia necesaria que la aplicación de los preceptos legales cuestionados a dicha entidad televisiva resulte contraria a la Constitución.

**B.** La segunda cuestión que se solicita decidir a este Tribunal es si la publicidad de las remuneraciones y otros emolumentos de ejecutivos de Televisión Nacional de Chile, los requirentes, por aplicación de la letra h) del artículo décimo de la Ley N° 20.285, viola o no su derecho constitucional a la privacidad.

Esta segunda cuestión también debe ser desechada por los siguientes motivos:

1°. Consta en autos que la gestión judicial en que recae la acción de constitucionalidad deducida es un reclamo de ilegalidad en contra de

un acuerdo del Consejo para la Transparencia que ordenó a Televisión Nacional de Chile informar, en su sitio electrónico, las remuneraciones y otros emolumentos de los ejecutivos de esa empresa que ocupaban los cargos de Director de Prensa, Directora de Programación y Director de Estrategia y Nuevos Negocios.

2°. El fundamento del acuerdo reclamado fue la presunta infracción, por parte de Televisión Nacional de Chile, de las normas sobre transparencia activa contenidas en la letra h) del artículo décimo de la Ley de Transparencia, esto es, por haber omitido informar de las remuneraciones de los aludidos gerentes, considerados por el Consejo, conforme al precepto legal citado, entre los responsables de la dirección y administración superior de la empresa.

3°. Consta asimismo en estos autos que Televisión Nacional de Chile sostiene que su gobierno corporativo está definido por la Ley N° 19.132, que excluye de la dirección y administración superior de la Empresa a gerentes y ejecutivos distintos de quienes forman parte del Directorio y de su Director Ejecutivo, por lo cual los gerentes en cuestión no son de aquellos ejecutivos responsables de la dirección y administración superior de la empresa cuyas remuneraciones deben ser informadas de conformidad al precepto legal cuestionado.

4°. Corolario de lo anterior es que la presunta violación de la privacidad de los ejecutivos comparecientes, por la aplicación del precepto legal cuestionado, o, lo que es lo mismo, la existencia de una cuestión de constitucionalidad concreta respecto de dicho precepto legal, depende de si se opine que sus cargos son de aquellos responsables de la dirección y administración superior de la empresa cuyas remuneraciones deben ser informadas o que, por el contrario, no lo son.

5°. Así las cosas, el verdadero conflicto de relevancia jurídica que debe resolverse es, precisamente, el recién descrito, que se reduce a una cuestión de hecho bastante concreta actualmente sometida al tribunal de la instancia y que está muy lejos de configurar un conflicto constitucional que deba ser resuelto por esta Magistratura. Por ello, esta pretensión debe ser desechada.

**Acordada con el voto en contra del Ministro señor Carlos Carmona Santander,** quien estuvo por acoger el requerimiento, fundado en las siguientes consideraciones:

## I LA DECISIÓN DE LA MAYORÍA

1°. Que, para la mayoría, el requerimiento debe ser rechazado, ante todo, porque la cuestión sobre si se aplican las normas de transparencia y



publicidad a las empresas públicas es una cuestión de mera legalidad; por tanto, dicho conflicto está excluido de la competencia de esta Magistratura.

Luego, sostienen que los preceptos legales impugnados son constitucionales toda vez que escapan a la protección del derecho a la vida privada (artículo 19, N<sup>º</sup> 4<sup>º</sup>) aquellos aspectos de la vida social que puedan afectar intereses legítimos de la comunidad, como la probidad, al ocupar los afectados un alto cargo en una entidad pública.

Finalmente, agregan que no se vulnera el artículo 19, N<sup>º</sup> 21<sup>º</sup>, inciso segundo, toda vez que los preceptos legales impugnados cumplen con el quórum de aprobación exigido por dicha norma y, además, responden a un motivo legítimo;

2<sup>º</sup>. Que a juicio de este disidente estos razonamientos no pueden suscribirse. Para hacer este planteamiento entregaremos algunos antecedentes del caso concreto. Luego, entregaremos criterios interpretativos que consideramos esenciales para dilucidar la cuestión debatida. A continuación, analizaremos la constitucionalidad de los preceptos legales impugnados;

## II

### ANTECEDENTES DEL CASO CONCRETO

3<sup>º</sup>. Que para hacernos cargo de los argumentos de la mayoría, es necesario realizar varias consideraciones relativas al caso concreto para situar esta disidencia en su contexto;

4<sup>º</sup>. Que, ante todo, debe ponerse la atención en el hecho de que los requirentes son, por una parte, trabajadores de una empresa pública. No son trabajadores de un servicio público. Se trata de don Jorge Cabezas Villalobos, doña María Elena Wood Montt y don Enzo Yacometti Manosalva. Las funciones que ejercían para Televisión Nacional de Chile, cuando se interpuso el presente requerimiento, eran en calidad de Director de Prensa, Directora de Programación y Director de Estrategia y Nuevos Negocios, respectivamente. Por otra parte, requiere la misma empresa Televisión Nacional de Chile;

5<sup>º</sup>. Que lo anterior es importante, por de pronto, porque dichos cargos no son configurados por el estatuto legal de la empresa. Estos no se figuran en el Estatuto Orgánico de Televisión Nacional de Chile (TVN), esto es, la Ley N<sup>º</sup> 19.132. Fueron creados por el Directorio en virtud de las facultades que le otorga el artículo 16 de dicho Estatuto. Además, sus derechos y obligaciones no están definidos por dicho estatuto legal, sino que son definidos contractualmente. De acuerdo al artículo 29 de la Ley N<sup>º</sup> 19.132, *“los trabajadores de Televisión Nacional de Chile se regirán exclusivamente por las normas del Código del Trabajo y no les será aplicable norma alguna que afecte a los trabajadores del Estado o de sus empresas. Para todos los efectos*

*legales, se consideran como trabajadores del sector privado*". No se trata, en consecuencia, de funcionarios públicos.

Enseguida, la importancia de definir el estatuto por el cual se rigen estos trabajadores, radica en que en el Código del Trabajo existen dos normas, que les son plenamente aplicables y que son relevantes de considerar en este caso. Por una parte, "*el empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral*" (artículo 154 bis). Por la otra, "*el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial, cuando pudieren afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.*" (Artículo 5°);

6°. Que, además, es necesario tener en cuenta que la gestión pendiente es un proceso contencioso administrativo (reclamo de ilegalidad) seguido en contra del Consejo para la Transparencia ante la Corte de Apelaciones de Santiago. El acto administrativo que se impugna en esa gestión es el acuerdo adoptado en el Reclamo R12-09, mediante el cual el Consejo requiere que Televisión Nacional de Chile publique cierta información que, según interpreta, pertenece a los deberes de transparencia activa. Según dicho acuerdo, Televisión Nacional de Chile debe publicar las remuneraciones individuales de los gerentes de áreas específicas de la estación televisiva, dependientes del Director Ejecutivo.

Se trata, en consecuencia, de una doble interpretación hecha por dicho Consejo. Por una parte, que tiene tutela sobre TVN; por la otra, que lo que le exige se encuentra comprendido dentro del artículo 10 de la Ley N° 20.285;

7°. Que, finalmente, es necesario precisar que, aunque ambos preceptos legales impugnados fueron objeto de control preventivo de constitucionalidad y fueron considerados conformes con la Constitución, dicho examen estuvo motivado por el carácter de normas orgánicas constitucionales, según el artículo 38, inciso segundo, de la Ley Fundamental y no se basó en su eventual infracción a los derechos constitucionales, cuestión que ahora se examina. En consecuencia, no hay ningún impedimento para analizar la conformidad de los preceptos legales impugnados con las demás normas de la Constitución;

### III CRITERIOS INTERPRETATIVOS

8°. Que, antes de explicitar las razones para esta disidencia, es necesario puntualizar algunos criterios interpretativos que serán empleados en ella;

9°. Que, en primer lugar, este Tribunal no puede declarar inaplicables implícitamente preceptos legales cuando ejerce la facultad que le en-

trega el artículo 93, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, de la Constitución. Es decir, so pretexto de declarar el ajuste de ciertas normas a la Constitución, no puede, a la vez, inaplicar otras normas legales.

Para este disidente, dicho criterio cobra plena relevancia al momento de examinar el voto de mayoría, pues, de una u otra manera, se prescinde de los dos preceptos del Código del Trabajo más arriba citados, al momento de rechazar la presente inaplicabilidad. Es decir, el artículo 5<sup>º</sup> y el artículo 154 bis. En ambas disposiciones se protege la vida privada, obligando al empleador a “mantener reserva” de “toda la información” del trabajador “a que tenga acceso” con ocasión de la relación laboral. Entre esa información se encuentra la remuneración. Hay un derecho a la privacidad en materia laboral;

**10<sup>º</sup>.** Que, en segundo lugar, tanto esta Magistratura (STC Rol N<sup>º</sup> 460) como el Constituyente (ley de reforma constitucional N<sup>º</sup> 20.414, de 4 de enero de 2010) consideran que aspectos vinculados al patrimonio de una persona se enmarcan dentro de su vida privada.

En efecto, en la sentencia Rol N<sup>º</sup> 460 este Tribunal sostuvo que las declaraciones de intereses y de patrimonio que debían llevar a efecto ciertas autoridades y funcionarios, debían “*ser examinadas con sujeción a lo prescrito en el artículo 19, N<sup>º</sup> 4, de la Constitución, porque allí se asegura, a todas las personas, el respeto y protección de la honra y de la vida privada*”. Esta sentencia se dictó el 6 de diciembre de 2005, es decir, vigente ya el artículo 8<sup>º</sup> de la Constitución Política. Tomando este fallo en cuenta, se envió el mensaje de reforma constitucional que dio origen a la Ley N<sup>º</sup> 20.414, que hace públicas dichas declaraciones. En este mensaje se señala expresamente:

*“Con el propósito de terminar con la interpretación que hizo el Tribunal Constitucional, y con la que pueda realizar el legislador en el futuro, se propone incorporar una norma en el actual artículo 8<sup>º</sup> de la Constitución, que consagró la publicidad de los actos, resoluciones, fundamentos y procedimientos de los órganos del Estado, que garantice dicha publicidad. La norma propuesta busca consagrar expresamente que las leyes pueden establecer declaraciones de intereses y de patrimonio; y que éstas serán siempre públicas.*

*Mediante esta norma, entonces, las personas podrán conocer las actividades profesionales y económicas en que participa la autoridad o funcionario; conocerán, entonces, sus intereses. También podrán conocer la individualización completa de los bienes del declarante y de los pasivos más relevantes, o sea, su patrimonio.”.*

Tanto el Constituyente como el Tribunal Constitucional consideraron que las declaraciones de intereses y de patrimonio no estaban en el artículo 8<sup>º</sup>, inciso segundo. Es decir, en la norma que regula la publicidad. Por eso, hubo que dictar una norma especial que hiciera públicas estas declaraciones. Ello quedó consagrado en el artículo 8<sup>º</sup>, inciso tercero, de la Constitución. De otro modo, se consideraban enmarcadas dentro de la vida privada de las personas;

11°. Que, en tercer lugar, el voto de mayoría razona sobre la base de que el deber de publicidad que se establece en el artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución, es el fundamento para considerar legítimo que el legislador obligue a TVN a publicar en su página web “*en forma completa, y de un modo que permita su fácil identificación y un acceso expedito*”, “*toda la remuneración percibida en el año*” por los ejecutivos señalados.

Sin embargo, es importante considerar que dicho artículo 8°, por de pronto, se incorporó con la reforma constitucional de 2005. En esta reforma se fortaleció la facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados. Entre otros instrumentos, se reconoció constitucionalmente a dicha Corporación la facultad para crear comisiones especiales investigadoras. Dichas comisiones pueden citar a personal de las empresas del Estado o de aquellas en que éste tenga participación mayoritaria, estando “*obligados a comparecer y a suministrar los antecedentes y las informaciones que se les soliciten*” (artículo 52, N° 1, letra c).

Una de las razones fundamentales que se tuvo en cuenta para entregar estas atribuciones, fue justamente la negativa de las empresas públicas a entregar la remuneración de sus ejecutivos (Pfeffer Urquiaga, Emilio; Reformas constitucionales 2005; Editorial Jurídica, Santiago, 2005, p. 241).

Entonces, llama la atención que el mismo Constituyente que establece el artículo 8°, se haya dado el trabajo de facultar a la Cámara de Diputados para solicitar ciertos antecedentes a las empresas públicas de modo exclusivo, y que la ley (artículo 10° del artículo primero, Ley N° 20.285) haya hecho pública esa misma información para cualquier ciudadano. Con ello, por una parte, pierde algo de sentido la reforma de 2005 a favor de la Cámara; por la otra, los ciudadanos quedan equiparados, por ley, a una prerrogativa que la Constitución le entrega de modo exclusivo a la Cámara de Diputados. Es decir, se equiparan los efectos, sólo que en un caso se hace por reforma constitucional y en otro por una mera norma legal, considerando que en el primer caso se está estableciendo un elemento central del equilibrio de poderes propio de nuestro sistema político.

El hecho de que ambas reformas constitucionales fueron simultáneas (la del artículo 8° y la del artículo 52), revela que el Constituyente hizo un juicio sobre ambas modificaciones. Luego, si hubiera sido suficiente para hacer públicas las remuneraciones de los trabajadores de las empresas públicas la mera introducción del principio de publicidad en el artículo 8°, no tenía sentido introducir las facultades entregadas a las comisiones investigadoras en el artículo 52 para requerir antecedentes de las empresas públicas, entre los que se encuentran las remuneraciones. En cambio, justamente porque las empresas públicas escapan al régimen de derecho público en esta materia, es que fue necesario cambiar la Constitución y

darle atribuciones expresas y específicas de fiscalización a la Cámara para requerir antecedentes e informaciones, incluidas las relativas a las remuneraciones de sus ejecutivos. De lo contrario, se aplicaría la regla general, esto es, el sometimiento al derecho común en este punto;

**12°.** Que, enseguida, a diferencia de lo que sucede con la probidad, que la Constitución denomina “*principio*”, la expresión “*transparencia*” no es empleada en el artículo 8°. Ello es reconocido por la Ley N<sup>º</sup> 20.285. De una parte, porque en varias de sus disposiciones (artículos quinto a décimo) señala que distintos órganos se rigen “*por el principio de transparencia en el ejercicio de su función pública consagrado en el artículo 8°*”. Es la ley la que entiende que en el artículo 8° está este principio. Estas normas no fueron consideradas como interpretativas de la Constitución. De la otra, porque el artículo 4° del artículo primero de la Ley N<sup>º</sup> 20.285 trata de replicar el lenguaje que respecto de la probidad utiliza la Constitución. Mientras ésta establece que los titulares de funciones públicas deben “*dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones*”, el artículo 4° del artículo primero de la Ley N<sup>º</sup> 20.285 señala lo mismo respecto del principio de transparencia de la función pública. Expresamente señala: “*las autoridades, cualquiera sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la administración del Estado, deberán dar estricto cumplimiento al principio de transparencia de la función pública*”;

**13°.** Que lo anterior es relevante, primeramente, porque la ley se encarga de establecer que ahí, en el artículo 8°, hay un principio, no un derecho. Cuando se busca un derecho (el derecho de acceso a la información pública), tal como lo ha hecho la jurisprudencia de este Tribunal (STC roles N<sup>os</sup> 226 y 634), hay que recurrir a un derecho implícito consagrado en el artículo 19, N<sup>º</sup> 12, de la Constitución. Ello es reconocido por la Ley N<sup>º</sup> 20.285, que consagra, en el artículo 10 de su artículo primero, el derecho de toda persona a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración. Aquí no hay referencia a la Constitución, como en sus artículos quinto a décimo. Es un derecho de configuración legal. Lo que no puede ser es que dicho derecho esté simultáneamente en el artículo 8° y en el artículo 19, N<sup>º</sup> 12, de la Constitución.

Además, es relevante porque en el artículo 8° la publicidad de los actos y resoluciones y de los fundamentos y procedimientos, está limitada por “*los derechos de las personas*”. Cuando existen éstos, la ley perfectamente puede establecer reserva o secreto. Por lo tanto, no son los derechos de las personas los que están subordinados a la publicidad, sino que ésta a aquéllos.

Asimismo, si bien en la elaboración del artículo 8° se distinguió entre transparencia y publicidad, ello no quedó recogido en el texto constitucional. Por ello, el artículo 4° del artículo primero de la Ley N<sup>º</sup> 20.285,

cuando define el principio de transparencia lo hace considerando dos elementos. Por una parte, la publicidad. Los órganos de la Administración deben “*respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la administración, así como la de sus fundamentos*”. Por la otra, el acceso a la información. De ahí que establezca que dichos órganos deben “*facilitar el acceso a cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley*”;

**14°.** Que de este modo, entonces, el derecho de acceso es un derecho implícito y el principio de transparencia está limitado por los derechos de las personas;

**15°.** Que, en cuarto lugar, la Constitución restringe la actividad empresarial del Estado. Mientras un particular puede crear todas las empresas que estime conveniente, el Estado y sus organismos requieren que el legislador los autorice.

Sin embargo, una vez que lo autoriza, dicha actividad queda sujeta a las mismas reglas que regulan la actividad del sector en que opere la nueva empresa. Sólo por ley de quórum calificado, y por motivo justificado, se puede establecer excepciones a esa legislación común (artículo 19, N° 21, de la Constitución);

**16°.** Que lo anterior es importante porque la Ley N° 20.285 no se aplica a todas las empresas que operan en el ámbito de la televisión. Se trata, en este sentido, de una excepción a la legislación común para TVN, pues a ella sí se le aplica.

Ello cobra fuerza si se considera que en el estatuto de TVN se establece expresamente que ella puede realizar todas las actividades “*propias de una concesionaria de servicios de televisión constituida como persona jurídica de derecho privado, con iguales derechos, obligaciones y limitaciones*” (artículo 2°, Ley N° 19.132).

Además, la Ley N° 20.285 es excepcionalmente aplicable a TVN. En primer lugar, porque ésta se rige por su propio estatuto; y en lo no comprendido en él, se le aplican las normas de las sociedades anónimas abiertas. La legislación excepcional requiere que expresamente se extienda a ella (artículo 35, Ley N° 19.132). En segundo lugar, porque la propia Ley N° 20.285, en su artículo primero, artículo 2°, inciso tercero, señala que sus disposiciones se aplican a las empresas públicas creadas por ley sólo si “*expresamente*” así se señala. En tercer lugar, porque a TVN no se le aplica lo que se denomina transparencia pasiva, consagrada en los artículos 10 y siguientes del artículo primero de la Ley N° 20.285. Sólo se le aplica la transparencia activa. Pero no la general, establecida en el artículo 7° del artículo primero, sino la regulada en el artículo décimo de la Ley N° 20.285. Finalmente, porque del artículo décimo de dicha ley sólo son aplicables a TVN tres normas: los artículos 3° y 4° del artículo primero y el propio artículo décimo;

IV  
ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD  
DE LOS PRECEPTOS IMPUGNADOS

17°. Que, luego de haber sentado los criterios interpretativos señalados, estamos en condiciones de pronunciarnos sobre el fondo de la cuestión debatida;

**A. Se afecta la vida privada.**

18°. Que, en primer lugar, se objeta el artículo décimo, inciso segundo, letra h), de la Ley N<sup>º</sup> 20.285. Esta disposición establece que TVN debe mantener “*a disposición permanente del público, a través de sitios electrónicos*”, entre otras, “*los siguientes antecedentes debidamente actualizados*”:

*“h) Toda remuneración percibida en el año por cada Director, Presidente Ejecutivo o Vicepresidente Ejecutivo y Gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa, incluso aquellas que provengan de funciones o empleos distintos del ejercicio de su cargo que le hayan sido conferidos por la empresa, o por concepto de gastos de representación, viáticos, regalías y, en general, todo otro estipendio. Asimismo, deberá incluirse, de forma global y consolidada, la remuneración total percibida por el personal de la empresa.*

*La información anterior deberá incorporarse a sus sitios electrónicos en forma completa, y de un modo que permita su fácil identificación y un acceso expedito”;*

19°. Que, para este disidente, dicha norma adolece de inconstitucionalidad en el caso concreto, por afectar la vida privada de las personas, por las siguientes razones;

20°. Que, en primer lugar, afecta el control que tienen las personas sobre un dato de su vida: la remuneración. No es que la sociedad no tenga la facultad para inmiscuirse en ciertos aspectos de la vida de las personas. Hay razones que justifican que las personas no puedan excluir ciertas invasiones de su esfera privada, debiendo soportar algunas intromisiones no deseadas.

Lo que sucede es que la persona, junto con esta dimensión negativa o pasiva de la vida privada, que le permite en ciertos casos excluir a terceros de ciertos ámbitos, tiene una dimensión activa o dinámica, de control y defensa de cierta información de su vida, de modo que pueda controlar su circulación. Es lo que se denomina la autodeterminación informativa;

21°. Que, sin embargo, la norma objetada es extremadamente gravosa para los sujetos afectados. Por de pronto, porque obliga a hacer pública “*toda remuneración*”. Además, esa información debe estar en los sitios web “*actualizada*”, “*a disposición permanente*”, “*en forma completa*” y “*de modo que permita su fácil identificación y un acceso expedito*”.

Enseguida, por efecto de la ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada, los datos de una persona que pueden ser procesados en una base de datos, requieren del consentimiento de su titular. Sin embargo, dicha ley establece en su artículo 4°, inciso quinto, que “*no requiere autorización el tratamiento de datos personales que provengan o que se recolecten de fuentes accesibles al público, cuando sean de carácter económico, financiero, bancario o comercial.*”.

Es decir, como la información de la remuneración a que se refiere la norma impugnada, debe estar en la página web (la norma habla de “*sitios electrónicos*”), es de “*fuentes accesibles al público*”. Por lo mismo, su recopilación no requiere autorización de su titular.

Entonces, al unir lógicamente ambas disposiciones, cualquiera persona puede no sólo acceder a esta información, sino que emplearla para cualquier tratamiento de datos personales, sin autorización alguna de sus titulares;

**22°.** Que, de esta forma, la norma no brinda el adecuado respeto y protección que exige la Constitución a un aspecto de la vida privada de las personas, pues sus datos relativos a la remuneración podrán ser manejados por cualquiera y circular libremente. Ello afecta el derecho a la autodeterminación informativa. Las personas deben tener algún grado de control sobre las informaciones que son relevantes para cada sujeto;

**23°.** Que, en segundo lugar y en complemento de lo anterior, dicha esfera privada está reforzada tratándose de remuneraciones pactadas en el marco del Código del Trabajo. En efecto, las remuneraciones de los gerentes requirentes fueron definidas en cuanto su “*monto, forma y período de pago*” por un contrato de trabajo, no por una ley. Aquí no estamos frente a una relación estatutaria, en que el legislador puede libremente establecer derechos y obligaciones. El empleador no puede pasar a llevar “*la vida privada*” de sus trabajadores (artículo 5°, Código del Trabajo).

Además, dicho Código obliga al empleador, es decir a TVN, a “*mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral*”. Más aún, cuando el legislador en materia laboral ha querido romper esa lógica de privacidad ha establecido las excepciones de manera expresa, como ocurre con el artículo 315 del Código del Trabajo, que dispone la información que debe entregarse con ocasión de la negociación colectiva reglada.

La Constitución obliga a dar protección a esa relación laboral (artículo 19, N° 16°, inciso primero), pues la empresa no es un lugar privilegiado donde los derechos fundamentales no tengan cabida. El legislador, expresamente, como emanación de ese mandato de protección, ha obligado a que las facultades del empleador tengan como límite “*el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores*”;

**24°.** Que lo anterior cobra relevancia, pues según se ha dicho antes la



transparencia es un principio del ejercicio de la función pública de carácter legal, no constitucional. En otras palabras, la norma impugnada, que obliga a Televisión Nacional de Chile a divulgar la remuneración de los requirentes, plantea un conflicto entre un mero principio organizativo y un derecho fundamental.

Además, cabe recordar que ha sido justamente la Constitución la que resolvió ese conflicto a favor de los derechos. Según el artículo 8<sup>º</sup>, “*sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o éstos, cuando la publicidad afectare... los derechos de las personas*”. Es decir, conforme a la Constitución, la publicidad tiene un límite en los derechos fundamentales.

Por lo tanto, frente al conflicto que existe en el presente caso entre transparencia y privacidad, debe primar esta última;

### **B. Se afecta el artículo 19, N<sup>º</sup> 21, de la Constitución.**

**25<sup>º</sup>.** Que la segunda norma que se impugna es el artículo 33, letra b), del artículo primero de la Ley N<sup>º</sup> 20.285, que faculta al Consejo para la Transparencia para “*resolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a esta ley*”.

Para este disidente, esta norma, en el caso concreto, pasa a llevar el artículo 19 N<sup>º</sup> 21<sup>º</sup> de la Constitución, por las siguientes razones;

**26<sup>º</sup>.** Que la Constitución permite en esta disposición que el Estado o sus organismos puedan desarrollar o participar en actividades empresariales, sometidas a la legislación común aplicable a los particulares. Para que dicha actividad no esté sometida a esa legislación común, se requiere que una ley, de quórum calificado, establezca excepciones por motivos justificados;

**27<sup>º</sup>.** Que la norma objetada pasa a llevar el artículo 19, N<sup>º</sup> 21<sup>º</sup>, de la Constitución, en primer lugar, porque el Consejo para la Transparencia no tiene facultades sobre TVN;

**28<sup>º</sup>.** Que, en efecto, tanto el Estatuto de TVN (Ley N<sup>º</sup> 19.132) como la Ley N<sup>º</sup> 20.285 establecen con claridad las normas por las cuales se rige dicha empresa.

En cuanto al Estatuto legal de TVN, éste señala la regla general de que ésta es una empresa que tiene “*iguales derechos, obligaciones y limitaciones*” que una concesionaria de servicio de televisión “*constituida como persona jurídica de derecho privado*” (artículo 2<sup>º</sup>).

De ahí que, en primer lugar, está “*sujeta a las mismas normas financieras y tributarias que rigen para las sociedades anónimas abiertas*”, sin que se le apliquen “*las normas de régimen y administración económica que rigen a las empresas del Estado*” (artículo 24). Ello lo reitera el artículo 35 de la ley, que señala que TVN “*se regirá exclusivamente por las normas de esta ley y, en lo no*

*contemplado por ella, por las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas. En consecuencia, no le serán aplicables, para efecto legal alguno, las disposiciones generales o especiales que rigen o rijan en el futuro a las empresas del Estado, a menos que la nueva legislación expresamente se extienda a la empresa”.*

En segundo lugar, no tiene ningún privilegio, pues no puede “*comprometer el crédito público*”; tampoco puede “*obtener financiamientos, créditos, aportes, subsidios, fianzas o garantías del Estado*”.

En tercer lugar, tampoco tiene cargas. Por eso, por una parte, no puede “*ceder, vender, arrendar o proporcionar espacio televisivo gratuitamente ni a precios inferiores a los de mercado, como tampoco beneficiar indebidamente a terceros en la venta y contratación de publicidad o espacio televisivo o en la adquisición de bienes e insumos o en la contratación de servicios. Esta prohibición se extiende al Estado, sus organismos, entidades o empresas, sin excepción alguna*” (artículo 25). Por la otra, el Gobierno no puede obligarla a “*proporcionarle servicio alguno sin la debida compensación económica, la que será igual al costo que al Gobierno le demandaría obtener igual prestación de otra concesionaria de servicios de televisión*” (artículo 28).

En cuarto lugar, la ley lista las materias de derecho público que se le aplican, como consecuencia de que son la excepción a la legislación común que rige a los canales de televisión. Por de pronto, esta empresa tiene un mandato de pluralismo y objetividad en toda su programación (artículo 3°). Enseguida, su administración está a cargo de un directorio (artículos 4° y 16). Asimismo, sus utilidades se traspasan a rentas generales de la Nación, como regla general (artículo 26). Además, su vinculación con el Presidente de la República es a través del Ministerio Secretaría General de Gobierno (artículo 32). También está sujeta al control de la Contraloría General de la República (artículo 34).

En cuanto a la Ley N° 20.285, ya se indicó que la aplicación de sus normas a las empresas públicas es excepcional. En primer lugar, porque requieren alusión expresa (artículo 2° del artículo primero). En segundo lugar, porque por mandato del artículo décimo, sólo se aplican los artículos 3° y 4° del artículo primero. En tercer lugar, porque no se les aplica la transparencia pasiva. En cuarto lugar, porque la transparencia activa tiene una regla especial, distinta a la establecida de modo general en el artículo 7° del artículo primero;

**29°.** Que, como se observa, en ninguna parte de la ley que rige a TVN ni en la Ley N° 20.285 se indica que se aplica a TVN el artículo 33, letra b), del artículo primero de la Ley N° 20.285. Expresamente la Ley N° 20.285 dejó fuera a ciertos organismos de la aplicación del título V de su artículo primero, que regula el Consejo para la Transparencia. Así lo indican las normas que regulan a la Contraloría (artículo quinto), al Congreso Nacional (artículo sexto), al Banco Central (artículo séptimo), a los tribunales que forman parte del Poder Judicial (artículo octavo), al

Ministerio Público, al Tribunal Constitucional y a la justicia electoral (artículo noveno). El artículo décimo señala exactamente el marco jurídico que rige “a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y a las sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio”. Entre esas normas no se encuentra el artículo 33, letra b).

A mayor abundamiento, la misma Ley N<sup>º</sup> 20.285, en su artículo décimo, trata a las empresas según el estatuto de derecho común. De hecho, expresamente señala que a Televisión Nacional de Chile se le aplican los artículos 3<sup>º</sup> y 4<sup>º</sup> del artículo primero, “*aun cuando la ley respectiva disponga que es necesario mencionarlas expresamente para quedar sujetas a la regulación de otras leyes*”. Es decir, se hace cargo del hecho de que la transparencia es, para las empresas públicas, un régimen de excepción;

**30<sup>º</sup>.** Que para que se aplicara dicha facultad la ley debió decirlo expresamente. Pero no porque lo mandara el artículo 24 o el artículo 35 del Estatuto de TVN, sino porque la excepción a la regla general que rige a las empresas públicas requiere, de conformidad al artículo 19, N<sup>º</sup> 21<sup>º</sup>, de la Constitución, de una ley de quórum calificado y motivos justificados que así lo establezcan.

El artículo 33, letra b), fue considerado como propio de la ley orgánica constitucional a que alude el artículo 38 de la Constitución, es decir, por alterar la organización básica de la Administración. Nunca se consideró que se estuviera estableciendo una facultad aplicable a las empresas, y a TVN de modo particular (Historia de la Ley N<sup>º</sup> 20.285, Congreso Nacional, página 391);

**31<sup>º</sup>.** Que la intervención del Consejo en la marcha de TVN no es un asunto menor, porque significa adicionarle un control a los que ya tiene (Contraloría –artículo 34– y Superintendencia de Valores y Seguros –artículos 8<sup>º</sup> y 24 de su ley orgánica–), sin que exista norma legal expresa, dictada según las condiciones que impone el artículo 19, N<sup>º</sup> 21<sup>º</sup>, que así lo establezca.

En efecto, tratándose del control de la Contraloría General de la República, órgano que ejerce funciones autónomas de carácter constitucional, el estatuto de Televisión Nacional expresamente convoca sus potestades (artículo 35, Ley N<sup>º</sup> 19.132). Pero, aun en ese caso, el control es análogo al que ejerce sobre las sociedades anónimas abiertas privadas.

Del mismo modo, las potestades de fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros están expresamente tasadas en el estatuto de Televisión Nacional de Chile (artículos 33 y 34, Ley N<sup>º</sup> 19.132). Ahí se señala su objeto y un procedimiento para el control.

Es tan claro que dichas empresas, incluida TVN, no están sometidas al Consejo para la Transparencia, que el inciso final del artículo décimo de la propia Ley N<sup>º</sup> 20.285 señala específicamente que estas empresas están

obligadas a entregar cierta información a la Superintendencia a cuya fiscalización se encuentran sometidas.

Por lo tanto, el artículo 33, letra b), del artículo primero de la Ley N° 20.285 es inaplicable en el caso concreto en la medida que se pretende aplicar a una empresa del Estado una disposición que no cumple con el procedimiento de aprobación que la Constitución exige en su artículo 19, N° 21°;

**32°.** Que una segunda razón que a juicio de este disidente explica la violación del artículo 19, N° 21°, de la Constitución, radica en la interpretación que, usando la norma que aquí se impugna, se hace de la letra h) del inciso segundo del artículo décimo de la Ley N° 20.285 por parte del Consejo para la Transparencia.

Esta norma hace un distingo respecto de la forma en que se publicita la remuneración. La regla general es que la remuneración del personal de TVN sólo se incluye en los sitios web de forma global y consolidada. Sin embargo, respecto de ciertos altos cargos, la publicidad es respecto de *“toda remuneración percibida en el año”*. Esta publicidad afecta a *“cada Director, Presidente Ejecutivo o Vicepresidente Ejecutivo y Gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa”*;

**33°.** Que, de acuerdo a dicha norma, no cualquier directivo está sujeto a esta carga de publicidad de su remuneración, sino sólo aquellos que tienen responsabilidad en la dirección y administración superior de la empresa.

De acuerdo al Estatuto de TVN, la administración y dirección superior de la empresa corresponden al directorio (artículos 4° y 16). A su vez, al director ejecutivo de la empresa, designado y removido por el directorio (artículo 17), le corresponde la ejecución de los acuerdos del directorio, la supervisión permanente de la administración y funcionamiento de la empresa, y la representación judicial y extrajudicial de la misma (artículo 18).

Los requirentes de autos son, por un lado, los gerentes, que ocupan el cargo de director de Prensa, de Programación y de Estrategia y Nuevos Negocios. Asimismo, ha requerido por su lado la propia empresa Televisión Nacional de Chile. Estos cargos de gerentes aludidos, no existen expresamente en la Ley de TVN, sino que son creados y configurados por acuerdo de directorio (artículo 16, letra c). Además, son cargos a los cuales se ingresa por concurso público (artículo 31); no son cargos de designación política. Por otra parte, su relación jurídica con la empresa se rige por el Código del Trabajo (artículo 29). Y, en fin, no tienen ni la responsabilidad del directorio (artículo 8°) ni la del director ejecutivo (artículo 19);

**34°.** Que no se trata, en consecuencia, de personas a quienes se les aplique naturalmente la normativa de publicidad de sus remuneraciones,

pues no se encuentran en las hipótesis de la letra h) del inciso segundo del artículo décimo de la Ley N<sup>º</sup> 20.285.

Al ser así, una interpretación que lleve a su aplicación a los requerientes, y en particular a TVN, implica afectar el artículo 19, N<sup>º</sup> 21<sup>º</sup>, de la Constitución, que exige ley expresa y de quórum calificado para que ello ocurra. Más todavía si las normas legales que consagren excepciones al derecho común respecto de las empresas públicas, deben interpretarse restrictivamente por ser justamente excepcionales a dicha regla general;

**35<sup>º</sup>.** Que una tercera razón para considerar que el precepto pugna con el artículo 19, N<sup>º</sup> 21<sup>º</sup>, de la Constitución es que la remuneración de los gerentes de TVN es un dato estratégico para la empresa. Por una parte, porque revela a los competidores de TVN cuánto paga a sus ejecutivos. Esta información no está disponible en relación a los ejecutivos de dichas empresas o corporaciones. Por la otra, porque el Estatuto de TVN manda que ella debe operar “*con iguales derechos, obligaciones y limitaciones*” que sus competidores (artículo 2<sup>º</sup>, Ley N<sup>º</sup> 19.132).

El sometimiento a la legislación común que establece el artículo 19, N<sup>º</sup> 21<sup>º</sup>, se basa en esta lógica igualitaria de competencia. Por eso, la legislación que altera ese sometimiento, debe ser ponderada por el legislador y respaldada por un quórum calificado.

El legislador quiso que las remuneraciones del directorio y el director ejecutivo fueran públicas. Ellos administran y conducen la empresa. Y tienen la responsabilidad consiguiente por los perjuicios que causen a la corporación por sus actuaciones dolosas o culpables.

Pero ningún antecedente existe en la historia de la Ley N<sup>º</sup> 20.285, que haga aplicable la publicidad de las remuneraciones a quienes no ocupan esos cargos.

De ahí que la extensión de dicho régimen a los requerientes afecte dicho sometimiento a la legislación común de TVN;

**36<sup>º</sup>.** Que, por estas razones, este disidente considera que el presente requerimiento debe ser acogido.

Redactaron la sentencia los Ministros señores Enrique Navarro Beltrán (capítulos III, V y VII) y José Antonio Viera-Gallo Quesney (capítulos I, II, IV y VI), y la prevención y la disidencia, sus respectivos autores. Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

### **Roles N<sup>º</sup> 1.732-2010 y N<sup>º</sup> 1.800-2010 (acumulados).**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fer-

nández Fredes, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

## ROL Nº 1.733-2010

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE ARTÍCULOS 38, INCISO QUINTO, DE LA LEY Nº 18.933, VIGENTE CON ANTERIORIDAD A LA LEY Nº 20.015, EN LA PARTE QUE ALUDE A LA TABLA DE FACTOR ETARIO; 38 TER DE LA LEY YA CITADA, INCORPORADO POR LA LEY Nº 20.015 Y QUE CORRESPONDE ACTUALMENTE AL ARTÍCULO 199 DEL DFL Nº 1 DEL MINISTERIO DE SALUD, DEL AÑO 2005; Y 2º DE LA LEY Nº 20.015, DEDUCIDO POR EUGENIO JOSÉ DOMÍNGUEZ ZEGERS

Santiago, catorce de junio de dos mil once.

### VISTOS:

El señor Eugenio José Domínguez Zegers ha deducido ante este Tribunal Constitucional acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 38, inciso quinto, de la Ley Nº 18.933, vigente con anterioridad a la Ley Nº 20.015, en la parte que alude a la tabla de factor etario; 38 ter de la Ley ya citada, incorporado por la Ley Nº 20.015 y que corresponde actualmente al artículo 199 del D.F.L. Nº 1 del Ministerio de Salud, del año 2005; y 2º de la Ley Nº 20.015, en la causa sobre recurso de protección por alza de precio del plan de salud interpuesto por el requirente en contra de la Isapre Cruz Blanca S.A., que se encuentra actualmente pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el rol de ingreso Nº 1169-2010.

Como antecedentes de la referida gestión se indica que el requirente suscribió un contrato de salud con la mencionada Isapre el 31 de mayo de 2005 (fojas 54) y que mediante carta fechada el 28 de febrero de 2010 (fojas 36), ésta le informó el aumento que sufriría el precio de su plan de salud –de 5,29 a 7,44 Unidades de Fomento mensuales–, por efecto del cambio del factor de riesgo (de 2,30 a 3,10) que correspondía aplicar a raíz de la variación de la edad del cotizante (61 años) y del aumento

del precio base del plan de salud (de 2,30 a 2,40 Unidades de Fomento mensuales).

En cuanto al conflicto constitucional que se somete al conocimiento y resolución de esta Magistratura, el actor sostiene que la aplicación de los preceptos legales impugnados para la resolución del asunto judicial pendiente invocado, resulta contraria a las garantías que aseguran los N<sup>OS</sup> 2<sup>º</sup>, 9<sup>º</sup>, 18<sup>º</sup>, 24<sup>º</sup> y 26<sup>º</sup> del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Como fundamento de lo expresado, el actor argumenta que al autorizarse a las Isapres para ajustar los precios de los contratos de salud en relación con la edad y el sexo de los beneficiarios, las normas legales impugnadas establecen una diferencia entre los distintos grupos etarios y entre los hombres y las mujeres, de modo que, para acceder al mismo beneficio, unos pagan más que otros. Esta diferencia, señala el requirente, sería arbitraria, porque la edad y el sexo constituyen hechos involuntarios, a diferencia de otros que involucran una exposición voluntaria al riesgo, como son los hábitos de fumar o beber en exceso. Además, hace hincapié en que sería erróneo pensar que el aumento en la edad de la persona está necesariamente vinculado a una mayor ocurrencia de enfermedades. En este punto, el actor también plantea que las normas legales impugnadas serían arbitrarias en un sentido ético, por atentar contra la justicia.

Agrega, en seguida, que los preceptos legales cuestionados suponen una cortapisa a la libertad de las personas para elegir y permanecer en el plan de salud por el que optaron al celebrar el contrato de salud con la respectiva institución, siendo el fuerte y creciente aumento del precio una forma indirecta de obligarlas a salir del sistema privado de salud, vulnerando así la garantía del libre e igualitario acceso a la protección de la salud y el derecho a elegir el sistema al que la persona desee acogerse, sea estatal o privado.

Señala que además se estaría vulnerando el derecho a la seguridad social, en la medida que éste está íntimamente vinculado tanto con la protección de la salud como con la dignidad de la persona humana. En ese sentido, el requirente afirma que las Isapres, al estar facultadas para intervenir en la satisfacción del derecho a la protección de la salud de sus afiliados, deben procurar que los derechos consustanciales a la dignidad humana no sean afectados en su esencia ni menoscabados por la imposición de condiciones o requisitos que hagan imposible su libre ejercicio. Insiste en lo expresado razonando en orden a que la obligación de los particulares de respetar y promover los derechos inherentes a la dignidad de las personas persiste incluso en las relaciones convencionales entre privados. Por ello, sostiene, un alza de precio del plan de salud que obligue al afiliado a emigrar del sistema privado de salud, como sería su caso particular, constituye un atropello ilegítimo e inconstitucional a los derechos aludidos.

Denuncia que también en su caso concreto se infringe su derecho de propiedad, pues al serle exigido el pago de una mayor cotización para mantener los mismos beneficios que se convinieron en su oportunidad, junto con impedirle su derecho a hacer uso del sistema privado de salud, que constituye un bien que ya se encuentra incorporado a su patrimonio, en tanto es cotizante cautivo, se le estaría privando injustamente, además, de parte de dicho patrimonio al no contemplarse una contraprestación que resulte equivalente al aumento del precio del respectivo contrato de salud.

Observa, finalmente, que las tablas de factores que contemplan los preceptos legales impugnados imponen como condición, requisito o tributo el aumento de la cotización mensual para permanecer en el sistema privado de salud y en el plan elegido por el respectivo cotizante, afectando así la esencia de las garantías constitucionales a que se ha aludido.

La Segunda Sala de este Tribunal, por resolución de 15 de julio de 2010 (fojas 59), admitió a tramitación el requerimiento y ordenó la suspensión del procedimiento en que incide; posteriormente, por resolución de 30 de noviembre de 2010 (fojas 77), la misma Sala del Tribunal declaró admisible la acción deducida sólo respecto del artículo 38, en la parte que alude a la tabla de factor etario, de la Ley N° 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N° 20.015.

Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, el Tribunal ordenó practicar las comunicaciones y notificaciones previstas en el artículo 86 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura.

Consta en autos que sólo la Isapre requerida, representada por el abogado Maximiliano Silva Baeza, mediante presentación de fecha 11 de enero de 2011, formuló observaciones al requerimiento deducido, solicitando al Tribunal rechazarlo en todas sus partes (fojas 96).

Sostiene la entidad que no se producen las infracciones a las disposiciones constitucionales invocadas en este proceso, pues la aplicación del precepto impugnado por el actor:

**1°.** No coloca a Chile en condiciones de incumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pues lo que recomienda el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no es la disminución de las cotizaciones del régimen privado de seguridad social, para que grupos desaventajados puedan ingresar a él, sino que el Estado adopte medidas que aseguren a dichos grupos un nivel de prestaciones de seguridad social que sea adecuado, lo que no es lo mismo que “igualitario” (Recomendación N° 42). Además, la misma entidad reconoce a los planes privados como forma válida de seguridad social (numeral 5° de la Observación General N° 19). Por otro lado, la Isapre indica que el requirente no ha demostrado su vulnerabilidad y tampoco ha comprobado que la modificación de la cotización le sea inasequible o que los costos directos e indirectos del plan contributivo le impidan continuar en él.



2°. No infringe el derecho a la protección de la salud, pues su “exigibilidad” o “activación” presupone, en general, una serie de condiciones fácticas que demuestran cómo el requirente se encuentra en la necesidad de la prestación a que tiene un derecho fundamental, el que no se verifica en el caso de autos. Además, señala que el requirente no ha probado que será expulsado del sistema privado de salud por efecto directo e inmediato del aumento del precio del respectivo plan de salud que se producirá por aplicación de la tabla de factores de riesgo.

3°. No vulnera el derecho a la seguridad social porque la uniformidad a que se refiere el requirente es una característica de las prestaciones básicas que la Isapre o FONASA deben otorgar y que se cumple a través de las Garantías Explícitas de Salud y de la prohibición a las Isapres de pactar coberturas inferiores a la otorgada por FONASA en modalidad libre elección.

4°. No afecta la garantía de igualdad ante la ley, pues según la doctrina, en materias económico-sociales, el control de las leyes debe ser hecho de manera flexible y tolerante con el legislador, tomando en cuenta la razonabilidad técnica que ha tenido en cuenta para perseguir el fin ínsito en la norma impugnada. En el caso del contrato de salud previsual diseñado por el legislador, factores como el sexo y la edad permiten objetivamente diferenciar a las personas de acuerdo a sus necesidades de cobertura financiera. En el caso concreto, no existen antecedentes que indiquen la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley *de iure* o *de facto*. Del mismo modo, no se viola el “principio de libertad de configuración social del legislador”, pues la norma impugnada no vulnera los derechos al amparo de la pobreza y al mínimo vital.

5°. No viola el derecho de propiedad sobre cosas incorpóreas, ya que la alteración del precio del contrato de salud no es un elemento que impida el goce de los beneficios del sistema privado de salud y es producto de un acuerdo de voluntades válido ante el derecho.

Habiéndose traído los autos en relación, el día 5 de mayo de dos mil once se procedió a la vista de la causa, en forma conjunta con las causas roles N<sup>OS</sup> 1.735, 1.691, 1.737, 1.782 y 1.908, oyéndose sólo la relación, ya que ninguna de las partes de este proceso se presentó a alegar en la respectiva audiencia.

#### CONSIDERANDO:

### I LA IMPUGNACIÓN

**PRIMERO.** Que el requirente, don Eugenio José Domínguez Zegers, sostiene que la Isapre Cruz Blanca, con quien tiene un contrato de salud previsual desde el año 2005, le ha comunicado que su factor de riesgo,

correspondiente al plan de salud contratado, cambió de 2,30 a 3,10, al pasar de un tramo a otro de la tabla de factores etarios, aumentando de manera considerable el precio que debe pagar mensualmente a dicha institución de salud. Contra esa decisión, en lo que constituye la gestión pendiente de estos autos, el requirente interpuso un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago con el objeto de impugnar dicho reajuste;

**SEGUNDO.** Que, en el marco de dicha gestión, el requirente ha impugnado de constitucionalidad el artículo 38 de la Ley N° 18.933, el artículo 38 ter de la misma ley, incorporado por la Ley N° 20.015, el artículo 2° de la Ley N° 20.015 y el artículo 199 del DFL N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud. A su juicio, dichas normas infringen los números 2°, 9°, 18°, 24° y 26° del artículo 19 de la Constitución;

**TERCERO.** Que, mediante resolución de 30 de noviembre de 2010, se declaró admisible el presente requerimiento sólo respecto del artículo 38 de la Ley N° 18.933, en lo que se refiere a la tabla de factores. Por lo tanto, esta Magistratura no emitirá pronunciamiento sobre el resto de las normas legales cuestionadas;

## II

### EL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO

**CUARTO.** Que la norma legal impugnada corresponde al inciso quinto del artículo 38 de la Ley N° 18.933, que indica:

*“No obstante la libertad de las Isapres para adecuar el precio y su obligación de no discriminar en los términos señalados en el inciso tercero, el nuevo valor que se cobre al momento de la renovación deberá mantener la relación de precios por sexo y edad que hubiere sido establecida en el contrato original, usando como base de cálculo la edad del beneficiario a esa época, con la lista de precios vigentes en la Institución para el plan en que actualmente se encuentre.”.*

Este inciso fue incorporado por la Ley N° 19.381, publicada en el Diario Oficial en mayo de 1995;

**QUINTO.** Que la norma legal recién señalada fue reemplazada el año 2005 por el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 –hoy artículo 199 del DFL N° 1, del Ministerio de Salud, del año 2005–, introducido por la Ley N° 20.015. Por tanto, la norma legal en cuestión se encuentra actualmente derogada;

**SEXTO.** Que, según la jurisprudencia actual de este Tribunal (establecida en los cc. Noveno, décimo y decimoprimeros de la sentencia de las causas roles N°s 1.399 y 1.469, acumulados e invocados por las sentencias de las causas roles N°s 1.572, 1.598, 1.629, 1.765, 1.766, 1.784, 1.806, 1.807, 1.769y 1.745), es perfectamente posible pronunciarse sobre la constitucionalidad de un precepto legal derogado, *“siempre y cuando,*

*como sucede en la especie, dicha norma hubiere estado en vigor en el momento en que se suscitó la situación jurídica regida por ella y deba ser aplicada por el juez de la gestión pendiente al momento de resolver el asunto”;*

### III

#### RESUMEN DE LA DOCTRINA CONTENIDA EN LOS PRECEDENTES SOBRE LA MATERIA DE AUTOS

**SÉPTIMO.** Que este Tribunal tiene establecido un estándar conforme al cual se ha enjuiciado la constitucionalidad del precepto legal ahora impugnado, construido en otros casos de inaplicabilidad (STC roles N<sup>OS</sup> 1.572, 1.598, 1.629, 1.765, 1.766, 1.784, 1.806, 1.807, 1.769 y 1.745).

Este análisis tuvo como punto de partida, aparte de las normas constitucionales, dos antecedentes. Por una parte, la crítica que al precepto legal cuestionado realizó el propio Ejecutivo, cuando envió la modificación legislativa a dicho precepto legal al Congreso Nacional. La misma crítica formuló recientemente el actual Presidente de la República, cuando evacuó su informe en el procedimiento de inconstitucionalidad de los autos Rol N<sup>º</sup> 1.710 y cuando envió al Congreso el proyecto de ley que modifica el régimen actual. Por la otra, las críticas que las propias Isapres, para defender la constitucionalidad de la tabla de factores del artículo 38 ter, formularon al precepto legal que ahora se cuestiona;

**OCTAVO.** Que esta doctrina, elaborada a propósito de la tabla de factores fijada conforme a la ley, también es aplicable en el caso que acá analizamos, en que la tabla tiene origen contractual.

Dicha doctrina tiene tres componentes fundamentales. Por una parte, ciertos criterios que debe cumplir la tabla de factores para ser legítima. En primer lugar, este Tribunal ha dicho que la tabla de factores debe tener proporcionalidad en relación a las rentas (STC Rol N<sup>º</sup> 1.710, cc. sexagesimoquinto, centesimocuatragesimoquinto y centesimocuatragesimosexto); por lo mismo, no puede generar un desequilibrio entre el cobro de la cotización y la protección del derecho a la salud (STC Rol N<sup>º</sup> 1710, c. centesimoquinquagesimosexto); no puede generar un reajuste exponencial y confiscatorio de las rentas del afiliado (STC Rol N<sup>º</sup> 1.710, c. centesimoquinquagesimoquinto); no puede generar la imposibilidad de que el afiliado costee el aumento del precio que su aplicación conlleva (STC Rol N<sup>º</sup> 1710, c. centesimosexagésimo); y no puede obligar a los beneficiarios a emigrar del sistema (STC Rol N<sup>º</sup> 1.710, c. centesimoquinquagesimoséptimo).

En segundo lugar, la relación que dicha tabla establezca entre los distintos factores que la componen, debe tener una fundamentación razonable (STC Rol N<sup>º</sup> 1.710, cc. centesimocuatragesimoquinto y centesimocuatragesimosexto); no puede haber discrecionalidad de la Isapre para

determinar los factores de cada tabla (STC Rol N° 1.710, cc. sexagesimoquinto y centesimocuatragesimoquinto); y tienen que existir límites idóneos, necesarios y proporcionales y, por ende, razonables (STC Rol N° 1.710, c. centesimocuatragesimoquinto).

En tercer lugar, el mecanismo debe permitir una intervención del afiliado, sin que pueda limitarse a aceptar o rechazar lo que la entidad previsional ofrezca (STC Rol N° 1710, c. centesimoquinquagesimotercero); no puede haber dispersión en la determinación del precio entre los diferentes intervinientes (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimotercero).

Finalmente, no puede generar tratos desiguales (STC Rol 1710, cc. centesimocuatragesimotavo y centesimoquinquagesimoquinto) ni considerar factores inherentes a la condición humana (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimoquinto);

**NOVENO.** Que el segundo componente de esta doctrina es la manera en que este Tribunal ha caracterizado al contrato de salud. Así, ha señalado que el constituyente ha configurado algunas variables de este contrato. Estas tienen que ver con la posibilidad de las Isapres de financiar acciones de salud (artículo 19, N° 9°), con la opción del cotizante entre el sistema estatal o privado (artículo 19, N° 9°), con la cotización obligatoria (artículo 19, N° 9°) y con el control del Estado de las acciones realizadas en el ámbito de la salud (artículo 19, N° 9°). Asimismo, ha sostenido que el contrato de salud es un contrato de tracto sucesivo (STC Rol N° 1710, c. centesimoseptuagésimo), de orden público (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimocuarto) y distinto a un contrato de seguro propio del derecho privado (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimocuarto). En el mismo sentido se han pronunciado los roles N°s 1.572, 1.598, 1.629, 1.765, 1.766, 1.784, 1.806, 1.807, 1.769 y 1.745. Del mismo modo lo ha entendido la Corte Suprema (SCS roles 8837-2010, 566-2011 y 9044-2010);

**DÉCIMO.** Que el tercer componente de esta doctrina es que este Tribunal ha señalado que el contenido esencial de la seguridad social recoge los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad, sobre todo si se ven conjuntamente el derecho a la salud (artículo 19, N° 9°) y el derecho a la seguridad social (artículo 19, N° 18°). (STC Rol N° 1.710, cc. centesimotrigesimoprimeros a centesimotrigesimoquinto);

#### IV

#### APLICACIÓN DE ESTOS ESTÁNDARES AL CASO CONCRETO

**DECIMOPRIMERO.** Que la doctrina constitucional señalada tiene una consecuencia directa en el caso concreto, pues en este caso no se respeta el estándar precedentemente analizado;

**DECIMOSEGUNDO.** Que, en efecto, en primer lugar, no hay una proporcionalidad del reajuste ofrecido por la Isapre. Sobre todo si se considera que se ha estimado desproporcionada y carente de razonabilidad la norma que entregaba amplia libertad de actuación a un organismo de la Administración (STC Rol N<sup>o</sup> 1.710, cc. sexagesimoprimer, sexagesimosegundo y centesimocuatrecientosquinto), peor aún resulta entregar la regulación de esta materia a la libertad contractual o, como lo dice la norma, a la libertad de la Isapre, por el desequilibrio de facultades que tiene en su favor (STC roles N<sup>os</sup> 1.572, 1.598, 1.629, 1.765, 1.766, 1.784, 1.806, 1.807, 1.769 y 1.745);

**DECIMOTERCERO.** Que, asimismo, en el presente caso se infringe la Constitución, pues se entrega a la voluntad de las partes determinar un elemento esencial de un contrato de orden público, como lo es la reajustabilidad del precio del plan.

Considérese, por de pronto, que cuando el requirente de estos autos suscribió su contrato de salud, pagaba 3,89 UF, en el año 2005. Seis años después, su mismo plan tiene un costo de 5,29 UF. Es decir, aumentó más del 35%. Partió pagando, en dinero de hoy, casi 85 mil pesos y termina pagando 115 mil pesos;

**DECIMOCUARTO.** Que, en segundo lugar, tampoco se cumple el estándar de relación razonable que debe existir entre los factores que componen la tabla respectiva.

En efecto, en la tabla que suscribió el requirente, el precio de su plan se encarece con la edad. De hecho, para el caso que nos ocupa, para él, como cotizante, los factores aumentan en 0,70 al cumplir 61 años y nuevamente 0,70 más al cumplir 66;

**DECIMOQUINTO.** Que, en tercer lugar, tampoco se respeta el estándar de protagonismo que debe tener el afiliado en su determinación. Por una parte, porque estamos frente a un verdadero contrato de adhesión. En los hechos, se impone la voluntad de la Isapre. Por la otra, la renovación se convierte en dramática, porque o paga más por su plan o rebaja sus prestaciones. Así las cosas, la permanencia del beneficiario en su plan o, incluso, en el régimen privado de salud, puede significar un elevado costo que sea inviable para el común de las personas, como el requirente de autos;

**DECIMOSEXTO.** Que, además, el precepto legal objetado tampoco pasa el estándar de la no discriminación. Por de pronto, porque se construye el mecanismo en base a elementos inherentes a la naturaleza humana, como la edad y el sexo. En el caso del requirente, el mecanismo implica que entre más edad tenga, más caro será su plan. Enseguida, el sistema implica potenciar una discriminación en materia de seguridad social, no sólo en base a edad, sino también en base a ingresos, pues las prestaciones de seguridad social deben tender hacia ser “básicas” –que no

es mínimo, sino cubierto todo lo esencial– y “uniformes” –no abiertas y groseramente desiguales– (artículo 19, N° 18°);

**DECIMOSEPTIMO.** Que, por otra parte, en el presente caso, la infracción del artículo 19 N° 18° de la Constitución ocurre de forma incluso más patente que respecto del artículo 38 ter (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquincuagesimoquinto), pues en el caso del precepto que se examina no se establece ninguna precisión ni regla especial para las personas que se encuentran en situación de obtener las prestaciones de seguridad social que el contrato de salud conlleva (STC roles N°s 1.572, 1.598, 1.629, 1.765, 1.766, 1.784, 1.806, 1.807, 1.769 y 1.745);

**DECIMOCTAVO.** Que, en consecuencia, el requerimiento interpuesto debe acogerse, toda vez que la aplicación del inciso quinto del artículo 38 de la Ley N° 18.933, impugnado, vulnera el derecho a la protección de la salud (artículo 19, N° 9°) y a la seguridad social (artículo 19, N 18°) y, por tanto, resulta contrario a la Constitución.

Habiéndose acogido el requerimiento respecto de la norma legal impugnada antes mencionada por los argumentos señalados, no se emitirá pronunciamiento respecto de la supuesta infracción de las demás disposiciones constitucionales invocadas.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en los artículos 19, números 9° y 18°, y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE FOJAS 1 SÓLO EN CUANTO SE DECLARA INAPLICABLE EL INCISO QUINTO DEL ARTÍCULO 38 DE LA LEY N° 18.933 EN LA CAUSA *SUB LITE*. SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN ESTOS AUTOS, DEBIENDO OFICIARSE AL EFECTO A LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO.**

**El Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto previene** que concurre a lo resuelto en la sentencia, pero lo hace basado únicamente en la consideración de que el precepto legal declarado inaplicable por inconstitucional contiene una regulación incompleta e imprecisa de las reglas a utilizar en la configuración de la estructura de las tablas de factores que se utilizan para reajustar el precio de los planes de salud, lo que ha permitido un incumplimiento del deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud en la forma y condiciones que determine la ley, mandato que ésta no ha cumplido a cabalidad.

**Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán** concurre a lo resuelto únicamente en atención a lo señalado en los considerandos primero a quinto, y teniendo adicionalmente presente que el legislador no precisó suficientemente en el aludido artículo 38, inciso quinto, que se impugna, la forma de fijación de la tabla de factores, según criterios de edad y sexo, la que por sí misma no es contraria a la Carta Fundamental, como lo ha señalado esta misma Magistratura. De este modo, se incumple así el mandato delegado al legislador de establecer la forma y condiciones en que el Estado debe garantizar adecuadamente la ejecución de las acciones de salud, sea que éstas se presten a través de instituciones públicas o privadas, en el marco del principio de subsidiariedad. No corresponde, sin embargo, a través de esta vía procesal constitucional pronunciarse acerca de los aumentos en los valores de los planes de salud que ha sufrido el requirente, todo lo cual es materia propia de la acción de protección, tal como lo ha señalado reiteradamente este previniente (STC Rol N<sup>º</sup> 1.710), puesto que la ponderación de los hechos litigiosos de las gestiones respectivas corresponde a los jueces de fondo de la instancia (STC Roles 1.130, 1.210, 1.266 y 1.324). Finalmente, es del caso tener presente que las tablas de factores se incorporaron a los respectivos contratos, de suerte tal que las acciones de inaplicabilidad no resultan idóneas para declarar la inconstitucionalidad de los contratos suscritos, lo que deberá impugnarse –en su caso– a través de las vías ordinarias que prevé el ordenamiento jurídico.

**El Ministro señor Iván Aróstica Maldonado previene** que concurre a la sentencia, en virtud única y exclusivamente de lo expresado en los considerandos primero al séptimo, y en especial por lo expresado en este último en relación con el artículo 19, N<sup>º</sup> 9<sup>º</sup>, inciso cuarto, de la Constitución. Tiene presente para ello que, en su oportunidad, la norma legal impugnada no hizo exigible la obligación del Estado de facilitar el acceso de los afiliados más riesgosos afectados por su aplicación, a las correspondientes acciones de salud que por su intermedio brindan las Isapres, de conformidad con el principio de subsidiariedad.

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben y las prevenciones, sus respectivos autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

### **Rol N<sup>º</sup> 1.733-2010**

Se certifica que la Ministra señora Marisol Peña Torres concurrió al acuerdo y fallo, pero no firma por encontrarse con permiso.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros se-

ñores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

## ROL Nº 1.734-2010

### REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 57 DE LA LEY GENERAL DE SERVICIOS SANITARIOS, DEDUCIDO POR SOCIEDAD ADMINISTRADORA Y SERVICIOS MAIPÚ S.A.

Santiago, diecisiete de junio de dos mil diez.

Proveyendo la presentación de la parte requirente de fojas 25: a lo principal, no ha lugar. Al otrosí: por acompañado el documento que indica.

Proveyendo la presentación de la parte requirente de fojas 28: a lo principal, a sus antecedentes. Al otrosí, estése a lo resuelto en la presente resolución.

#### VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que, por resolución de 2 de junio del presente año, no se admitió a tramitación el requerimiento interpuesto por no haberse adjuntado el certificado exigido por el artículo 47 A, inciso segundo, de la Ley Nº 17.997;

2°. Que en los certificados acompañados por la parte requirente en su presentación de fojas 28, no se subsana en la forma debida el defecto indicado en la resolución antes mencionada, puesto que no se indican los domicilios *“de las partes y de sus apoderados”* en los autos en que incide la acción deducida ante este Tribunal;

3°. Que de acuerdo con lo que dispone el artículo 47 D, inciso segundo, de la Ley Nº 17.997, en una situación de esta naturaleza el requerimiento *“se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales”*.



**SE DECLARA:**

Que se tiene por no presentado el requerimiento deducido en lo principal de fojas uno para todos los efectos legales.

Notifíquese la presente resolución por carta certificada.

**Rol N<sup>º</sup> 1.734-2010**

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor José Luis Cea Egaña, y por los Ministros señora Marisol Peña Torres y señores Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

**ROL N<sup>º</sup> 1.735-2010**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38 DE LA LEY  
N<sup>º</sup> 18.933, VIGENTE CON ANTERIORIDAD A LA LEY N<sup>º</sup> 20.015,  
EN LA PARTE QUE ALUDE A LA TABLA DE FACTOR ETARIO;  
38 TER DE LA LEY N<sup>º</sup> 18.933 YA CITADA, CORRESPONDIENTE  
ACTUALMENTE AL ARTÍCULO 199 DEL DECRETO CON FUERZA  
DE LEY N<sup>º</sup> 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD; Y 2<sup>º</sup>  
DE LA LEY N<sup>º</sup> 20.015, INCONSTITUCIONALIDAD  
DE MARÍA CECILIA PARDO VÁSQUEZ**

Santiago, siete de julio de dos mil once.

**VISTOS:**

La señora María Cecilia Pardo Vásquez ha deducido ante este Tribunal Constitucional acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 38 de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N<sup>º</sup> 20.015, en la parte que alude a la tabla de factor etario; 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 ya citada, correspondiente actualmente al artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N<sup>º</sup> 1, de 2005, del Ministerio de Salud; y 2<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, en la causa sobre reclamo por alza de

precio del plan de salud interpuesto por su parte en contra de la Isapre Cruz Blanca S.A. y que se encuentra actualmente pendiente ante el Tribunal Arbitral de la Superintendencia de Salud bajo el rol de ingreso N° 5762-2010.

Como antecedentes de la referida gestión se indica que la requirente suscribió un contrato de salud con la mencionada Isapre el 18 de abril de 2008 (fojas 27) y que mediante carta fechada el 31 de enero de 2010 (fojas 16), ésta le informó el aumento que sufriría el precio de su plan de salud –de 2,73 a 3,33 Unidades de Fomento mensuales–, por efecto de la variación del precio base del plan y del cambio del factor de riesgo que correspondía aplicar a raíz de la variación de la edad de la cotizante (55 años).

En cuanto al conflicto constitucional que se somete al conocimiento y resolución de esta Magistratura, la actora sostiene que el precepto legal impugnado resulta contrario a las garantías establecidas en los N°s 2°, 9°, 18°, 24° y 26° del artículo 19 del mismo texto.

Como fundamento de lo expresado, la actora argumenta que al autorizarse a las Isapres para ajustar los precios de los contratos de salud en relación con la edad y el sexo de los beneficiarios, las normas impugnadas establecen una diferencia entre los distintos grupos etarios y entre los hombres y las mujeres, de modo que, para acceder al mismo beneficio, unos pagan más que otros. Esta diferencia, señala la requirente, sería arbitraria, porque la edad y el sexo constituyen hechos involuntarios, a diferencia de otros que involucran una exposición voluntaria al riesgo, como son los hábitos de fumar o beber en exceso. Además, hace hincapié en que sería erróneo pensar que el aumento en la edad de la persona está necesariamente vinculado a una mayor ocurrencia de enfermedades. En este punto, la actora también plantea que las normas legales impugnadas serían arbitrarias en un sentido ético, por atentar contra la justicia.

Agrega, en seguida, que los preceptos legales cuestionados suponen una cortapisa a la libertad de las personas para elegir y permanecer en el plan de salud por el que optaron al celebrar el contrato de salud con la respectiva institución, siendo el fuerte y creciente aumento del precio una forma indirecta de obligarlas a salir del sistema privado de salud, vulnerando así la garantía del libre e igualitario acceso a la protección de la salud y el derecho a elegir el sistema al que la persona desee acogerse, sea estatal o privado.

Señala que además se estaría vulnerando el derecho a la seguridad social, en la medida que éste está íntimamente vinculado tanto con la protección de la salud como con la dignidad de la persona humana. En ese sentido, la requirente afirma que las Isapres, al estar facultadas para intervenir en la satisfacción del derecho a la protección de la salud de sus afiliados, deben procurar que los derechos consustanciales a la dignidad

humana no sean afectados en su esencia ni menoscabados por la imposición de condiciones o requisitos que hagan imposible su libre ejercicio. Insiste en lo expresado razonando en orden a que la obligación de los particulares de respetar y promover los derechos inherentes a la dignidad de las personas persiste incluso en las relaciones convencionales entre privados. Por ello, sostiene, un alza de precio del plan de salud que obligue al afiliado a emigrar del sistema privado de salud, como sería su caso particular, constituye un atropello ilegítimo e inconstitucional a los derechos aludidos.

Denuncia que también en su caso concreto se infringe su derecho de propiedad, pues al serle exigido el pago de una mayor cotización para mantener los mismos beneficios que se convinieron en su oportunidad, junto con impedirle su derecho a hacer uso del sistema privado de salud, que constituye un bien que ya se encuentra incorporado a su patrimonio, en tanto es cotizante cautiva, se le estaría privando injustamente, además, de parte de dicho patrimonio al no contemplarse una contraprestación que resulte equivalente al aumento del precio del respectivo contrato de salud.

Observa, finalmente, que las tablas de factores que contemplan los preceptos legales impugnados imponen como condición, requisito o tributo el aumento de la cotización mensual para permanecer en el sistema privado de salud y en el plan elegido por el respectivo cotizante, afectando así la esencia de las garantías constitucionales a que se ha aludido.

La Segunda Sala de este Tribunal, por resolución de 7 de julio de 2010 (fojas 35), admitió a tramitación el requerimiento y ordenó la suspensión del procedimiento en que incide; posteriormente, por resolución de 27 de julio de 2010 (fojas 45), lo declaró admisible.

Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, el Tribunal ordenó practicar las comunicaciones y notificaciones previstas en el artículo 86 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, sin que los órganos constitucionales interesados ni la Isapre requerida hicieran uso de su derecho a formular observaciones dentro del plazo legal.

Habiéndose traído los autos en relación, el día 5 de mayo de dos mil once se procedió a la vista de la causa, en forma conjunta con las causas roles N<sup>OS</sup> 1.691, 1.737, 1.733, 1.782 y 1.908, oyéndose sólo la relación, ya que ninguna de las partes de este proceso se presentó a alegar en la respectiva audiencia.

#### CONSIDERANDO:

**PRIMERO.** Que, conforme con el artículo 93, incisos primero, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, y undécimo, de la Constitución Política de la República, según se señala en la parte expositiva de esta sentencia, en la acción deducida en autos se solicita inaplicar –en lo pertinente– los artículos 38 de la Ley N<sup>º</sup> 18.933,

vigente con anterioridad a la Ley N° 20.015; 38 ter de la Ley N° 18.933; 2° de la Ley N° 20.015 y 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Salud, del año 2005, porque su aplicación al caso concreto de que se trata resultaría contraria a los reseñados derechos asegurados por la Constitución;

**SEGUNDO.** Que, de acuerdo con la fecha en que se celebró el contrato de salud previsional entre la parte requirente y la antes individualizada Isapre, cabe descartar, a su respecto, la aplicación del artículo 38 de la Ley N° 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N° 20.015, de modo que se rechazará desde luego la impugnación de autos dirigida en contra de tal precepto.

Igualmente, procede desestimar la acción en la parte que cuestiona el artículo 2° de la Ley N° 20.015, puesto que esta norma sólo determina los efectos en el tiempo de dicho cuerpo legal, precisando cómo deben adaptarse los contratos vigentes a julio de 2005 a sus disposiciones. Se trata, pues, de un precepto que se limita a regular la transitoriedad de las situaciones contractuales anteriores y posteriores al año 2005, no estableciendo, por ende, ninguna regulación sustantiva sobre los contratos de salud, susceptible de ser declarada inaplicable por inconstitucional;

**TERCERO:** Que, siéndole aplicables al caso de autos las reglas sobre alzas establecidas en los N°s 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que corresponde también al artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, sí se acogerá el requerimiento formulado a este respecto, justamente porque su aplicación al caso específico de que se trata contraviene la Constitución.

Lo anterior, en consideración a lo ya expresado por esta Magistratura en su sentencia de 6 de agosto de 2010 (STC Rol N° 1.710), donde se declararon inconstitucionales los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del referido precepto legal, y a lo reflexionado extensamente en su jurisprudencia posterior, especialmente en su sentencia de 28 de octubre de 2010 (STC Rol N° 1.552), cuyos criterios se dan por reproducidos y no pueden sino reiterarse en esta oportunidad.

**Y TENIENDO, ADEMÁS, PRESENTE** lo prescrito en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, así como las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS UNO SÓLO EN CUANTO SE DECLARA INAPLICABLE EL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY N° 18.933 EN LA CAUSA *SUB LITE*. EN LO DEMÁS, SE RECHAZA, SIN COSTAS, EL REQUERIMIENTO INTERPUESTO. SE DEJA SIN EFECTO LA**

## SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA A FOJAS 35 DE AUTOS, DEBIENDO OFICIARSE AL EFECTO A LA SUPERINTENDENCIA DE SALUD.

Se previene que la Ministra señora Marisol Peña Torres concurre a la decisión de acoger el requerimiento, en la parte referida al artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, pero en base a las siguientes consideraciones:

1<sup>º</sup>. Que, tal como se indica en la parte expositiva, la requirente, señora María Cecilia Pardo Vásquez, suscribió un contrato de salud con la Isapre Cruz Blanca S.A., el 18 de abril de 2008. Mediante carta de 31 de enero de 2010, ésta le informó a la cotizante que correspondía actualizar el factor etáreo de su contrato de salud vigente, reajustándose por este concepto el precio del mismo. Fue la variación del rango de edad de la cotizante –sin perjuicio de la variación en el precio base del contrato– lo que motivó el cambio del valor del índice o factor de riesgo aplicable al plan de salud. Al cumplir los 55 años de edad, el factor respectivo se eleva desde 2,70 a 3,20. Así, el costo del plan de la afiliada cambia de 2,73 a 3,33 unidades de fomento mensuales.

Éstas son las razones fundamentales que motivaron la interposición del respectivo reclamo ante la Superintendencia de Salud, con fecha 8 de abril de 2010, constituyendo ésta la gestión pendiente en la que se solicita inaplicar el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, que corresponde al artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N<sup>º</sup> 1, de 2005, del Ministerio de Salud;

2<sup>º</sup>. Que la sentencia de este Tribunal que pronunció la inconstitucionalidad de cuatro numerales del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 –a que se refiere el considerando tercero de esta sentencia– fue dictada el 6 de agosto de 2010, entendiéndose derogada aquella parte del precepto legal indicado desde la publicación de dicha sentencia en el Diario Oficial, lo que ocurrió el 9 de agosto de ese mismo año por aplicación de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 94 de la Carta Fundamental;

3<sup>º</sup>. Que la disposición constitucional recién mencionada señala expresamente: “(...) *el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo.*” (El subrayado es nuestro). Cabe entender, entonces que, por expresa disposición constitucional, la sentencia que pronuncia la inconstitucionalidad de un precepto legal no puede hacerse extensiva a situaciones que tienen su origen en situaciones anteriores a su publicación en el Diario Oficial, pues ello implicaría violentar la voluntad del Constituyente que optó por otorgarle efectos *ex nunc* a dicha sentencia y no efectos *ex tunc* como ocurre con otros ordenamientos normativos en el Derecho Comparado;

4°. Que el problema a determinar, en relación con el caso concreto que en esta oportunidad se decide, es si el efecto no retroactivo de las sentencias de inconstitucionalidad – a que alude el inciso tercero del artículo 94 de la Carta Fundamental– es de carácter absoluto o puede matizarse en algunos casos sin violentar la voluntad del Constituyente;

5°. Que, sobre este punto, existen antecedentes doctrinarios y de historia de la disposición antes citada, que permiten inferir que, al rechazarse las indicaciones que tendían a matizar el efecto no retroactivo de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de un precepto legal, durante el trámite de la reforma constitucional de 2005, sólo cabe concluir que el Tribunal Constitucional no está autorizado por la Ley Suprema para atribuirles dicho efecto;

6°. Que, así, y en lo que a la resolución de este conflicto de constitucionalidad atañe, no cabe, a juicio de esta previniente, retrotraer los efectos de la sentencia recaída en el Rol N° 1.710 a un contrato celebrado con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial, con mayor razón cuando el conflicto sometido a esta Magistratura se ha originado en un alza en el precio del plan de salud basado en la aplicación de la tabla de factores incorporada a ese contrato, que se ha reclamado, también, con anterioridad a la fecha de publicación de dicha sentencia en el Diario Oficial;

7°. Que, con todo, distinta es la necesidad que asiste a este Tribunal de examinar si el precepto legal impugnado en estos autos –el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933– puede recibir aplicación en el reclamo de que conoce la Superintendencia de Salud bajo el rol de ingreso N° 5762-2010, teniendo presente que, al momento de su interposición, dicho precepto legal no se encontraba derogado y que, además, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2° de la Ley N° 20.015, *“los contratos de salud previsional que se celebren con posterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley deberán ajustarse a ella.”*;

8°. Que, en esa línea de razonamiento debe recordarse la jurisprudencia de esta Magistratura, en el sentido que basta que el precepto legal impugnado tenga la posibilidad de aplicarse en la gestión pendiente de que se trata –y, eventualmente, de forma inconstitucional– para que este Tribunal deba entrar a pronunciarse sobre su inaplicabilidad.

Se ha sostenido, en efecto, que *“(...) para fundar una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es suficiente que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto, correspondiendo al Tribunal únicamente verificar la posibilidad de que el precepto legal sea aplicado a un caso, para quedar obligado a pronunciarse sobre la acción deducida, y que la acción de inaplicabilidad es un medio de accionar en contra de la aplicación de normas legales determinadas contenidas en una gestión judicial y que puedan resultar derecho aplicable (STC roles N°s 501, 505, 790, y 943, entre otros).”* (STC Rol N° 1.295, c. cuadragesimosegundo);

9°. Que, desde este punto de vista, la requirente sostiene, en su libelo, que: “*Siendo una de las razones que motiva la solicitud de dejar sin efecto el alza de precio por aplicación de tabla de factores de edad y sexo interpuesto ante la Superintendencia de Salud, precisamente la arbitrariedad que supone el ostensible e inexorable aumento de precio de los planes de salud a medida que las personas envejecen, de la simple lectura de los textos transcritos se desprende que las normas impugnadas resultan directamente aplicable para resolver la cuestión debatida en dicha gestión pendiente.*” (Página 4 del requerimiento).

Por su parte, la carta de adecuación dirigida por la Isapre Cruz Blanca S.A., a la requirente, de fecha 31 de enero de 2010, y que rola a fojas 16 de estos autos, precisa que: “*En conformidad a lo convenido en su contrato de salud, para el período anual del mismo que se cumple en el mes de abril, se registra(n) variación(es) en la(s) edad(es) del (de los) beneficiarios(s) que implican un cambio en los tramos previstos. Por lo anterior, corresponde actualizar el factor por sexo y edad de su contrato a 3.20 lo que significará una variación en el precio de su Plan de Salud Complementario.*” (Énfasis agregado);

10°. Que, así, la acción de inaplicabilidad deducida en esta oportunidad se funda en el hecho de que, de aplicarse por la Superintendencia de Salud, el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 o Ley de Isapres, para fallar el reclamo deducido por doña María Cecilia Pardo Vásquez, se producirá una vulneración de los derechos asegurados en los numerales 2° (igualdad ante la ley), 9° (derecho a la protección de la salud); 18° (derecho a la seguridad social), 24° (derecho de propiedad) y 26° (protección a la esencia de los derechos) del artículo 19 de la Constitución Política. Entonces, la sola posibilidad de que dicha aplicación produzca un resultado contrario a la Constitución es suficiente para que, conforme a su jurisprudencia reiterada, este Tribunal deba decidir su inaplicabilidad a la luz de las circunstancias propias del control concreto que ella supone;

11°. Que de conformidad a lo previsto en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6° de la Carta Fundamental, el Tribunal Constitucional debe decidir la inaplicabilidad de un precepto legal “*cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.*” (El subrayado es nuestro). De ello se deduce que lo que puede resultar contrario a la Carta Fundamental es la aplicación que un determinado precepto legal recibirá en una gestión judicial concreta, a la luz de las particulares circunstancias que la rodean;

12°. Que, sobre la base explicada, y para decidir el conflicto de constitucionalidad que ha de resolverse en esta oportunidad debe considerarse que esta Magistratura ha acogido, en reiteradas oportunidades, acciones de inaplicabilidad referidas al artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, que es la misma norma impugnada en esta ocasión. De hecho, y antes de pronunciarse la inconstitucionalidad de dicha norma, con efectos *erga omnes*,

decidió la inaplicabilidad de dicho precepto legal en los Roles N<sup>os</sup> 976, 1.218, 1.287 y 1.273;

**13°.** Que, como esta Ministra previniente señaló en su voto particular recaído en la sentencia Rol N<sup>o</sup> 1.710, tales acciones de inaplicabilidad se dedujeron teniendo como gestión pendiente, sendos recursos de protección deducidos ante Cortes de Apelaciones, reclamando de la ilegalidad y arbitrariedad en que había incurrido la Isapre respectiva, al subir, unilateralmente, el precio del plan de salud por aplicación de la tabla de factores contenida en el artículo 38 ter de la Ley N<sup>o</sup> 18.933 introducido por la Ley N<sup>o</sup> 20.015. Ello coincide con el fundamento del reclamo que constituye la gestión pendiente en el presente requerimiento de inaplicabilidad.

Pero, además, en aquel voto particular, se precisó que *“las referidas acciones de inaplicabilidad fueron deducidas por personas afiliadas a diversas Instituciones de Salud Previsional (Isapres), quienes fueron notificadas, mediante la respectiva carta de adecuación de un alza en el precio de su plan de salud como consecuencia de la modificación experimentada en el valor de éste, no en su precio base, sino que en la aplicación de la tabla de factores a que alude el artículo 38 ter de la Ley N<sup>o</sup> 18.933, en base a los factores de edad y sexo, respectivamente.”* Se indicó, también, que *“los diversos requirentes de inaplicabilidad, en cada uno de esos procesos, fueron personas de 60 años de edad o más.”* (c. decimosexto).

Finalmente, se sostuvo, siguiendo la jurisprudencia previa del Tribunal, que *“la introducción de factores como el sexo y la edad, así como la diferencia de tramos en aplicación de esos criterios, en cuanto modalidades de estructuración de una tabla de factores (...) no son, en sí mismas, arbitrarias o carentes de razonabilidad, en la medida que se basan en la consideración de factores objetivos y fácilmente comprobables, como la mayor demanda de prestaciones de salud por parte de la mujer en edad fértil o de las personas mayores de 60 años de edad.”*

*“Distinto es lo relativo a la forma cómo se aplica la tabla de factores, sin considerar la vulnerabilidad que, en determinadas etapas de la vida, afecta a ciertas personas. Un aumento indiscriminado de los precios de los planes de salud respecto de ellas, ciertamente, podría lesionar los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social cuando no se consideran mecanismos de solidaridad que permitan soportar dichas alzas sin discontinuar el acceso a las prestaciones de salud.”* (c. trigesmoquinto);

**14°.** Que las declaraciones previas de inaplicabilidad recaídas en los Roles N<sup>os</sup> 976, 1.218, 1.287 y 1.273 identifican la postura de esta Ministra previniente sobre la base de constatarse que la vulneración, en cada una de las gestiones judiciales pendientes, de los derechos constitucionales mencionados se producía porque el alza en el precio del respectivo plan de salud, como consecuencia de la aplicación de la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la Ley N<sup>o</sup> 18.933, se producía considerando los factores edad y sexo a que ella alude, de forma que personas



que objetivamente se encontraban en condiciones de particular vulnerabilidad, no sólo por su edad, sino por su condición de “cotizantes cautivos”, eran discriminadas y desprotegidas desde el punto de vista de la seguridad social, haciendo además ilusorio su derecho a elegir el sistema de salud al que habían decidido estar adscritas;

**15°.** Que un razonamiento congruente con tal juicio y que además resulte acorde a la naturaleza propia de un control concreto como el que importa la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad exige examinar si, en la especie, se dan condiciones similares a las que motivaron la decisión de esta magistrada en las sentencias previas de inaplicabilidad a que se ha hecho referencia;

**16°.** Que, en tal sentido, de los antecedentes acompañados a este proceso constitucional y, especialmente, de la carta de adecuación que rola a fojas 16 de autos, se desprende que el alza en el precio del plan de salud de doña María Cecilia Pardo Vásquez se produjo por el cambio de su factor etéreo, desde el factor 2.70 al factor 3.20, por ingresar al tramo que se inicia en los 55 años de edad;

**17°.** Que, tal y como se razonó en la sentencia recaída en Rol N<sup>º</sup> 1.273, la aplicación del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 producirá, en la especie, un resultado contrario a la Constitución, por las siguientes razones:

1. Porque la evolución del factor edad consultado en la respectiva tabla de factores, incorporada al contrato de salud suscrito entre doña María Cecilia Pardo Vásquez e Isapre Consalud S.A., como consecuencia de haber cambiado de tramo, implica que no se ha respetado la proporcionalidad de las prestaciones derivadas de un contrato que, por exigencias de orden público, debe tender a maximizar el goce de las prestaciones de salud, impidiendo a los respectivos cotizantes mantener el régimen privado de atención al que habían deseado acogerse. Esta situación reviste particular preocupación cuando se trata de una afiliada a quien se eleva significativamente el precio de su plan de salud, al alcanzar la edad de 55 años, esto es, precisamente cuando accede a una situación de mayor vulnerabilidad, desde el punto de vista de la salud. Si la respectiva afiliada no puede seguir pagando el nuevo costo del plan, quedaría obligada a abandonar el sistema privado de salud para incorporarse, obligadamente, al equivalente público vulnerándose su derecho a elegir el sistema de salud al que desea acogerse, de acuerdo con lo que le asegura el numeral 9° del artículo 19 de la Constitución (cc. sexagesimosexto y sexagesimoséptimo);

2. Porque la existencia de reajustes periódicos del precio del plan de salud previsional sólo por el aumento de edad, independientemente de la iniquidad de su cuantía, por estar expresada en múltiplos del precio base, resulta inconciliable con el derecho a la seguridad social, garantizado en el numeral 18° del artículo 19 de la Ley Suprema, puesto que

resulta incompatible con los propósitos que persiguen las instituciones de seguridad social –entre las que se encontraría el contrato de salud previsional– en el sentido de impedir que la desprotección frente a los estados de necesidad aumente en la misma medida en que aumentan los años de vida (cc. septuagesimoctavo y octagésimo);

**18°.** Que las circunstancias particulares que rodean la situación de doña María Cecilia Pardo Vásquez demuestran que la cotizante no goza de la libertad indispensable para trasladarse a otra institución de salud previsional. Con mayor razón, cuando, en razón de su edad, es posible sostener que se trata de una cotizante “cautiva”, en los términos definidos por el artículo 170, letra i) del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, esto es, de *“aquel cotizante cuya voluntad se ve seriamente afectada, por razones de edad, sexo o por la ocurrencia de antecedentes de salud, sea de él o de algunos de sus beneficiarios, y que le impida o restrinja, significativa o definitivamente, su posibilidad de contratar con otra Institución de Salud Previsional.”*

La propia requirente argumenta en su reclamo deducido ante la Superintendencia de Salud que *“al aplicárseme a esta edad un alza del precio de mi plan de salud de tal magnitud, que se verá incrementada en mayor porcentaje cuando cumpla más años, con lo que, al ser cotizante cautivo (sic), al no poder cambiarme de Isapre por las enfermedades preexistentes, me verá forzado (sic) a emigrar al sistema público, al ser inabordable el precio de mi plan de salud, por las sucesivas alzas del mismo. En la práctica, a mi edad no me puedo cambiar de Isapre.”* (fojas 15);

**19°.** Que los razonamientos consignados precedentemente son suficientes, a juicio de esta juez previniente, para acoger el requerimiento de inaplicabilidad deducido por doña María Cecilia Pardo Vásquez, en forma congruente con la jurisprudencia previa del Tribunal Constitucional y sin brindarle efecto retroactivo a la sentencia recaída en el Rol N° 1.710, por prohibirlo expresamente la Carta Fundamental.

**Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán** concurre a lo resuelto, teniendo presentes las consideraciones ya expuestas en las prevenciones incluidas en las sentencias roles N°s 1.540, 1.786, 1.777, 1.703, 1.712, 1.746, 1.747 y 1.748, en relación a la referencia contenida en la parte considerativa de la sentencia respecto de la jurisprudencia posterior a la inconstitucionalidad y, en particular, a la sentencia Rol N° 1.552.

**El Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney** concurre al fallo con la siguiente prevención:

**1°.** Que, dado el carácter de legislador negativo del Tribunal Constitucional, las sentencias que establecen la inconstitucionalidad de un precepto legal sólo producen efectos constitutivos *erga omnes* y *ex nunc* o *pro*

*futuro* a partir de su publicación en el Diario Oficial, sin afectar situaciones consolidadas mediante contratos celebrados al amparo de la norma cuya inconstitucionalidad se declara;

2°. Que el tema de los efectos de tales sentencias en el tiempo fue ampliamente debatido durante la reforma a la Constitución efectuada el año 2005, cuando se introdujo la facultad contenida en el actual artículo 93, N<sup>º</sup> 7°, de la Constitución. En dicha ocasión, a sugerencia del Ministro Eugenio Valenzuela, se alcanzó consenso respecto a la necesidad de evitar incertidumbres del todo inconvenientes para el ordenamiento jurídico, especialmente en materia civil. Como consta en la historia fidedigna de dicha reforma, se estimó conveniente dejar expresa constancia en relación a que los fallos del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional un precepto legal producen efectos desde su publicación en el Diario Oficial y, en caso alguno, tienen efecto retroactivo (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Boletines N<sup>OS</sup> 2.526-07 y 2.534-07, p. 278);

3°. Que lo anterior fue reforzado por el veto enviado por el Ejecutivo, el cual estableció que *“no obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”*, no dejando lugar a dudas sobre los alcances exclusivamente prospectivos de tales sentencias;

4°. Que, al efecto, se tuvo en consideración el ejemplo de otros países, como Italia, donde impera el principio de irretroactividad de las sentencias de inconstitucionalidad, sin que se vea lesionada o menoscabada la supremacía constitucional;

5°. Que, en consecuencia, una declaración de inconstitucionalidad por parte de esta Magistratura no puede afectar los derechos legalmente constituidos ni las situaciones consolidadas mediante contratos celebrados con anterioridad, tal como lo sostiene la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes;

6°. Que, por tanto, los procesos judiciales que se suscitaron antes de la sentencia de este Tribunal que declaró inconstitucional parte del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, sobre la aplicación de los contratos de salud válidamente celebrados con antelación a esa fecha, deben ser resueltos conforme a las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la sentencia de inconstitucionalidad de esta Magistratura;

7°. Que, por ende, corresponde acoger el presente recurso de inaplicabilidad por las razones de fondo que esta Magistratura ha señalado en numerosas oportunidades, pues, efectivamente, la posible aplicación del artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, actual artículo 199 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, del Ministerio de Salud, de 2005, en el caso en cuestión provocaría efectos contrarios a la Constitución.

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben y las prevenciones, sus respectivos autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 1.735-2010**

Se certifica que el Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto concurrió al acuerdo y fallo, pero no firma por encontrarse enfermo.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

**ROL N° 1.736-2010**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, 38 TER DE  
LA LEY N° 18.933, 2° DE LA LEY N° 20.015 Y 199 DEL DECRETO  
CON FUERZA DE LEY N° 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE  
SALUD, DEDUCIDO POR WALDO RICARDO GAETE TALAVERA**

**SENTENCIA DE FECHA 5 DE JULIO DE 2011, EN EL MISMO  
SENTIDO QUE LA RECAÍDA EN ROL N° 1.658**

ROL N<sup>º</sup> 1.737-2010REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, 38 TER  
DE LA LEY N<sup>º</sup> 18.933, 2<sup>º</sup> DE LA LEY N<sup>º</sup> 20.015 Y 199  
DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY N<sup>º</sup> 1, DE 2005,  
DEL MINISTERIO DE SALUD, DEDUCIDO POR  
YOLANDA DEL CARMEN RIFFO FAJARDO

Santiago, catorce de junio dos mil once.

**VISTOS:**

La señora Yolanda del Carmen Rifo Fajardo ha deducido ante este Tribunal Constitucional acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 38, inciso quinto, de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N<sup>º</sup> 20.015, en la parte que alude a la tabla de factor etario; 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, incorporado por la Ley N<sup>º</sup> 20.015 y que corresponde actualmente al artículo 199 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1 del Ministerio de Salud, del año 2005; y 2<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, en la causa sobre reclamo por alza de precio del plan de salud interpuesto por la requirente en contra de la Isapre Banmédica S.A. y que se encuentra actualmente pendiente ante el Tribunal Arbitral de la Superintendencia de Salud bajo el rol de ingreso N<sup>º</sup> 5761-2010.

Como antecedentes de la referida gestión se indica que la requirente suscribió un contrato de salud con la mencionada Isapre el 18 de mayo de 2001 (fojas 31) y que mediante carta fechada el 19 de marzo de 2010 (fojas 28), ésta le informó el aumento que sufriría el precio de su plan de salud –de 4,03 a 4,384 Unidades de Fomento mensuales–, por efecto del cambio del factor de riesgo (de 2,60 a 2,80) que correspondía aplicar a raíz de la variación de la edad de la cotizante (56 años).

En cuanto al conflicto constitucional que se somete al conocimiento y resolución de esta Magistratura, la actora sostiene que la aplicación de los preceptos legales impugnados para la resolución del asunto judicial pendiente invocado, resulta contraria a las garantías que aseguran los N<sup>os</sup> 2<sup>º</sup>, 9<sup>º</sup>, 18<sup>º</sup>, 24<sup>º</sup> y 26<sup>º</sup> del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Como fundamento de lo expresado, la actora argumenta que al autorizarse a las Isapres para ajustar los precios de los contratos de salud en relación con la edad y el sexo de los beneficiarios, las normas legales impugnadas establecen una diferencia entre los distintos grupos etarios y entre los hombres y las mujeres, de modo que, para acceder al mismo beneficio, unos pagan más que otros –los de mayor edad y, dentro de

ellos, las mujeres—. Esta diferencia, señala la requirente, sería arbitraria, porque la edad y el sexo constituyen hechos involuntarios, a diferencia de otros que involucran una exposición voluntaria al riesgo, como son los hábitos de fumar o beber en exceso. Además, hace hincapié en que sería erróneo pensar que el aumento en la edad de la persona está necesariamente vinculado a una mayor ocurrencia de enfermedades. En este punto, la actora también plantea que las normas legales impugnadas serían arbitrarias en un sentido ético, por atentar contra la justicia.

Agrega, en seguida, que los preceptos legales cuestionados suponen una cortapisa a la libertad de las personas para elegir y permanecer en el plan de salud por el que optaron al celebrar el contrato de salud con la respectiva institución, siendo el fuerte y creciente aumento del precio una forma indirecta de obligarlas a salir del sistema privado de salud, vulnerando así la garantía del libre e igualitario acceso a la protección de la salud y el derecho a elegir el sistema al que la persona desee acogerse, sea estatal o privado.

Señala que además se estaría vulnerando el derecho a la seguridad social, en la medida que éste está íntimamente vinculado tanto con la protección de la salud como con la dignidad de la persona humana. En ese sentido, la requirente afirma que las Isapres, al estar facultadas para intervenir en la satisfacción del derecho a la protección de la salud de sus afiliados, deben procurar que los derechos consustanciales a la dignidad humana no sean afectados en su esencia ni menoscabados por la imposición de condiciones o requisitos que hagan imposible su libre ejercicio. Insiste en lo expresado razonando en orden a que la obligación de los particulares de respetar y promover los derechos inherentes a la dignidad de las personas persiste incluso en las relaciones convencionales entre privados. Por ello, sostiene, un alza de precio del plan de salud que obligue al afiliado a emigrar del sistema privado de salud, como sería su caso particular, constituye un atropello ilegítimo e inconstitucional a los derechos aludidos.

Denuncia que también en su caso concreto se infringe su derecho de propiedad, pues al serle exigido el pago de una mayor cotización para mantener los mismos beneficios que se convinieron en su oportunidad, junto con impedirle su derecho a hacer uso del sistema privado de salud, que constituye un bien que ya se encuentra incorporado a su patrimonio, en tanto es cotizante cautiva, se le estaría privando injustamente, además, de parte de dicho patrimonio al no contemplarse una contraprestación que resulte equivalente al aumento del precio del respectivo contrato de salud.

Observa, finalmente, que las tablas de factores que contemplan los preceptos legales impugnados imponen como condición, requisito o tributo el aumento de la cotización mensual para permanecer en el sistema

privado de salud y en el plan elegido por el respectivo cotizante, afectando así la esencia de las garantías constitucionales a que se ha aludido.

La Segunda Sala de este Tribunal, por resolución de 15 de julio de 2010 (fojas 50), admitió a tramitación el requerimiento y ordenó la suspensión del procedimiento en que incide; posteriormente, por resolución de 30 de noviembre de 2010 (fojas 128), el Tribunal declaró admisible la acción deducida sólo respecto del artículo 38, en la parte que alude a la tabla de factor etario, de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N<sup>º</sup> 20.015.

Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, el Tribunal ordenó practicar las comunicaciones y notificaciones previstas en el artículo 86 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura.

Consta en autos que sólo la Isapre Banmédica, representada por el abogado Omar Matus de la Parra Sardá, mediante presentación de fecha 7 de enero de 2011, formuló observaciones al requerimiento deducido, solicitando al Tribunal rechazarlo en todas sus partes (fojas 147).

La institución requerida argumenta que el legislador ha reconocido que el precio del plan de salud puede experimentar variaciones en el tiempo debido a elementos distintos del costo de la vida, entre los cuales se consagran expresamente la edad y el sexo. Lo anterior, señala, se justifica por el carácter indefinido del contrato de salud, ya que la variación del valor permite lograr un equilibrio dentro del mismo. Añade que la tabla de factores constituye una protección para los afiliados, ya que es una fórmula basada en datos objetivos (como son el sexo y la edad), determinada y conocida con antelación por los contratantes.

Sostiene que el precepto legal impugnado no es arbitrario ni vulnera la igualdad ante la ley, ya que a través del señalado mecanismo de variación de precio precisamente se busca brindar un tratamiento igualitario a quienes se encuentran en la misma situación.

Afirma que tampoco se infringiría el derecho a la protección de la salud, dado que éste no implica que al afiliado le sea permitido acceder a las acciones de protección, promoción y recuperación virtualmente sin costo o con el costo que él estime razonable, ya que ello haría inviable el funcionamiento de las Isapres, a lo que agrega que el propio sistema tiene prevista la posibilidad de que una persona no pueda pagar su permanencia en el sistema privado y para eso contempla la cobertura de FONASA.

Agrega que el derecho a la seguridad social y específicamente el acceso a prestaciones básicas uniformes, puede satisfacerse a través de instituciones públicas o privadas, las que a su vez pueden emplear distintas figuras jurídicas para lograr su cometido, entre las cuales se contempla el contrato de seguro. Señala que las Isapres operan precisamente con contratos de seguro, lo que permite compensar los riesgos de sus afiliados, ya que la población menos riesgosa compensa a la más riesgosa, favoreciendo, de

ese modo, los objetivos de la seguridad social. Considerando lo anterior, señala, el ajuste del precio del plan de salud no es inconstitucional y no vulnera el derecho a la seguridad social.

Añade, en cuanto a la supuesta infracción del derecho de propiedad, que el cambio de factor de ponderación en que se apoya el aumento del precio del plan de salud, constaba desde un primer momento en el contrato de salud previsional suscrito por la requirente, de modo que ésta sabía con claridad que su factor de ponderación iba a variar y cuándo iba a hacerlo.

Señala, por último, que suponer que los derechos invocados por la actora son ilimitados, es un error jurídico y lógico, ya que no puede entenderse que existan derechos ilimitados, independiente de la importancia que tengan. Agrega que la regulación que establece el artículo impugnado no representa una restricción impuesta artificialmente, sino que obedece al reconocimiento de una realidad que dice relación con el aumento del riesgo de la salud de las personas de acuerdo a su sexo y a su edad, por lo cual tampoco se infringiría el artículo 19, N° 26°, de la Constitución.

Habiéndose traído los autos en relación, el día 5 de mayo de dos mil once se procedió a la vista de la causa, en forma conjunta con las causas roles N°s 1.735, 1.691, 1.733, 1.782 y 1.908, oyéndose sólo la relación, ya que ninguna de las partes de este proceso se presentó a alegar en la respectiva audiencia.

**CONSIDERANDO:**

I  
LA IMPUGNACIÓN

**PRIMERO.** Que la requirente, doña Yolanda del Carmen Riffo Fajardo, sostiene que la Isapre Banmédica, con quien tiene un contrato de salud previsional desde el año 2001, le ha comunicado que su factor de riesgo, correspondiente al plan de salud contratado, cambió de 2,60 a 2,80, al pasar de un tramo a otro de la tabla de factores, aumentando de manera considerable el precio que debe pagar mensualmente a dicha institución de salud. Contra esa decisión, en lo que constituye la gestión pendiente de estos autos, la requirente interpuso demanda arbitral ante el señor Superintendente de Salud con el objeto de impugnar dicho reajuste;

**SEGUNDO.** Que, en el marco de dicha gestión, la requirente ha impugnado de constitucionalidad el artículo 38 de la Ley N° 18.933, el artículo 38 ter de la misma ley, incorporado por la Ley N° 20.015, el artículo 2° de la Ley N° 20.015 y el artículo 199 del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud. A su juicio, dichas normas infringen los números 2°, 9°, 18°, 24° y 26° del artículo 19 de la Constitución;

**TERCERO.** Que, mediante resolución de 30 de noviembre de 2010, se declaró admisible el presente requerimiento sólo respecto del artículo



38 de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, en lo que se refiere a la tabla de factores. Por lo tanto, esta Magistratura no emitirá pronunciamiento sobre el resto de las normas legales cuestionadas;

## II

### EL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO

**CUARTO.** Que la norma legal impugnada corresponde al inciso quinto del artículo 38 de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, que indica:

*“No obstante la libertad de las Isapres para adecuar el precio y su obligación de no discriminar en los términos señalados en el inciso tercero, el nuevo valor que se cobre al momento de la renovación deberá mantener la relación de precios por sexo y edad que hubiere sido establecida en el contrato original, usando como base de cálculo la edad del beneficiario a esa época, con la lista de precios vigentes en la Institución para el plan en que actualmente se encuentre.”.*

Este inciso fue incorporado por la Ley N<sup>º</sup> 19.381, publicada en el Diario Oficial en mayo de 1995;

**QUINTO.** Que la norma legal recién señalada fue reemplazada el año 2005 por el artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933 –hoy artículo 199 del DFL N<sup>º</sup> 1, del Ministerio de Salud, del año 2005–, introducido por la Ley N<sup>º</sup> 20.015. Por tanto, la norma legal en cuestión se encuentra actualmente derogada;

**SEXTO.** Que, según la jurisprudencia actual de este Tribunal (establecida en los cc. noveno, décimo y decimoprimeros de la sentencia de las causas roles N<sup>OS</sup> 1.399 y 1.469, acumulados, e invocados por las sentencias de las causas roles N<sup>OS</sup> 1.572, 1.598, 1.629, 1.765, 1.766, 1.784, 1.806, 1.807, 1.769 y 1.745), es perfectamente posible pronunciarse sobre la constitucionalidad de un precepto legal derogado, *“siempre y cuando, como sucede en la especie, dicha norma hubiere estado en vigor en el momento en que se suscitó la situación jurídica regida por ella y deba ser aplicada por el juez de la gestión pendiente al momento de resolver el asunto”;*

## III

### RESUMEN DE LA DOCTRINA CONTENIDA EN LOS PRECEDENTES SOBRE LA MATERIA DE AUTOS

**SÉPTIMO.** Que este Tribunal tiene establecido un estándar conforme al cual se ha enjuiciado la constitucionalidad del precepto legal ahora impugnado, construido en otros casos de inaplicabilidad (STC roles N<sup>OS</sup> 1.572, 1.598, 1.629, 1.765, 1.766, 1.784, 1.806, 1.807, 1.769 y 1.745).

Este análisis tuvo como punto de partida, aparte de las normas constitucionales, dos antecedentes. Por una parte, la crítica que al precepto legal cuestionado realizó el propio Ejecutivo, cuando envió la modificación

legislativa a dicho precepto legal al Congreso Nacional. La misma crítica formuló recientemente el actual Presidente de la República, cuando evacuó su informe en el procedimiento de inconstitucionalidad de los autos Rol 1710 y cuando envió al Congreso el proyecto de ley que modifica el régimen actual. Por la otra, las críticas que las propias Isapres, para defender la constitucionalidad de la tabla de factores del artículo 38 ter, formularon al precepto legal que ahora se cuestiona;

**OCTAVO.** Que esta doctrina, elaborada a propósito de la tabla de factores fijada conforme a la ley, también es aplicable en el caso que acá analizamos, en que la tabla tiene origen contractual.

Dicha doctrina tiene tres componentes fundamentales. Por una parte, ciertos criterios que debe cumplir la tabla de factores para ser legítima. En primer lugar, este Tribunal ha dicho que la tabla de factores debe tener proporcionalidad en relación a las rentas (STC Rol N° 1.710, cc. sexagesimoquinto, centesimocuatragésimoquinto y centesimocuatragésimosexto); por lo mismo, no puede generar un desequilibrio entre el cobro de la cotización y la protección del derecho a la salud (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimosexto); no puede generar un reajuste exponencial y confiscatorio de las rentas del afiliado (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimoquinto); no puede generar la imposibilidad de que el afiliado costee el aumento del precio que su aplicación conlleva (STC Rol N° 1.710, c. centesimosexagésimo); y no puede obligar a los beneficiarios a emigrar del sistema (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimoséptimo).

En segundo lugar, la relación que dicha tabla establezca entre los distintos factores que la componen, debe tener una fundamentación razonable (STC Rol N° 1.710, cc. centesimocuatragésimoquinto y centesimocuatragésimosexto); no puede haber discrecionalidad de la Isapre para determinar los factores de cada tabla (STC Rol N° 1.710, cc. sexagesimoquinto y centesimocuatragésimoquinto); y tienen que existir límites idóneos, necesarios y proporcionales y, por ende, razonables (STC Rol N° 1.710, c. centesimocuatragésimoquinto).

En tercer lugar, el mecanismo debe permitir una intervención del afiliado, sin que pueda limitarse a aceptar o rechazar lo que la entidad previsional ofrezca (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimotercero); no puede haber dispersión en la determinación del precio entre los diferentes intervinientes (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimotercero).

Finalmente, no puede generar tratos desiguales (STC Rol N° 1.710, cc. centesimocuatragésimooctavo y centesimoquinquagesimoquinto) ni considerar factores inherentes a la condición humana (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimoquinto);

**NOVENO.** Que el segundo componente de esta doctrina es la manera en que este Tribunal ha caracterizado al contrato de salud. Así, ha seña-

lado que el constituyente ha configurado algunas variables de este contrato. Estas tienen que ver con la posibilidad de las Isapres de financiar acciones de salud (artículo 19, N<sup>º</sup> 9<sup>º</sup>), con la opción del cotizante entre el sistema estatal o privado (artículo 19, N<sup>º</sup> 9<sup>º</sup>), con la cotización obligatoria (artículo 19, N<sup>º</sup> 9<sup>º</sup>) y con el control del Estado de las acciones realizadas en el ámbito de la salud (artículo 19, N<sup>º</sup> 9<sup>º</sup>). Asimismo, ha sostenido que el contrato de salud es un contrato de tracto sucesivo (STC Rol N<sup>º</sup> 1.710, c. centesimoseptuagésimo), de orden público (STC Rol N<sup>º</sup> 1.710, c. centesimoquinguesimocuarta) y distinto a un contrato de seguro propio del derecho privado (STC Rol N<sup>º</sup> 1.710, c. centesimoquinguesimocuarta). En el mismo sentido se han pronunciado los roles N<sup>OS</sup> 1.572, 1.598, 1.629, 1.765, 1.766, 1.784, 1.806, 1.807, 1.769 y 1.745. Del mismo modo lo ha entendido la Corte Suprema (SCS roles 8837-2010, 566-2011 y 9044-2010);

**DÉCIMO.** Que el tercer componente de esta doctrina es que este Tribunal ha señalado que el contenido esencial de la seguridad social recoge los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad, sobre todo si se ven conjuntamente el derecho a la salud (artículo 19, N<sup>º</sup> 9<sup>º</sup>) y el derecho a la seguridad social (artículo 19, N<sup>º</sup> 18<sup>º</sup>). (STC Rol N<sup>º</sup> 1.710, cc. centesimotrigesimoprimer a centesimotrigesimoquinto);

#### IV

#### APLICACIÓN DE ESTOS ESTÁNDARES AL CASO CONCRETO

**DECIMOPRIMERO.** Que la doctrina constitucional señalada tiene una consecuencia directa en el caso concreto, pues en este caso no se respeta el estándar precedentemente analizado;

**DECIMOSEGUNDO.** Que, en efecto, en primer lugar, no hay una proporcionalidad del reajuste ofrecido por la Isapre. Sobre todo si se considera que se ha estimado desproporcionada y carente de razonabilidad la norma que entregaba amplia libertad de actuación a un organismo de la Administración (STC Rol 1.710, considerandos sexagesimoprimer, sexagesimosegundo y centesimocuadragésimoquinto), peor aún resulta entregar la regulación de esta materia a la libertad contractual o, como lo dice la norma, a la libertad de la Isapre, por el desequilibrio de facultades que tiene en su favor (STC roles N<sup>OS</sup> 1.572, 1.598, 1.629, 1.765, 1.766, 1.784, 1.806, 1.807, 1.769 y 1.745);

**DECIMOTERCERO.** Que, asimismo, en el presente caso se infringe la Constitución, pues se entrega a la voluntad de las partes determinar un elemento esencial de un contrato de orden público, como lo es la reajustabilidad del precio del plan;

**DECIMOCUARTO.** Que, en segundo lugar, tampoco se cumple el estándar de relación razonable que debe existir entre los factores que componen la tabla respectiva.

En efecto, en la tabla que suscribió la requirente, el precio de su plan se encarece con la edad. De hecho, para el caso que nos ocupa, para ella como cotizante, los factores aumentan en 0,40 al cumplir 61 años y 2,00 al cumplir 66;

**DECIMOQUINTO.** Que, en tercer lugar, tampoco se respeta el estándar de protagonismo que debe tener el afiliado en su determinación. Por una parte, porque estamos frente a un verdadero contrato de adhesión. En los hechos, se impone la voluntad de la Isapre. Por la otra, la renovación se convierte en dramática, porque o paga más por su plan o rebaja sus prestaciones. Así las cosas, la permanencia del beneficiario en su plan o, incluso, en el régimen privado de salud, puede significar un elevado costo que sea inviable para el común de las personas, como la requirente de autos;

**DECIMOSEXTO.** Que, además, el precepto legal objetado tampoco pasa el estándar de la no discriminación. Por de pronto, porque se construye el mecanismo en base a elementos inherentes a la naturaleza humana, como la edad y el sexo. En el caso de la requirente, el mecanismo implica que entre más edad tenga, más caro será su plan. Enseguida, el sistema implica potenciar una discriminación en materia de seguridad social, no sólo en base a edad, sino también en base a ingresos, pues las prestaciones de seguridad social deben tender hacia ser “básicas” –que no es mínimo, sino cubierto todo lo esencial– y “uniformes” –no abiertas y groseramente desiguales– (artículo 19, N° 18°);

**DECIMOSÉPTIMO.** Que, por otra parte, en el presente caso, la infracción del artículo 19 N° 18° de la Constitución ocurre de forma incluso más patente que respecto del artículo 38 ter (STC Rol N° 1710, c. centesimoquincuagesimonoveno), pues en el caso del precepto que se examina no se establece ninguna precisión ni regla especial para las personas que se encuentran en situación de obtener las prestaciones de seguridad social que el contrato de salud conlleva (STC roles N°s 1.572, 1.598, 1.629, 1.765, 1.766, 1.784, 1.806, 1.807, 1.769 y 1.745);

**DECIMOCTAVO.** Que, en consecuencia, el requerimiento interpuesto debe acogerse, toda vez que la aplicación del inciso quinto del artículo 38 de la Ley N° 18.933, impugnado, vulnera el derecho a la protección de la salud (artículo 19, N° 9°) y a la seguridad social (artículo 19, N° 18°) y, por tanto, resulta contrario a la Constitución.

Habiéndose acogido el requerimiento respecto de la norma legal impugnada antes mencionada por los argumentos señalados, no se emitirá pronunciamiento respecto de la supuesta infracción de las demás disposiciones constitucionales.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en los artículos 19, números 9° y 18°, y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE FOJAS 1 SÓLO EN CUANTO SE DECLARA INAPLICABLE EL INCISO QUINTO DEL ARTÍCULO 38 DE LA LEY N<sup>º</sup> 18.933 EN LA CAUSA *SUB LITE*. SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN ESTOS AUTOS, DEBIENDO OFICIARSE AL EFECTO A LA SUPERINTENDENCIA DE SALUD.**

Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán concurre a lo resuelto únicamente en atención a lo señalado en los considerandos primero a quinto, y teniendo adicionalmente presente que el legislador no precisó suficientemente en el aludido artículo 38, inciso quinto, que se impugna, la forma de fijación de la tabla de factores, según criterios de edad y sexo, la que por sí misma no es contraria a la Carta Fundamental, como lo ha señalado esta misma Magistratura. De este modo, se incumple así el mandato delegado al legislador de establecer la forma y condiciones en que el Estado debe garantizar adecuadamente la ejecución de las acciones de salud, sea que éstas se presten a través de instituciones públicas o privadas, en el marco del principio de subsidiariedad. No corresponde, sin embargo, a través de esta vía procesal constitucional pronunciarse acerca de los aumentos en los valores de los planes de salud que ha sufrido el requirente, todo lo cual es materia propia de la acción de protección, tal como lo ha señalado reiteradamente este previniente (STC Rol N<sup>º</sup> 1.710), puesto que la ponderación de los hechos litigiosos de las gestiones respectivas corresponde a los jueces de fondo de la instancia (STC Roles N<sup>OS</sup> 1.130, 1.210, 1.266 y 1.324). Finalmente, es del caso tener presente que las tablas de factores se incorporaron a los respectivos contratos, de suerte tal que las acciones de inaplicabilidad no resultan idóneas para declarar la inconstitucionalidad de los contratos suscritos, lo que deberá impugnarse –en su caso– a través de las vías ordinarias que prevé el ordenamiento jurídico.

El Ministro señor Iván Aróstica Maldonado previene que concurre a la sentencia, en virtud única y exclusivamente de lo expresado en los considerandos primero al séptimo, y en especial por lo expresado en este último en relación con el artículo 19, N<sup>º</sup> 9<sup>º</sup>, inciso cuarto, de la Constitución. Tiene presente para ello que, en su oportunidad, la norma legal impugnada no hizo exigible la obligación del Estado de facilitar el acceso de los afiliados más riesgosos afectados por su aplicación, a las correspondientes acciones de salud que por su intermedio brindan las Isapres, de conformidad con el principio de subsidiariedad.

**Acordada con el voto en contra del Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto**, quien tiene en cuenta para rechazar el requerimiento las siguientes consideraciones:

1°. Que el precepto legal impugnado, esto es el artículo 38, inciso quinto, de la Ley N° 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N° 20.015, permite a las Isapres alzar el precio de los contratos de salud por diferencias de edad y sexo de los beneficiarios;

2°. Que la mencionada disposición no contiene, sin embargo, una regulación completa y precisa de las reglas a utilizar por las Isapres en la configuración de la estructura de las tablas de factores que emplean para reajustar el precio de los planes de salud, por lo que no satisface plenamente la exigencia constitucional de que sea la ley la que determine la forma y condiciones en que han de ejecutarse las acciones de salud, como lo prescribe el inciso cuarto del N° 9 del artículo 19 de la Carta Fundamental;

3°. Que resulta, entonces, que el artículo 38, inciso quinto, de la Ley N° 18.933, posibilita el establecimiento de diferencias arbitrarias entre los diferentes grupos de beneficiarios y puede llegar a impedir el acceso a las acciones de salud, lo que resultaría contrario a la Constitución Política;

4°. Que, sin embargo, en su aplicación concreta al caso sometido a la decisión de este Tribunal no se ha producido tal efecto, atendido a que el alza en el precio del plan de salud –motivado por el cambio de factor étareo de la beneficiaria– es sólo de 0,354 Unidades de Fomento mensuales, aumento que no puede estimarse injustificado pues es admisible un alza moderada en el precio de dichos planes por razones de edad, y tampoco cabe considerar que dicho aumento, por su reducida cuantía, impide el acceso a las acciones de protección de la salud.

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben y las prevenciones y la disidencia, sus respectivos autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

### **Rol N° 1.737-2010**

Se certifica que la Ministra señora Marisol Peña Torres concurrió al acuerdo y fallo, pero no firma por encontrarse con permiso.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

**ROL N<sup>º</sup> 1.738-2010**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, 38 TER DE LA LEY N<sup>º</sup> 18.933, 2<sup>º</sup> DE LA LEY N<sup>º</sup> 20.015 Y 199 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY N<sup>º</sup> 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, DEDUCIDO POR LIBERO SEBASTIÁN ZAMPILLO PONCE**

Santiago, treinta de noviembre de dos mil diez.

Proveyendo a fojas 49, téngase presente la delegación de poder.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

Que consta en autos que el requirente no ha dado cumplimiento a lo resuelto por el Tribunal con fecha 20 de julio de 2010 –fojas 40– y, atendido lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 82 de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.F.L. N<sup>º</sup> 5, de 2010, del Ministerio de Secretaría General de la Presidencia,

**SE RESUELVE:**

Téngase por no presentado el requerimiento deducido, para todos los efectos legales.

Notifíquese por carta certificada al requirente y a la Isapre Banmédica S.A.

Archívese.

**Rol N<sup>º</sup> 1.738-2010**

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, señora Marisol Peña Torres y señores Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado. Autoriza la Secretaría del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

ROL Nº 1.739-2010

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 2º DE LA LEY  
Nº 20.015, DEDUCIDO POR ALEJANDRO JORDÁN HERRERA

Santiago, cuatro de agosto de dos mil diez.

Proveyendo al escrito de fojas 77,

A lo principal, visto lo dispuesto en los artículos 33 y 47 A de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, atendido el mérito del certificado que obra a fojas 36 y visto que la ISAPRE requerida no ha sufrido perjuicio alguno que sea reparable por vía de nulidad, habiendo formulado sus alegaciones y acompañado los antecedentes que las sustentan, no ha lugar a la solicitud de nulidad.

Al primer otrosí, atendido lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 55 del Código de Procedimiento Civil, estese al mérito de lo resuelto precedentemente. En cuanto a la admisibilidad, estese a lo que se resolverá a continuación.

Al segundo otrosí, ténganse por acompañados los documentos, en forma legal.

Al tercer otrosí, téngase presente.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1º. Que, por resolución de fecha 15 de junio 2010, esta Sala acogió a tramitación el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido en estos autos por Alejandro Jordán Herrera respecto del artículo 2º de la Ley Nº 20.015, en el marco del proceso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en contra de la Isapre Colmena Golden Cross S.A., que se encuentra actualmente pendiente bajo el Rol de ingreso Nº 438-2010;

2º. Que, por la misma resolución citada, se dio traslado a la Isapre Colmena Golden Cross S.A. por el plazo de cinco días, para que se pronunciara acerca de la admisibilidad del requerimiento interpuesto;

3º. Que el artículo 93, inciso primero, Nº 6º, de la Constitución Política establece que es atribución de este Tribunal Constitucional “*resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución*”. A su vez, el inciso decimoprimer del mismo precepto de la Carta Fundamental señala que “*en el caso del número 6º, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el*



*juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.”;*

4°. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, que en su artículo 47 F establece:

*“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:*

1° *Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legítimado;*

2° *Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;*

3° *Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada;*

4° *Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal;*

5° *Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y*

6° *Cuando carezca de fundamento plausible.*

*Declarada la inadmisibilidad por resolución que deberá ser fundada, ésta será notificada a quien haya recurrido, al juez que conozca de la gestión judicial pendiente y a las demás partes que intervengan en ella, y el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.*

*La resolución que declare la admisibilidad o inadmisibilidad del requerimiento no será susceptible de recurso alguno.”;*

5°. Que, examinado el requerimiento, esta Sala concluye que la acción constitucional deducida no cumple con la exigencia constitucional y legal transcrita para ser declarada admisible, en orden a que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución de la gestión en que incide;

6°. Que, en efecto, del estudio del requerimiento se desprende que –en síntesis– lo que busca el actor es que al contrato de salud que celebró con la Isapre en febrero de 2005 no le puedan empecer las modificaciones introducidas por la Ley N<sup>º</sup> 20.015 a la Ley N<sup>º</sup> 18.933 –conocida como Ley de Isapres–, en atención a lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley N<sup>º</sup> 20.015, que regula la entrada en vigencia de esta ley, pero en realidad sus alegaciones se dirigen en contra de una de las tantas modificaciones que

esta ley introdujo en la Ley Nº 18.933, en concreto, aquella contenida en la letra b) del Nº 10 del artículo 1º de la Ley Nº 20.015, disposición que agregó en el artículo 33 de la Ley Nº 18.933 una nueva letra a bis), en cuya virtud se establecen una serie de reglas respecto de los planes de salud cerrados o con prestador preferente, una de las cuales permite a la Isapre adecuar el contrato de salud en caso de término del convenio entre esta última y el prestador institucional preferente o cerrado.

Precisamente, es respecto de esta última norma sobre la que se razona en el requerimiento interpuesto, de modo tal que la norma que se ha impugnado de inaplicabilidad –artículo 2º de la Ley Nº 20.015– no es decisiva para la resolución del asunto *sub lite*, por lo que esta Magistratura deberá necesariamente declarar inadmisibile el requerimiento deducido.

A lo anterior cabe agregar que el contrato de salud suscrito entre la requirente y la Isapre con fecha 31 de marzo de 2004, cuya copia fue acompañada por la requerida, contiene una cláusula que también permite a la Isapre, una vez cumplida la respectiva anualidad, adecuar el contrato en caso de término del convenio con el prestador preferente. De esta forma, se confirma que el asunto discutido en la gestión *sub lite* es de competencia de los jueces del fondo.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en los artículos 93, inciso primero, Nº 6º, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política de la República y en el artículo 47 F, inciso primero, numeral 5º, y demás disposiciones pertinentes de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**QUE SE DECLARA INADMISIBLE** el requerimiento deducido a fojas uno. Téngase por no presentado para todos los efectos legales. Déjese sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 55.

Notifíquese por carta certificada a la requirente y a la Isapre Colmena Golden Cross S.A.

Comuníquese por oficio a la Corte de Apelaciones de Santiago, que conoce de la gestión judicial pendiente.

Archívese.

**Rol Nº 1.739-2010**

Se certifica que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán concurrió al acuerdo pero no firma la presente resolución por encontrarse ausente.

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y

los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

## ROL N<sup>º</sup> 1.740-2010

### REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 150 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, DEDUCIDO POR ROSA ESTER ROJAS AHUMADA

Santiago, veintidós de junio de dos mil diez.

#### VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que, con fecha 1° de junio de 2010, el abogado Boris Paredes Bustos, en representación de la señora Rosa Ester Rojas Ahumada, ha deducido un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, en la causa caratulada “Rojas Ahumada, Rosa Ester con Rojas Fredes, Aníbal del Carmen, y Garibaldi Cademartori, Juan Santiago”, sobre impugnación y reclamación de paternidad, de la que conoce actualmente la Corte de Apelaciones de Valparaíso bajo el Rol de Ingreso N<sup>º</sup> 339-2010, por recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado de Familia de La Ligua en la causa RIT C-683-2007, según consta en certificado que se ha tenido a la vista –fojas 11–;

2°. Que el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6°, de la Ley Fundamental establece que es atribución de este Tribunal Constitucional “*resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.*”.

A su turno, el inciso undécimo del mismo precepto fundamental señala: “*En el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en*

*la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.”;*

3°. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Así, el inciso primero del artículo 47 D de dicho texto legal establece que: *“Para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 47 A y 47 B. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales”.*

Por su parte, los artículos 47 A y 47 B de la legislación aludida establecen:

*“Artículo 47 A. En el caso del número 6° del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.*

*Si la cuestión es promovida por una parte ejerciendo la acción de inaplicabilidad, se deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.*

*Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.*

*El tribunal deberá dejar constancia en el expediente de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes del proceso”.*

*“Artículo 47 B. El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas”.*

El artículo 47 F de la misma ley establece, por su parte, que: *“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:*

1° *Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado;*

2° *Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;*

3° Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada;

4° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal;

5° Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y

6° Cuando carezca de fundamento plausible.

Declarada la inadmisibilidad por resolución que deberá ser fundada, ésta será notificada a quien haya recurrido, al juez que conozca de la gestión judicial pendiente y a las demás partes que intervengan en ella, y el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.

La resolución que declare la admisibilidad o inadmisibilidad del requerimiento no será susceptible de recurso alguno.”;

4°. Que el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento deducido en la Primera Sala de esta Magistratura;

5°. Que es menester señalar que la acción de inaplicabilidad instaaura un proceso dirigido a examinar la constitucionalidad de un precepto legal cuya aplicación en una gestión pendiente que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución. En consecuencia, la acción de inaplicabilidad es un medio de accionar en contra de la aplicación de normas legales determinadas concernidas en una gestión judicial y que puedan resultar derecho aplicable en ella;

6°. Que, atendido el mérito de los antecedentes tenidos a la vista, esta Sala ha logrado convicción en cuanto a que la acción constitucional deducida en estos autos debe ser declarada inadmisibile, desde ya, siendo impertinente, por ende, que ésta sea previamente acogida a tramitación.

Lo anterior, toda vez que no satisface la exigencia constitucional de contener una impugnación “*fundada razonablemente*”, misma que la citada ley orgánica constitucional reitera en el N<sup>º</sup> 6° del inciso primero de su artículo 47 F, mediante la expresión “*fundamento plausible*”, según ha resuelto esta Magistratura en la sentencia Rol N<sup>º</sup> 1.288 (punto resolutive N<sup>º</sup> 11);

7°. Que el reparo observado se funda en el hecho, evidente para esta Sala, de que el requerimiento en examen no plantea un conflicto de constitucionalidad que pueda ser resuelto en sede de inaplicabilidad, sino que en él se formula una cuestión que cabe resolver al tribunal que conoce de la gestión de que se trata. En otros términos, en este caso no se ha formulado a esta Magistratura una impugnación que consista y se fundamente en la existencia de “*una contradicción directa, clara y precisa entre determinado precepto legal que se pretende aplicar en el caso concreto, con la propia Constitución*”, de la manera señalada en el fallo Rol N<sup>º</sup> 810;

8°. Que, en efecto, del análisis del libelo resulta claro que la actora persigue que esta Magistratura Constitucional se pronuncie acerca de si

ha de estimarse válido o no el desistimiento que su parte ya formuló en una causa judicial anterior a la que se invoca en este caso y en la cual, además, y según ella afirma en su libelo, se discutió la misma cuestión entre las mismas partes. Y a estos efectos, se relatan con detalle diversas circunstancias de hecho y de derecho;

9°. Que un asunto como el señalado no se refiere a los efectos institucionales que pueda provocar la aplicación del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil en el proceso *sub lite*, sino que dice relación directa con los efectos que en un determinado juicio pendiente provoca una declaración formulada, de manera expresa en este caso, por una parte del mismo proceso en otra causa judicial, lo cual constituye una cuestión en la que no le compete intervenir a este Tribunal Constitucional;

10°. Que, habiéndose verificado que la acción no satisface el requisito referido, esta Magistratura debe declararla inadmisibile.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, de la Constitución, 47 A al 47 N y demás normas pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE DECLARA INADMISIBLE el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas uno.**

Al primer otrosí, no ha lugar, atendido lo resuelto a lo principal; al segundo otrosí, ténganse por acompañados los documentos que indica, bajo apercibimiento legal; al tercer otrosí, téngase presente.

Notifíquese por carta certificada a la requirente, a la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que conoce de la gestión judicial invocada en el libelo, y a las partes de esa misma causa que se individualizan en el certificado de fojas 11.

Archívese.

**Rol N° 1.740-2010**

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señores Mario Fernández Baeza, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

# ÍNDICES

ÍNDICE TEMÁTICO DE SENTENCIAS DICTADAS POR EL EXCMO.  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL POR MATERIAS QUE INCIDEN  
EN ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA  
ROLES N<sup>os</sup> 1.651 A 1.740

ÍNDICE GENERAL DE LAS SENTENCIAS PRONUNCIADAS  
POR EL EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
ROLES N<sup>os</sup> 1.651 A 1.740





## ÍNDICE TEMÁTICO DE SENTENCIAS DICTADAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCIÓN QUE INCIDEN ROLES N<sup>OS</sup> 1.651 A 1.740

#### ARTÍCULO 1°

##### **Las personas nacen libres e iguales.**

##### **1. ROL N° 1.710**

Considerandos 85° y 88°

La disposición constitucional en virtud de la cual las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, es una preceptiva que no sólo encabeza la Carta Fundamental, sino que se irradia a todo su articulado, debiendo todos los preceptos constitucionales subordinarse a su tenor literal y a su significado.

El Tribunal Constitucional ya ha señalado en sentencias previas, como la recaída en Rol N° 1273, que la irradiación de la dignidad de la persona hacia todo el articulado de la Constitución presenta una doble dimensión, como principio y como norma positiva.

#### ARTÍCULO 3°

##### **Estado unitario.**

##### **1. ROL N° 1.669**

Considerandos 34° y 36°

El vocablo “unitario” ha sido interpretado de dos formas por la doctrina. En primer lugar, como un centro único de expresión política y segundo, como la existencia de un sólo ordenamiento jurídico. Nuestro estado unitario se distingue por la existencia de autoridades nacionales únicas (un Presidente de la República, un Congreso Nacional, un Poder Judicial, un Ministerio Público, entre otras) y porque las autoridades nacionales monopolizan más que sólo las relaciones internacionales, la defensa y la hacienda pública, sino que sectores tan diversos como la educación, el transporte y la agricultura. Por orden constitucional, los órganos locales que integran la Administración del Estado colaboran con el Presidente en su labor de gobierno y administración, las funciones que se les asignan tienen un carácter limitado en autonomía y tienen obligaciones de coordinación y cooperación. Por otro lado, las entidades locales no tienen asuntos que legislativa-

mente les estén reservados, por lo que no hay normas legales, nacionales y locales, sin perjuicio de que formalmente haya asuntos que deben decidir órganos locales y otros que deban decidirse nacionalmente. No se opone al carácter unitario del Estado, el que su administración sea funcional y territorialmente descentralizada, ya que ser unitario es diferente al ser centralizado. Así se desprende el mismo artículo 3° de la Constitución, que en su inciso 2 establece que “la administración será funcional y territorialmente descentralizada o desconcentrada”. Además, la propia Constitución crea y regula órganos que apuntan en ese sentido, como el gobierno regional y el municipio.

### ARTÍCULO 3°, INCISO SEGUNDO

#### **Regionalización.**

##### **1. ROL N° 1.669**

Considerando 36°

Mediante la descentralización se crean entidades de la Administración del Estado dotadas de personalidad jurídica y patrimonio propio, y sujetas a un control de supervigilancia o tutela por la autoridad central. Estos órganos pueden tener como espacio territorial todo o parte del territorio regional. Por la desconcentración, el legislador, sin crear una nueva entidad, entrega poder decisorio a una unidad integrante de un órgano, cuyas decisiones quedan al margen del jerarca de dicho órgano.

### ARTÍCULO 8°

#### **Principios de publicidad y transparencia.**

##### **1. ROL N° 1.732**

Considerandos 9°, 11°, 12°, 13° y 14°

En la reforma constitucional en virtud de la cual se estableció el actual artículo 8° de la Constitución, se dejó constancia que la publicidad y la transparencia no son términos idénticos, reconociéndose el derecho de acceso a la información pública como una manifestación de la libertad de información a que alude el artículo 19 N° 12 de la Constitución y, siendo, además, un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático, junto a la publicidad.

##### **ROL N° 1.732**

Considerando 15°

La publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado tiene las excepciones que contempla de propia Constitución y que dicen relación con el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación y el interés nacional, todas las cuales deben ser interpretadas restrictivamente.

##### **ROL N° 1.732**

Considerandos 18° y 21°

La Ley de Acceso a la Información Pública establece dos mecanismos de transparencia: (i) transparencia activa, consistente en la obligación de los órganos públicos de difundir o poner a disposición del público determina-

da información; y, (ii) transparencia pasiva, traducida en la obligación de entregar determinada información a los ciudadanos cuando éstos la soliciten.

La aplicación de las normas sobre transparencia y publicidad a las empresas públicas se hizo de modo restringido, haciéndoles aplicable únicamente la obligación de transparencia activa, sólo respecto de determinados contenidos y exclusivamente en relación a funcionarios o empleados que tuvieran a su cargo la dirección de la empresa al más alto nivel de responsabilidad.

## ARTÍCULO 19, N° 2

### **Igualdad ante la ley.**

#### **1. ROL N° 1.683**

Considerandos 24°, 28°, 31°, 33° y 34°

Como ya lo ha señalado en ocasiones anteriores el Tribunal Constitucional, la igualdad ante la ley no es un principio absoluto y permite al legislador discriminar entre personas que no se encuentran en una misma situación, siempre que esta distinción sea razonable, fundada y no arbitraria. En el caso de la sodomía, la distinción se fundamenta en el interés superior del niño, ya que los menores de edad no tienen una completa comprensión de las consecuencias de sus actos, por lo que aunque haya consentimiento del menor, éste no tiene el mismo alcance que le daría un adulto.

Se hace referencia a sentencias roles N° 28, 53, 219, 986, entre otras.

#### **ROL N° 1.732**

Considerando 48°, 49°, 50°, 53° y 54°

Como lo ha señalado previamente, la Carta Fundamental no prohíbe cualquier diferencia que el legislador establezca, sino que sólo aquellas arbitrarias.

Las diferencias establecidas respecto a Televisión Nacional dicen relación con la función pública que ejercen y, en tanto empresa pública, constituye una forma de intervención del Estado, por lo que es legítimo constitucionalmente establecer diferencias entre ésta y el resto de las empresas del rubro, como es la obligación de dar publicidad a las remuneraciones de ciertos ejecutivos.

Se hace referencia a sentencia Rol N° 1.414.

#### **2. ROL N° 1.710**

Considerandos 104° y 105°

La igualdad entre hombres y mujeres busca lograr la equiparación de los derechos de la mujer respecto de los del hombre, esto es, impedir el menoscabo o la desventaja de la mujer respecto del hombre en la consagración y el goce de los derechos. Con todo, esta igualdad no significa que el ordenamiento jurídico no pueda establecer diferencias entre ambos, toda vez que la igualdad no puede ser absoluta.

#### **3. ROL N° 1.710**

Considerandos 144°, 145°, 146°

El artículo 38 Ter, inciso tercero, números 1, 2, 3 y 4, de la Ley Nº 18.933, vulnera la Constitución, al ser incompatible con la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, lesionando, además, el derecho a la protección a la salud y el derecho a la seguridad social.

Si bien las diferencias fundadas en criterios de edad y sexo de las personas no son, en sí mismas, jurídicamente reprochables, ni tampoco prima facie arbitrarias, siempre que respondan a una fundamentación razonable, sí lo son aquellas que se derivan de dichos preceptos, toda vez que admiten el establecimiento de diferencias arbitrarias al no instituir límites idóneos, necesarios, proporcionados y, por ende, razonables, respecto del ejercicio de la potestad discrecional que el mismo precepto cuestionado entrega a la Superintendencia de Salud. Del mismo modo, resulta desproporcionada y carente de razonabilidad la norma contenida en el artículo segundo transitorio de la Ley Nº 20.015 y la parte del articulado permanente que entrega amplia libertad de actuación a un organismo de la Administración.

**4. ROL Nº 1.656**

Considerandos 15°, 18° y 20°

El artículo 206 del Código Civil introduce una diferencia entre una misma categoría de personas, siendo ésta, aquéllas que reclaman el reconocimiento de su filiación. En efecto, la norma legal reprochada permite accionar contra los herederos del supuesto padre o madre para obtener ese reconocimiento sólo en dos casos: a) si el hijo es póstumo o b) si el padre o madre fallece dentro de los 180 días siguientes al parto. En cambio, quienes también reclaman el reconocimiento de su filiación, pero no se encuentran dentro de los supuestos previstos en la norma cuestionada, carecen de acción para obtenerlo. Luego, lejos de apreciarse un fundamento objetivo y razonable en la limitación que dicha norma establece para reclamar a los herederos del padre o madre fallecidos el reconocimiento de la filiación, se tuvo en cuenta la regulación contenida en una norma precedente que aludía a una distinción entre tipos o categorías de hijos que el proyecto del Ejecutivo quiso precisamente superar. Así, la diferencia de trato introducida por el artículo 206 del Código Civil importa que si una persona se entera de su verdadera filiación después de transcurridos 180 días de la muerte de su padre, frente a quien lo hace antes de transcurrido ese término, y como consecuencia de ello, se ve privada de poder accionar en pos del reconocimiento de la paternidad respectiva, ve afectado su derecho a la igualdad ante la ley.

**5. ROL Nº 1.654**

Considerando 16°

El que la tabla de factores regulada por el inciso 5° del artículo 38 de la ley Nº 18.933 se construya en base a elementos inherentes a la naturaleza humana, como la edad y el sexo, pugna con el estándar constitucional de la no discriminación.

**ROL Nº 1.691**

Considerando 16°

**ROL Nº 1.710**

Considerando 148°

**ROL Nº 1.719**

Considerando 20°

**ROL Nº 1.733**

Considerando 16°

**ROL Nº 1.737**

Considerando 16°

ARTÍCULO 19, Nº 3

**Igualdad en el ejercicio de los derechos.**

**1. ROL Nº 1.718**

Considerando 6°

El debido proceso es señalado en la Carta Fundamental junto con otros principios establecidos por ella, como es la interdicción de la indefensión, la seguridad individual, el derecho a la información y la publicidad de las actuaciones estatales; todos los cuales deben tener preeminencia aun cuando se trate de procesos regidos por el antiguo Código de Procedimiento Penal, no existiendo normas constitucionales transitorias que convaliden la constitucionalidad.

**ROL Nº 1.718**

Considerandos 7° y 10°

El debido proceso tiene una faz adjetiva, referida a la racionalidad en el ordenamiento formal de las actuaciones, como una sustancial, atingente a la justicia de la decisión, siendo uno de sus bases esenciales el principio contradictorio, en virtud del cual las partes del proceso tienen derecho a intervenir, en condiciones de igualdad, sobre las materias que son objeto de decisión, pudiendo examinar y discutir la prueba. Las garantías del debido proceso –procedimiento e investigación racionales y justos–, deben aplicarse a todas las fases del proceso, incluyendo la investigación y el procedimiento.

**ROL Nº 1.718**

Considerando 10°

La normativa legal en virtud del cual los informes contables emitidos por funcionarios del Servicio de Impuestos Internos, realizados en el marco de una investigación de delito tributario, tienen valor de informe de peritos, vulnera la Constitución Política de la República, toda vez que es emitido en el marco de una investigación administrativa, sin conocimiento ni audiencia del futuro inculpado, transgrediendo el derecho a ser informado de una imputación penal y de disponer de tiempo razonable para construir la defensa y los medios de prueba adecuados y a confrontar las pruebas, todo lo cual priva de racionalidad y justicia a la investigación administrativa, lo que se comunica al procedimiento judicial que le sigue al ser incorporado como medio de prueba.

**2. ROL Nº 1.718**

Considerando 13º

El Tribunal Constitucional ha señalado previamente que la Constitución no consagra explícitamente el principio de inocencia sino que parte de la doctrina lo deduce indirectamente de la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal en armonía con el derecho a la libertad individual y la seguridad de que los preceptos que limiten dichas garantías constitucionales no pueden afectar la esencia de las mismas. Este principio sí está consagrado en diversos tratados internacionales ratificados por Chile.

Se hace referencia a sentencia Rol Nº 739.

**ARTÍCULO 19, Nº 4**

**Protección a la vida privada y la honra.**

**1. ROL Nº 1.732**

Considerandos 22º, 23º y 24º

La Constitución Política de la República, a través del artículo 19 Nº 4, asegura además del derecho al honor y a la honra, a todas las personas el respeto y la protección de la vida privada, procurando facilitar, de ese modo, el pleno ejercicio de la libertad personal sin interferencias ni intromisiones o presiones indebidas.

Con todo, estos derechos no son absolutos, sino que pueden estar sujetos a limitaciones.

Se hace referencia a sentencias roles Nº 389 y 521.

**ROL Nº 1.732**

Considerandos 25º, 27º, 31º, 33º, 34º, 35º y 55º

La protección a la vida privada guarda una estrecha relación con la protección de los datos personales, configurando lo que se denomina “autodeterminación informativa”. Con todo, no están protegidos por el ámbito de la vida privada, aquellos datos o aspectos que acarrear repercusiones para la ordenación de la vida social y pueden afectar derechos de terceros e intereses legítimos de la comunidad, como son las remuneraciones de determinados empleados de Televisión Nacional de Chile, ya que dicha publicidad está establecida para resguardar la probidad y el correcto funcionamiento de una empresa que tiene una importante misión social establecida por ley, existiendo interés público en su publicidad, aun cuando estén vinculados a dicha empresa a través de un contrato de trabajo, dado que la publicidad no está establecida en tanto sujetos particulares corrientes, sino que por el cargo que desempeñan y la naturaleza de la empresa que dirigen.

**2. ROL Nº 1.683**

Considerandos 37º, 40º y 41º

Los derechos fundamentales no son absolutos, sino que pueden estar sujetos a limitaciones, como ocurre con el derecho a la privacidad para proteger un bien jurídico superior, como es la protección de un menor que no tiene la madurez ni la capacidad suficiente para ponderar las consecuencias de una conducta que pugna con la actual escala de valores en nuestro país.

**ROL Nº 1723**

Considerando 26°

**3. ROL Nº 1.679**

Considerandos 15° y 16°

La norma impugnada, en el caso concreto en cuestión, resulta arbitraria toda vez que impide siempre la indemnización del daño moral por vulneración al derecho a la honra, afectando, por tanto, el derecho constitucional en su esencia. Resulta también desproporcionada, en cuanto impide a priori y de forma absoluta cualquier indemnización por daño moral sin considerar excepción alguna ni permitir que el juez pueda determinar su procedencia

**ARTÍCULO 19, Nº 7**

**Libertad personal y seguridad individual.**

**1. ROL Nº 1.683**

Considerandos 48°, 50° y 51°

El derecho a la libertad del artículo 19 Nº 7 de la Constitución debe ser entendido como libertad ambulatoria, es decir, como el derecho a residir y moverse de un lugar a otro dentro del territorio de la República y de entrar y salir de éste. En este sentido, la libertad que contempla tal precepto, no comprende el derecho al desarrollo libre de la personalidad.

**ARTÍCULO 19, Nº 9**

**Derecho a la salud.**

**1. ROL Nº 1.710**

Considerandos 118° y 119°

En cuanto al derecho a la salud, la Constitución establece el deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud y dicho deber se explica toda vez que la Carta Fundamental no garantiza el derecho a la salud, sino que el derecho “a la protección de la salud”.

**ROL Nº 1.710**

Considerandos 120°, 121°, 122° y 123°

El deber preferente del Estado en materia de salud, en primer lugar, se trata de un “deber del Estado” y, por lo tanto, la conducta estatal respectiva es descrita de modo abstracto y genérico; y, es impuesta, como deber público, en interés general o de la colectividad. En segundo lugar, se trata de un deber “preferente” del Estado, lo que significa que el rol del Estado en esta materia es principal, en tanto que el de los privados es subsidiario. En tercer lugar, la Constitución utiliza la expresión “garantizar”, lo que quiere decir que la Carta Magna busca dar certeza al titular del derecho de que las prestaciones efectivamente se llevarán a la práctica. Finalmente, este deber preferente del Estado se materializa “en la forma y condiciones que determine la ley”, lo que no implica una reserva legal absoluta o particularmente intensa, pues la ley sólo debe regular las materias básicas relativas al régimen previsional y de seguridad social.

**ROL Nº 1.710**

Considerando 149°

El derecho a la protección de la salud no es una materia que pueda ser regulada indistintamente por la ley y por normas administrativas; y, en consecuencia, no le corresponde al legislador legalizar o deslegalizar estas materias, pues eso lo define el constituyente.

**2. ROL Nº 1.710**

Considerandos 152° y 153°

Los primeros cuatro numerales del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley Nº 18.933 vulnera la Constitución, al no fijar las condiciones del deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud, toda vez que permiten la operación de un complejo mecanismo de reajustabilidad del precio de los planes de salud, siendo el plan de salud elaborado por la Isapre, la estructura de la tabla de factores es definida por la Superintendencia del ramo y los factores de cada tabla son libremente determinados por la Isapre, de modo tal que no se han establecido las “condiciones”, sino que lo que ha hecho el legislador es dispersar la determinación de tales condiciones en distintos actores y el papel del afiliado, que es el actor principal del derecho a la protección de la salud, prácticamente desaparece, pues queda constreñido a aceptar o rechazar lo que la entidad previsional le ofrezca.

**3. ROL Nº 1.654**

Considerando 9°

El Tribunal Constitucional tiene competencia respecto a los contratos privados de salud en razón de que este tipo de contratos contienen elementos regulados por la Constitución, lo que no ocurre con otros. El constituyente consagró ciertos elementos de dicho acuerdo en razón del impacto que tiene en la vida de las personas.

**ROL Nº 1.691**

Considerando 9°

**ROL Nº 1.719**

Considerando 13°

**ROL Nº 1.733**

Considerando 9°

**ROL Nº 1.737**

Considerando 9°

**ROL Nº 1.654**

Considerando 13°

Es inconstitucional la regulación que permite que el sólo consentimiento de las partes establecer las condiciones de reajustabilidad del contrato de salud. El reproche es aún más grave si se tienen en consideración las características de este tipo de contrato, esto es, un contrato de orden público que obliga al legislador a cierta densidad normativa.



**ROL Nº 1.691**

Considerando 13°

**ROL Nº 1.719**

Considerando 17°

**ROL Nº 1.733**

Considerando 13°

**ROL Nº 1.737**

Considerando 13°

**ROL Nº 1.710**

Considerando 154°

El contrato que celebra un afiliado con una determinada Isapre no equivale al mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad, pues opera en relación con un derecho garantizado constitucionalmente a las personas en el marco de la seguridad social y en que la entidad privada que otorga el seguro, tiene asegurada, por ley, una cotización, o sea, un ingreso garantizado. Así, las normas que regulan esta relación jurídica son de orden público.

**ROL Nº 1.710**

Considerando 156°

En el inciso cuarto del numeral 9° de su artículo 19, la Constitución faculta a la ley para establecer “cotizaciones obligatorias”, las que son administradas por “instituciones públicas o privadas”. De esta forma, se les asegura a las Isapres un ingreso constante. Frente a esa regla, el legislador se encuentra obligado a ponderar la obligación del trabajador de pagar tales cotizaciones obligatorias y, al mismo tiempo, propender al cumplimiento del deber de asegurar la “protección de la salud”, previsto en el inciso primero de la misma disposición constitucional, que se traduce en que el derecho sea posible y efectivo de uso y goce. No obstante, el mecanismo de reajustabilidad definido por el legislador en el artículo 199 introducido por la Ley Nº 20.015 genera un desequilibrio entre el cobro de las cotizaciones y la protección del derecho a la salud, que deja a este último sin la tutela que la Constitución exige.

**4. ROL Nº 1.654**

Considerando 8°

La doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional a propósito de la tabla de factores fijada según la ley, (doctrina consagrada en la STC 1720 que declaró inconstitucional el artículo 38 ter de la Ley Nº 18.933), es también aplicable a la tabla de factores cuyo origen es contractual. Uno de los componentes fundamentales de esta doctrina es que la tabla de factores debe cumplir con ciertos criterios para ser legítima. En primer lugar, la tabla debe tener proporcionalidad en relación a las rentas, evitando generar un desequilibrio entre el cobro de la cotización y la protección del derecho a la salud; tampoco puede generar un reajuste exponencial y confiscatorio de las rentas del afiliado, provocar la imposibilidad de que éste costee el au-

mento de precio u obligar a los beneficiarios a emigrar del sistema. Luego, la relación que la tabla establezca entre los factores que la componen debe tener una fundamentación razonable, no pudiendo estar determinados discrecionalmente por las Isapres y deben contar con límites idóneos y proporcionales. En tercer lugar, el mecanismo debe permitir una intervención del afiliado que no puede estar limitada a aceptar o rechazar lo que la entidad previsional ofrezca; no puede haber dispersión en la determinación del precio entre los diferentes intervinientes y finalmente, no puede generar tratos desiguales ni considerar factores inherentes a la condición humana.

**ROL Nº 1.691**

Considerando 8°

**ROL Nº 1.710**

Considerando 155°

**ROL Nº 1.719**

Considerando 12°

**ROL Nº 1.733**

Considerando 8°

**ROL Nº 1.737**

Considerando 8°

ARTÍCULO 19, Nº 18

**Derecho a la seguridad social.**

**1. ROL Nº 1.654**

Considerando 10°

El contenido esencial de la seguridad social se revela en una interpretación sistemática del texto constitucional, en el que se recogen los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad, sobre todo si se ven conjuntamente el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social. En la seguridad social, la acción del Estado, incluida por tanto la del legislador, debe estar “dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes” a las prestaciones de seguridad social. Dicho rol, como se observa, implica, por de pronto, “garantizar”. Tal mandato conlleva un rol activo, no pasivo; se trata de hacer todo lo posible para que lo encomendado se lleve a cabo. Enseguida, implica garantizar “el acceso”. Esta fórmula es la manera en que la Constitución busca hacer viables los derechos sociales que regula (educación, salud y seguridad social). Exige que se permita incorporar o acercar a las personas a un régimen de prestaciones, con o sin cotizaciones obligatorias. Finalmente, implica el acceso sin discriminaciones, pues el mandato constitucional es para que “todos los habitantes” puedan involucrarse. Se consagra así el principio de universalidad subjetiva de la seguridad social, pues son todas las personas a quienes el Estado debe garantizar el acceso a prestaciones.

**ROL Nº 1.691**

Considerando 10°

**ROL Nº 1.710**

Considerandos 125°, 131°, 132°, 133°, 134° y 135°

**ROL Nº 1.719**

Considerando 14°

**ROL Nº 1.733**

Considerando 10°

**ROL Nº 1.737**

Considerando 10°

ARTÍCULO 19, Nº 21

**Actividad empresarial del Estado.**

**1. ROL Nº 1.732**

Considerando 37°, 38°, 39°, 40°, 41°

La actividad económica que puede desarrollar el Estado es excepcional, requiriendo ley de quórum calificado para su procedencia –no así para su regreso a la norma general, para lo que basta la privatización de la empresa–, y la forma en que se puede llevar a cabo esta actividad es diversa, pudiendo ser una empresa pública o una sociedad estatal.

**ROL Nº 1.732**

Considerandos 55°, 56°, 57°, 59°, 65° y 68°

Si bien Televisión Nacional, como empresa pública, se rige por las normas de la legislación común, es válido establecer excepciones a ello –como el deber de cumplir con ciertas normativas referidas al régimen de transparencia activa–, en la medida que las excepciones son acotadas y no impliquen un sometimiento total y completo a la normativa legal de la materia. Estas excepciones se fundamentan en la naturaleza jurídica de Televisión Nacional y en la función que le corresponde desempeñar.

ARTÍCULO 19, Nº 23

**Libertad para adquirir toda clase de bienes y bienes nacionales de uso público.**

**1. ROL Nº 1.669**

Considerandos 73°, 74°, 83° y 84°

El otorgamiento de concesiones de distribución eléctrica se realiza nacionalmente, pues interviene el Ministerio de Energía y la Superintendencia de Electricidad y Combustible, pero el ejercicio de la concesión está entregado a las municipalidades. Esto, puesto que dicha concesión comprende el uso de bienes nacionales de uso público, como lo son los caminos y las veredas, bienes cuya administración está entregada a los municipios. Así mismo, el derecho que tiene el concesionario de distribución eléctrica, está condicionado a la regulación municipal, lo que se corresponde con el artículo 19, Nº 24, de la Constitución que señala que la ley establecerá el modo de usar, gozar y disponer de la propiedad. Éste es dueño de sus redes, pero éstas se encuentran en bienes nacionales de uso público. El concesionario

puede utilizar dichos bienes, de los que no es dueño, sujeto entre otras normas, a la regulación municipal.

ARTÍCULO 19, N° 24, INCISO 3°

**Expropiación.**

**1. ROL N° 1.669**

Considerandos 92° y 93°

No hay expropiación en el deber de soterramiento de las vías de distribución eléctrica, ya que no hay un desplazamiento patrimonial, sino que una obligación de hacer que la empresa debe llevar a cabo como parte de su sujeción a la regulación del mercado eléctrico. Tampoco se configura daño, puesto que el costo efectivo lo asumen las municipalidades, no existe por tanto una carga que la empresa deba soportar con cargo a sus utilidades.

ARTÍCULO 63, N° 6

**Potestad administrativa.**

**1. ROL N° 1.669**

Considerandos 54°, 55° y 56°

El que una actividad se regule por ley no excluye la colaboración reglamentaria. La norma administrativa es concebida para reglar cuestiones de relevancia secundaria o adjetiva, cercanas a situaciones casuísticas o cambiantes, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, carácter innovador y básico de la ley impiden o vuelven difícil regular. Las características de la ley deben ser conciliadas con la mayor elasticidad, flexibilidad o posibilidades de modificación que singularizan a la potestad reglamentaria. Para la colaboración entre ley y reglamento, es necesario que la ley regule los aspectos esenciales de la materia respectiva, de manera que el reglamento sólo se involucre en aspectos de detalles. En el caso de la potestad reglamentaria municipal, debe considerarse un espacio para los intereses municipales. El elemento normativo uniforme o común del legislador nacional no puede ser especialmente detallado porque no podrá considerar las realidades de cada municipio y porque el municipio cuenta con órganos representativos de los intereses comunes en su estructura.

ARTÍCULO 77

**Organización del Poder Judicial.**

**1. ROL N° 1.651**

Considerando 6°

Es materia de ley orgánica constitucional la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en el país.

**ROL N° 1.682**

Considerando 8°

**ROL N° 1.695**

Considerando 6°

**ROL Nº 1.709**

Considerando 6º

**2. Rol Nº 1.651**

Considerandos 8º, 14º y 15º

El Tribunal Constitucional ha señalado en pronunciamientos previos, tales como la sentencia Rol Nº 1.316, que la exigencia de oír previamente a la Corte Suprema en las modificaciones a la ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, tiene su razón de ser en que resulta conveniente y necesario que el Tribunal Superior del Poder Judicial, atendida su calificación y experiencia en la materia, pueda dar a los órganos colegisladores su parecer respecto a un proyecto materia de dicha ley orgánica constitucional. Dicha exigencia debe cumplirse durante la discusión de la ley en el Congreso Nacional si el mensaje o moción se hubiere presentado sin su opinión y previo a la aprobación del mismo, por lo que es inconstitucional aquel precepto que, referido a la ley orgánica constitucional sobre organización y atribuciones de los tribunales, es enviado al Presidente de la República para su promulgación si aún está pendiente el plazo de la Corte Suprema para evacuar su informe.

ARTÍCULO 93, INCISO PRIMERO, Nº 1

**Control de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas contenidas en tratados que versen sobre materias propias de ley orgánica constitucional.**

**1. ROL Nº 1.709**

Considerando 7º

El Tribunal Constitucional sólo debe pronunciarse respecto de aquellas normas remitidas a control de constitucionalidad que efectivamente tengan rango de leyes orgánicas constitucionales.

ARTÍCULO 93, INCISO PRIMERO, Nº 3

**Cuestiones de constitucionalidad durante la tramitación de proyectos de ley, reformas constitucionales y tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso Nacional.**

**1. ROL Nº 1.655**

Considerandos 5º y 7º

La oportunidad para realizar el requerimiento del Artículo 93, inciso primero, Nº 3 de la Constitución es distinto según se trate de un tratado internacional o un proyecto de ley. En el caso de los tratados, la cuestión se puede formular durante la tramitación del mismo y, en el caso de que haya sido aprobado por el Congreso, existe un plazo adicional de cinco días contados desde la remisión de la comunicación que informa dicha aprobación. En el caso de los proyectos de ley, el plazo se extiende a toda la tramitación en el Congreso y en el caso de que haya sido despachado por éste, hasta cuando ingresa a la oficina de parte de la Contraloría General de la República el respectivo decreto promulgatorio y en ningún caso después de quinto día del despacho del proyecto si aun no ha sido promulgado. Este último

plazo de cinco días no se cuenta desde que queda totalmente tramitado en el Congreso el proyecto, sino que desde su despacho, sin considerar si el Presidente tiene aún plazo para vetarlo.

ARTÍCULO 93, INCISO PRIMERO, N° 6

**Acción de inaplicabilidad.**

**1. ROL N° 1.688**

Considerandos 6° y 7°

No le corresponde al Tribunal Constitucional pronunciarse respecto de cuestiones de competencia de los jueces del fondo.

**ROL N° 1.700**

Considerando 8°

**ROL N° 1.716**

Considerando 7°

**ROL N° 1.732**

Considerando 3°

**ROL N° 1.739**

Considerando 6°

**ROL N° 1.740**

Considerando 7°

**2. ROL N° 1.731**

Considerando 6°

El requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no es la vía idónea para impugnar resoluciones judiciales.

**3. ROL N° 1.732**

Considerandos 1° y 2°

No le corresponde al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre cuestiones de mérito propias del legislador ni calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas.

Se hace referencia a sentencias roles N° 797, 811 y 896.

**ROL N° 1.654**

Considerando 6°

El Tribunal Constitucional puede pronunciarse respecto de preceptos legales derogados siempre y cuando, –como señaló en las sentencias roles N° 1399 y 1469–, la norma estuviese vigente al momento de suscitarse la situación jurídica y sea, por tanto, aplicable por el juez en la gestión pendiente, es decir, cuando se produzca la ultraactividad de las leyes.

**ROL N° 1.691**

Considerando 6°

**ROL N° 1.719**

Considerando 10°

**ROL N° 1.733**

Considerando 6°

**ROL Nº 1.737**

Considerando 6°

**4. ROL Nº 1.670**

Considerando 8°

Si es el juez de la causa quien promueve la acción de inaplicabilidad, tal decisión debe ser del todo ajena a los pronunciamientos que éste debe emitir para resolver las peticiones que le formulen las partes del mismo proceso en sus escritos y, no puede responder a un requerimiento de éstas para que aquel oficie al Tribunal Constitucional, ya que las partes tienen el derecho de accionar directamente ante el Tribunal Constitucional.

**ROL Nº 1.681**

Considerandos 7°, 8° y 9°

**ROL Nº 1.680**

Considerando 6°

No es parte legitimada para deducir la acción de inaplicabilidad el abogado de una de las partes en la gestión pendiente si recurre por sí ante el Tribunal Constitucional.

**ROL Nº 1.653**

Considerando 8°

No puede considerarse como un fundamento plausible aquel que contiene argumentos contradictorios.

**ARTÍCULO 93, INCISO PRIMERO, Nº 6, E INCISO DECIMOPRIMERO  
Control de admisibilidad al requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.**

**1. ROL Nº 1.653**

Considerando 9°

Todo requerimiento de inaplicabilidad debe exponer los antecedentes de hecho y la forma en que la disposición legal impugnada produce un resultado contrario a la Constitución, lo que debe ser expuesto circunstancialmente. La explicación de la forma en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye la base indispensable de la acción ejercitada.

**ROL Nº 1.684**

Considerando 8°

**ROL Nº 1.685**

Considerandos 6° y 7°

**ROL Nº 1.686**

Considerandos 6° y 7°

**ROL Nº 1.708**

Considerandos 6° y 7°

**ROL Nº 1.722**

Considerando 6°

**ROL Nº 1.730**

Considerandos 6° y 7°

**ROL Nº 1.714**

Considerando 5°

El requerimiento de inaplicabilidad debe contener una exposición clara y precisa de los argumentos que sustentan la cuestión de inconstitucionalidad que se alega.

**ROL Nº 1.715**

Considerando 5°

**ROL Nº 1.694**

Considerando 5°

En un requerimiento de inaplicabilidad debe señalarse de qué forma se produce un eventual resultado contrario a la Constitución, no bastando la transcripción de partes de sentencias del Tribunal Constitucional.

**ROL Nº 1.731**

Considerando 6°

**ROL Nº 1.717**

Considerandos 6°, 7° y 9°

Como ya lo ha señalado previamente el Tribunal Constitucional, para que prospere un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, es necesario que exista un conflicto de constitucionalidad, vale decir, una contradicción directa, clara y precisa entre determinado precepto legal que se pretende aplicar en el caso concreto y la Constitución, por lo que se debe señalar de qué manera la norma impugnada podría ser objeto de reproche de constitucionalidad en el caso en particular.

**ROL Nº 1.700**

Considerando 9°

No está razonablemente fundado aquel requerimiento dirigido a resolver cuestiones de mera legalidad.

**ROL Nº 1.716**

Considerandos 5° y 7°

**ROL Nº 1.724**

Considerando 8°

**ROL Nº 1.732**

Considerando 20°

**ROL Nº 1.678**

Considerando 8°

No puede considerarse como fundamentado razonablemente un requerimiento en que se le solicita a esta Magistratura que conozca de un asunto que es competencia de los jueces del fondo.



**2. ROL Nº 1.687**

Considerandos 7º y 8º

Es requisito de admisibilidad que exista una gestión judicial pendiente en que pueda incidir la norma impugnada.

**ROL Nº 1.720**

Considerando 6º

**ROL Nº 1.721**

Considerando 6º

**ROL Nº 1.727**

Considerandos 8º y 9º

**ROL Nº 1.694**

Considerando 5º

El certificado que se presente para acreditar la existencia de una gestión pendiente, ante tribunal ordinario o especial, debe cumplir con todas las menciones que exige el artículo 47 A de la Ley 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

**ROL Nº 1.722**

Considerando 5º

**ROL Nº 1.729**

Considerando 5º

**ROL Nº 1.730**

Considerando 5º

**ROL Nº 1.734**

Considerando 2º

**ROL Nº 1.674**

Considerando 6º

No hay gestión pendiente cuando en la acción en que incide el requerimiento de inaplicabilidad ya se ha dictado sentencia y ésta se encuentra ejecutoriada.

**ROL Nº 1.688**

Considerando 5º

No habiéndose acreditado el cumplimiento del requisito constitucional de que la aplicación del precepto legal resulte decisiva, no puede declararse admisible el requerimiento.

**ROL Nº 1.697**

Considerandos 2º y 3º

**ROL Nº 1.698**

Considerandos 8º y 9º

**ROL Nº 1.702**

Considerando 5º

**ROL Nº 1.718**

Considerando 4<sup>a</sup>

La normativa constitucional en virtud de la cual, la norma legal impugnada, debe poder tener aplicación decisiva en la gestión pendiente envuelve la facultad de apreciar a primera vista si la disposición puede tener aplicación en la resolución del asunto, descartándola únicamente si su impertinencia es manifiesta e inequívoca.

**ROL Nº 1.706**

Considerandos 10° y 11°

Debe declararse inadmisibile aquel requerimiento en que la norma impugnada ya recibió aplicación en la gestión pendiente, toda vez que la declaración de inaplicabilidad no produciría efecto alguno.

**ROL Nº 1.659**

Considerando 8°

Al impugnarse una norma legal cuya entrada en vigencia es posterior a la fecha de celebración del contrato que regula, no se cumple con el requisito de admisibilidad de que el precepto impugnado pueda resultar decisivo en la resolución del asunto.

**ROL Nº 1.660**

Considerando 7°

**ROL Nº 1.662**

Considerando 5°

**ROL Nº 1.668**

Considerando 7°

**ROL Nº 1.673**

Considerando 6°

**ROL Nº 1.676**

Considerando 7°

**ROL Nº 1689**

Considerando 2°

**ROL Nº 1690**

Considerando 2°

**ROL Nº 1712**

Considerando 2°

**ROL Nº 1713**

Considerando 2°

**ROL Nº 1735**

Considerando 2°

**ROL Nº 1.664**

Considerandos 11° y 12°

Para determinar si la norma impugnada puede tener incidencia decisiva en la resolución de la gestión judicial pendiente en la que incide la acción,

es imprescindible examinar los antecedentes que permiten identificar la materia sobre la que trata dicha gestión. Al no haberse presentado tales antecedentes, a pesar de haberse requerido, el requerimiento debe ser declarado inadmisibile.

**ROL Nº 1.665**

Considerandos 11° y 12°

**ROL Nº 1.666**

Considerandos 11° y 12°

**ROL Nº 1.667**

Considerandos 11° y 12°

**4. ROL Nº 1.711**

Considerando 6°

Otorgado un plazo para subsanar los defectos del requerimiento, si ellos no se corrigen en tiempo, se tiene por no presentada la acción de inaplicabilidad para todos los efectos legales.

**5. ROL Nº 1.671**

Considerando 6°

La Constitución es clara en establecer que no cabe deducir recurso alguno en contra de las resoluciones que dicta la Sala en ejercicio de la atribución que se le asigna en la materia, por lo que no puede admitirse a tramitación un requerimiento que, en el hecho, importa un recurso que intenta dejar sin efecto una sentencia interlocutoria que declaró inadmisibile una anterior acción de inaplicabilidad.

**ROL Nº 1.672**

Considerando 6°

**ROL Nº 1.657**

Considerando 4°

Habiéndose ya declarado la inconstitucionalidad del precepto impugnado mediante la sentencia Rol Nº 1710, en procura de hacer eficaz lo resuelto por el Tribunal Constitucional, y a fin de evitar que la norma pueda ser aplicada, se acoge el recurso de inaplicabilidad.

**ROL Nº 1.658**

Considerando 4°

**ROL Nº 1.661**

Considerando 4°

**ROL Nº 1.675**

Considerando 4°

**ROL Nº 1.677**

Considerando 4°

**ROL Nº 1689**

Considerando 4°

- ROL Nº 1690**  
Considerando 3º
- ROL Nº 1696**  
Considerando 4º
- ROL Nº 1699**  
Considerando 4º
- ROL Nº 1703**  
Considerando 4º
- ROL Nº 1712**  
Considerando 3º
- ROL Nº 1713**  
Considerando 4º
- ROL Nº 1725**  
Considerando 4º
- ROL Nº 1726**  
Considerando 4º
- ROL Nº 1728**  
Considerando 4º
- ROL Nº 1735**  
Considerando 3º
- ROL Nº 1736**  
Considerando 4º

**ARTÍCULO 93, INCISO PRIMERO, Nº 7, E INCISO DUODÉCIMO**  
**Acción de inconstitucionalidad.**

**1. ROL Nº 1.710**

Considerandos 29º, 30º, 31º, 32º y 33º

De la normativa constitucional, se deriva que el constituyente y el legislador orgánico vincularon la declaración de inconstitucionalidad con la de inaplicabilidad, tanto en su relación de existencia como en su contenido, dado que la declaración de inaplicabilidad es condición sine qua non para que el mismo precepto sea declarado inconstitucional y la declaración de inconstitucionalidad debe fundarse únicamente en los preceptos constitucionales considerados trasgredidos por la sentencia de inaplicabilidad previa que le da sustento. Todo lo anterior, no obstante ser ambos controles de naturaleza diversa, pero dada la vinculación que deben tener, en el examen abstracto de inconstitucionalidad necesariamente se debe revisar el examen concreto de las sentencias que le sirven de apoyo, no obstante lo cual, no puede limitarse a reproducir los fundamentos de las sentencias de inaplicabilidad.

**2. ROL Nº 1.723**

Considerando 2º

De los votos para rechazar la declaración de inconstitucionalidad, de los ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señor Enrique Navarro Beltrán.

El Tribunal Constitucional ya ha señalado en procesos anteriores, que el respeto hacia la labor que desarrolla el legislador lo obliga, en su función de contralor de la constitucionalidad de la ley, a buscar, al menos, alguna interpretación del precepto cuestionado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental y sólo en el evento de no ser ello posible, unido a la necesidad de cautelar integralmente la plena vigencia de los principios de supremacía constitucional, igualdad ante la ley y certeza jurídica, resultará procedente y necesaria la declaración de inconstitucionalidad. Se hace referencia a sentencias roles N<sup>os</sup> 558 y 590.

**3. ROL N<sup>o</sup> 1.710**

Considerandos 35°, 36°, 37°, 38° y 39°

“Precepto legal” debe entenderse como el equivalente a una norma jurídica de rango legal, la que puede estar contenida en una parte, en todo un artículo o en varios en que el legislador agrupa las disposiciones de una ley, de modo tal que a la luz de las facultades del Tribunal Constitucional en el artículo 93, no es necesario que la norma sea completa sino que se baste a sí misma.

En consideración a ello, la facultad del Tribunal Constitucional dice relación con declarar la inconstitucionalidad del precepto ya declarado previamente inaplicable y en consideración a los mismos fundamentos de dichas sentencias previas, no pudiendo extender la declaración de inconstitucionalidad más allá de lo resuelto previamente en las sentencias que sirven de fundamento al proceso de inconstitucionalidad.

Se hace referencia a sentencias roles N<sup>os</sup> 626 y 1.254.

**ROL N<sup>o</sup> 1.723**

Considerandos 6°, 7°, 8° y 14°

De los votos para rechazar la indicación de declarar la inconstitucionalidad sólo de parte del precepto impugnado, de los ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes e Iván Aróstica Maldonado.

**4. ROL N<sup>o</sup> 1.723**

Considerandos 1°, 3°, 4° y 5°

De los votos para acoger la indicación de declarar la inconstitucionalidad sólo de parte del precepto impugnado, de los ministros señores Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney.

La declaración de inconstitucionalidad constituye el último mecanismo que posee el Tribunal Constitucional para asegurar la supremacía constitucional, toda vez que implica no sólo la anulación o derogación de un acto emanado de un órgano legislativo, sino que conlleva un cierto grado de inseguridad jurídica ante el vacío normativo que se produce por la desaparición de la norma, cuyo reemplazo es incierto.

Las condiciones que la Constitución ha establecido para la declaración

de inconstitucionalidad dicen relación con el resguardo de la seguridad jurídica y por el principio de deferencia al legislador. Entre estas condiciones, las inaplicabilidades previas, vinculan al Tribunal Constitucional a no declarar inconstitucional un precepto más allá de las mencionadas declaraciones de inaplicabilidad, pero no impiden que el Tribunal pueda declarar inconstitucional sólo una parte de un precepto declarado previamente inaplicable, dado que el Tribunal Constitucional no puede ir más allá, pero puede auto contenerse.

**ROL Nº 1.710**

Considerandos 19º, 20º, 21º y 22º

**ARTÍCULO 93, INCISO PRIMERO, Nº 12**

**Contienda de competencia.**

**1. ROL Nº 1.705**

Considerandos 6º y 7º

No existe contienda de competencia respecto de la cual se deba pronunciar el Tribunal Constitucional, si una de las partes durante el proceso decide proseguir el conocimiento del asunto.

**ROL Nº 1.707**

Considerandos 7º y 8º

**ARTÍCULO 94**

**Efectos de la declaración de inconstitucionalidad.**

**1. ROL Nº 1.710**

Considerando 27º

Al señalar el artículo 94 de la Carta Fundamental que la norma se entenderá derogada, alude a una especie de derogación sui generis, que debe distinguirse de la derogación efectuada por el legislador, toda vez que no responde a razones de mérito sino a la verificación de un vicio constitucional de orden público; por lo mismo, un efecto ultractivo de las normas derogadas es limitado y sólo opera para el futuro.

**ROL Nº 1.710**

Considerando 40º

Las sentencias del Tribunal Constitucional deben ser entendidas a la luz del principio de supremacía constitucional, especialmente desde dos perspectivas fundamentales (i) el deber de observancia que a ella deben los titulares e integrantes de los órganos del Estado, y, por la otra, (ii) su irradiación a toda persona, institución o grupo.

**ROL Nº 1.710**

Considerandos 167º y 169º

Las sentencias del Tribunal Constitucional producen efectos ex nunc, vale decir, desde la publicación del fallo, hacia el futuro, no afectando situaciones acaecidas ni actos realizados con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial. Lo anterior, se deriva de una adecuada consideración entre la seguridad jurídica y la supremacía constitucional, toda vez que si bien

la supremacía constitucional exigiría la expulsión de todas las normas que pugnen con la Constitución, la seguridad jurídica exige limitar dichos efectos para no afectar a quienes actuaron bajo la expectativa de que el marco legal vigente era regular.

**ROL Nº 1.710**

Considerando 170°

No obstante el efecto ex nunc de las sentencias del Tribunal Constitucional, debe considerarse la naturaleza del contrato de salud, que junto con ser un contrato con elementos de orden público, lo es de tracto sucesivo, por lo que si cambia el marco jurídico aplicable, entonces cambian también, hacia el futuro, las cláusulas del contrato.

**ARTÍCULO 118**

**Municipalidades.**

**1. ROL Nº 1.669**

Considerandos 18° y 19°

Las municipalidades se distinguen por ser órganos creados y configurados, en sus elementos esenciales, directamente por la Constitución, complementados por leyes orgánicas. Sus funciones y atribuciones se ubican en un escalón superior de autonomía respecto los órganos descentralizados, ya que mientras éstos últimos están sujetos a un control de supervigilancia o tutela, el Tribunal Constitucional ya ha señalado que las municipalidades no están sujetas al poder jerárquico del Presidente de la República (sentencia Rol Nº 78). Siendo órganos creados para satisfacer una función administrativa específica, que se realiza con independencia del poder central, su autonomía tiene una triple dimensión, abarcando la esfera organizativa, institucional y normativa. Así, sus decisiones no pueden ser sustituidas o mediatizadas jurídicamente por el poder central, teniendo una capacidad de acción de discrecionalidad de configuración, mucho mayor que los servicios públicos descentralizados.

Además, se caracterizan por tener personalidad jurídica de derecho público, lo que por un lado quiere decir que son sujetos de derecho capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones, y ejercer las atribuciones que se les confieren, con una personalidad jurídica distinta a la del Fisco. Por otro lado, implica que son creadas por el ordenamiento jurídico, no por voluntad de sus integrantes, ejercen potestades públicas y su estatuto jurídico está definido por la norma que lo crea.

Por último, las municipalidades tienen patrimonio propio, por lo que pueden tener bienes corporales e incorporeales, ingresos, activos y pasivo.

**2. ROL Nº 1.669**

Considerandos 42° y 43°

La potestad reglamentaria de los municipios, expresada en las ordenanzas municipales, ha sido reconocida desde la Constitución de 1823. Ésta tiene rango constitucional, sin perjuicio de que toda su configuración sea de rango legal; se encuentra subordinada por una parte a la ley y la Constitución, y por otra, a la potestad reglamentaria del Presidente de la República; y las

resoluciones que se dicten en su virtud se encuentran exentas del trámite de toma de razón.

ARTÍCULOS 118 Y 119

**Materias de ley orgánica constitucional.**

**1. ROL Nº 1.704**

Considerando 7º

La normativa legal relativa a atribuciones de las municipalidades, de alcaldes y concejos municipales, es materia de ley orgánica constitucional.



ÍNDICE GENERAL DE LAS SENTENCIAS PRONUNCIADAS  
POR EL EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Roles N<sup>os</sup> 1.651 a 1.740

**ROL N<sup>o</sup> 1.651-2010 ..... 15**

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY QUE OTORGA BONO SOLIDARIO A LAS FAMILIAS DE MENORES INGRESOS. PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR JOSÉ LUIS CEA EGAÑA Y MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES.

DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE, CARLOS CARMONA SANTANDER Y JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY.

Sentencia: 24 de marzo de 2010

**Ley N<sup>o</sup> 20.428, de 24 de marzo de 2010**

**ROL N<sup>o</sup> 1.652-2010 ..... 31**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, 38 TER DE LA LEY N<sup>o</sup> 18.933, 2<sup>o</sup> DE LA LEY N<sup>o</sup> 20.015 Y 199 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY N<sup>o</sup> 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, DEDUCIDO POR SILVIA CUEVAS JIMÉNEZ.

Sentencia: 24 de junio de 2010

**ROL N<sup>o</sup> 1.653-2010 ..... 32**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY N<sup>o</sup> 18.933, DEDUCIDO POR PABLO PARADA RUIZ.

DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES RAÚL BERTELSEN REPETTO Y ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN.

Sentencia: 9 de julio de 2010

- ROL Nº 1.654-2010** ..... **37**  
 REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, 2º DE LA LEY Nº 20.015 Y 199 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, DEDUCIDO POR CARLOS MANUEL IBÁÑEZ NEGRETE.  
 PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN E IVÁN ARÓSTICA MALDONADO.  
 Sentencia: 26 de julio de 2011
- ROL Nº 1.655-2010** ..... **46**  
 REQUERIMIENTO DE TREINTA Y CUADRO HONORABLES DIPUTADOS EN CONTRA DEL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY Nº 18.892, LEY GENERAL DE PESCA Y ACUICULTURA.  
 DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES JOSÉ LUIS CEA EGAÑA, RAÚL BERTELSEN REPETTO Y SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES.  
 Sentencia: 1 de abril de 2010
- ROL Nº 1.656-2010** ..... **53**  
 REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 206 DEL CÓDIGO CIVIL, DEDUCIDO POR NEL GREEVEN BOBADILLA, JUEZ DE FAMILIA DE PUDAHUEL.  
 PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE, MARIO FERNÁNDEZ BAEZA, SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES Y SEÑORES FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES Y JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY.  
 DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES MARCELO VENEGAS PALACIOS, IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN Y CARLOS CARMONA SANTANDER.  
 Sentencia: 1 de septiembre de 2011
- ROL Nº 1.657-2010** ..... **83**  
 REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, DEDUCIDO POR JUAN DE LA CRUZ PÉREZ ÁLVAREZ.  
 PREVENCIÓN DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES Y EL MINISTRO SEÑOR ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN.  
 Sentencia: 29 de noviembre de 2010
- ROL Nº 1.658-2010** ..... **98**  
 REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

DAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, DEDUCIDO POR PATRICIO BERNARDO MACKENNA GÓMEZ.

PREVENCIÓN DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES Y MINISTROS SEÑORES ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN Y JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY.

Sentencia: 9 de junio de 2011

**ROL Nº 1.659-2010 ..... 109**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, DEDUCIDO POR ALEJANDRO COBOS DÍAZ.

Sentencia: 7 de julio de 2010

**ROL Nº 1.660-2010 ..... 113**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, DEDUCIDO POR PAZ RODRÍGUEZ PÉREZ.

DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES HERNÁN VODANOVICH SCHNAKE Y MARIO FERNÁNDEZ BAEZA.

Sentencia: 5 de mayo de 2010

**ROL Nº 1.661-2010 ..... 116**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, DEDUCIDO POR MANUEL ARTURO SOTTOLICHIO URQUIZA.

PREVENCIÓN DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES Y MINISTROS SEÑORES ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN Y JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY.

Sentencia: 21 de diciembre de 2010

**ROL Nº 1.662-2010 ..... 116**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 199, DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, QUE CORRESPONDE AL ARTÍCULO 38 DE TER DE LEY Nº 18.933, DEDUCIDO POR HELMUTH RICARDO VARGAS ROSA.

Sentencia: 21 de septiembre de 2010

**ROL Nº 1.663-2010 ..... 120**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, 2º DE LA LEY

Nº 20.015 Y 199 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, DEDUCIDO POR TELMA TERESA VALENCIA DÍAZ.

Sentencia: 12 de mayo de 2010

**ROL Nº 1.664-2010 ..... 121**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 480, INCISO FINAL, DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, DEDUCIDO POR ISBAN CHILE S.A.

Sentencia: 28 de abril de 2010

**ROL Nº 1.665-2010 ..... 125**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 480, INCISO FINAL, DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, DEDUCIDO POR ISBAN CHILE S.A.

Sentencia: 28 de abril de 2010

**ROL Nº 1.666-2010 ..... 125**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 480, INCISO FINAL, DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, DEDUCIDO POR ISBAN CHILE S.A.

Sentencia: 28 de abril de 2010

**ROL Nº 1.667-2010 ..... 126**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 480, INCISO FINAL, DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, DEDUCIDO POR ISBAN CHILE S.A.

Sentencia: 28 de abril de 2010

**ROL Nº 1.668-2010 ..... 126**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38 DE LA LEY Nº 18.933, VIGENTE CON ANTERIORIDAD A LA LEY Nº 20.015, 38 TER DE LA MISMA LEY ANTES CITADA, INCORPORADO POR EL ARTÍCULO 1º Nº 15 DE LA LEY Nº 20.015, 2º DE LA MISMA LEY Nº 20.015, Y 199 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD Y LA TABLA DE FACTORES ETARIOS DE QUE ELLAS DAN CUENTA, DEDUCIDO POR MARCELO JAVIER SEGURA UAUY.

Sentencia: 9 de junio de 2010

**ROL Nº 1.669-2010 ..... 131**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 480, INCISO FINAL, DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, DEDUCIDO POR ISBAN CHILE S.A.

DAD DE LOS ARTÍCULOS 5, LETRA C), Y 12 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 1, DE 2006, DEL MINISTERIO DEL INTERIOR, 15, 124 Y 221 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 4/20.018, DE 2006, DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y RECONSTRUCCIÓN, DEDUCIDO POR ENERGÍA LIMARÍ S.A.

DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES MARCELO VENEGAS PALACIOS, ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN E IVÁN ARÓSTICA MALDONADO.

Sentencia: 15 de marzo de 2012

**ROL Nº 1.670-2010 ..... 176**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 237 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, DEDUCIDO POR EL JUZGADO DE LETRAS, GARANTÍA Y FAMILIA DE LAJA.

DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES MARIO FERNÁNDEZ BAEZA Y ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN.

Sentencia: 21 de abril de 2010

**ROL Nº 1.671-2010 ..... 179**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 1545 DEL CÓDIGO CIVIL, 38 DE LA LEY Nº 18.933 Y 2º DE LA LEY Nº 20.015, DEDUCIDO POR PEDRO HERNÁN LOCH CONTRERAS.

Sentencia: 21 de abril de 2010

**ROL Nº 1.672-2010 ..... 183**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 1545 DEL CÓDIGO CIVIL, 38 DE LA LEY Nº 18.933 Y 2º DE LA LEY Nº 20.015, DEDUCIDO POR ROGELIO ARNALDO VARGAS NILO.

Sentencia: 21 de abril de 2010

**ROL Nº 1.673-2010 ..... 183**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, DEDUCIDO POR LUIS ALMENDRAS IPINZA.

Sentencia: 26 de octubre de 2010

**ROL Nº 1.674-2010 ..... 184**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, DEDUCIDO POR ALEJANDRA BRUNDL RIUMALLO.

Sentencia: 23 de septiembre de 2010

**ROL Nº 1.675-2010 ..... 186**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, DEDUCIDO POR ENRIQUE FONTECILLA CARBO.

PREVENCIÓN DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES Y MINISTROS SEÑORES ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN Y JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY.

Sentencia: 12 de julio de 2011

**ROL Nº 1.676-2010 ..... 189**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, DEDUCIDO POR ALEJANDRO JORDÁN HERRERA.

DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES MARIO FERNÁNDEZ BAEZA Y HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE.

Sentencia: 5 de mayo de 2010

**ROL Nº 1.677-2010 ..... 190**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, DEDUCIDO POR GONZALO TORO BONIFETTI.

PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN.

DISIDENCIA DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES.

Sentencia: 16 de noviembre de 2010

**ROL Nº 1.678-2010 ..... 204**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 212 DEL CÓDIGO CIVIL, DEDUCIDO POR ALBERTO MICHEL HADDAD VALECH.

DISIDENCIA DEL MINISTRO SEÑOR RAÚL BERTELSEN REPETTO.

Sentencia: 23 de julio de 2010

**ROL Nº 1.679-2010 ..... 208**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 2331 DEL CÓDIGO CIVIL, DEDUCIDO POR FELIPE CAMIROAGA FERNÁNDEZ.

PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES MARCELO VENEGAS PALACIOS, IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, MARIO FERNÁNDEZ BAEZA,

HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE, SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES Y SEÑORES CARLOS CARMONA SANTANDER, JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY Y ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN.

DISIDENCIA DEL MINISTRO SEÑOR FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES.

Sentencia: 15 de marzo de 2011

**ROL Nº 1.680-2010 ..... 219**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 500 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, DEDUCIDO POR HÉCTOR EDUARDO OLHABERRY RIOSECO.

Sentencia: 28 de abril de 2010

**ROL Nº 1.681-2010 ..... 223**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 125, Nº 1, Y 17 DE LA LEY GENERAL DE PESCA, DEDUCIDO POR LA CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN.

DISIDENCIA DEL MINISTRO SEÑOR MARIO FERNÁNDEZ BAEZA.

Sentencia: 11 de mayo de 2010

**ROL Nº 1682-2010 ..... 228**

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY QUE PERMITE PRORROGAR LOS PLAZOS DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES Y QUE MODIFICA LA DECLARACIÓN DE LA MUERTE PRESUNTA, EN LAS COMUNAS AFECTADAS POR EL TERREMOTO.

DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES RAÚL BERTELSEN REPETTO Y ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN.

Sentencia: 15 de abril de 2010

**Ley Nº 20.436, de 23 de abril de 2010**

**ROL Nº 1.683-2010 ..... 233**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 365 DEL CÓDIGO PENAL, DEDUCIDO POR JORGE WASHINGTON SEPÚLVEDA ÁLVAREZ.

PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN.

DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE, CARLOS CARMONA SANTANDER Y JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY.

Sentencia: 4 de enero de 2011

**ROL Nº 1.684-2010 ..... 285**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 48 DE LA LEY Nº 16.618, DEDUCIDO POR SANDRA TAPIA MOREIRA Y DIEGO CARRASCO CARRASCO.

Sentencia: 4 de mayo de 2010

**ROL Nº 1.685-2010 ..... 289**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 3º TRANSITORIO DE LA LEY Nº 20.158, DEDUCIDO POR FREDI AVENDAÑO ANDREADES Y OTROS.

Sentencia: 21 de abril de 2010

**ROL Nº 1.686-2010 ..... 292**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 3º TRANSITORIO DE LA LEY Nº 20.158, DEDUCIDO POR OLIVIA ESTER GONZÁLEZ BUSTAMANTE Y OTROS.

Sentencia: 21 de abril de 2010

**ROL Nº 1.687-2010 ..... 292**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 2º DE LA LEY Nº 20.015, DEDUCIDO POR GABRIEL GUENDERMANN SANHUEZA.

Sentencia: 1 de julio de 2010

**ROL Nº 1.688-2010 ..... 295**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 2º DE LA LEY Nº 20.015, DEDUCIDO POR PATRICIA SMITH COVARRUBIAS.

PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR MARIO FERNÁNDEZ BAEZA.

Sentencia: 8 de junio de 2010

**ROL Nº 1.689-2010 ..... 298**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38 DE LA LEY Nº 18.933, VIGENTE CON ANTERIORIDAD A LA LEY Nº 20.015, 38 TER DE LA LEY Nº 18.933 –INCORPORADO POR EL ARTÍCULO 1º, Nº 15, DE LA LEY Nº 20.015–, 2º DE LA MISMA LEY Nº 20.015; Y, 199 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUDO, DEDUCIDO POR CAROS BATEK VALDÉS.

PREVENCIÓN DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES Y LOS MINISTROS SEÑORES ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN Y JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY.

Sentencia: 13 de enero de 2011



**ROL Nº 1.690-2010 ..... 316**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, 2º DE LA LEY Nº 20.015 Y 199 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, DEDUCIDO POR EDWIN ARMANDO ROGER DIMTER BIANCHI.

PREVENCIÓN DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES Y DEL MINISTRO SEÑOR ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN.

Sentencia: 7 de diciembre de 2010

**ROL Nº 1.691-2010 ..... 331**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, 2º DE LA LEY Nº 20.015 Y 199 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, DEDUCIDO POR SONIA BELARMINA ELENA PÉREZ SEPÚLVEDA.

PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN E IVÁN ARÓSTICA MALDONADO.

DISIDENCIA DEL MINISTRO SEÑOR RAÚL BERTELSEN REPETTO.

Sentencia: 14 de junio de 2011

**ROL Nº 1.692-2010 ..... 340**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, 2º DE LA LEY Nº 20.015 Y 199 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, DEDUCIDO POR PATRICIO CONSTANTINO PRIMO RIVEROS.

Sentencia: 18 de mayo de 2010

**ROL Nº 1.693-2010 ..... 341**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, 38 TER DE LA LEY Nº 18.933; 2º DE LA LEY Nº 20.015 Y 199 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, DEDUCIDO POR RAFAEL GONZALO SANZ LLANO.

Sentencia: 31 de mayo de 2010

**ROL Nº 1.694-2010 ..... 342**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, DEDUCIDO POR MARÍA ANGÉLICA SANCHO PERNAS.

Sentencia: 5 de mayo de 2010

**ROL Nº 1.695-2010 ..... 344**

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY Nº 20.022, CON EL OBJETO DE ESTABLECER UN NUEVO PLAZO PARA EL CIERRE DE LOS TRIBUNALES DEL TRABAJO QUE INDICA.

Sentencia: 22 de abril de 2010

**Ley Nº 20.438, de 29 de abril de 2010**

**ROL Nº 1.696-2010 ..... 347**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, DEDUCIDO POR IGNACIO HERRERA ARAVENA.

PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN Y JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY.

DISIDENCIA DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES.

Sentencia: 28 de abril de 2011

**ROL Nº 1.697-2010 ..... 347**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, DEDUCIDO POR CAROLINA PAROT URCELAY.

Sentencia: 2 de junio de 2011

**ROL Nº 1.698-2010 ..... 350**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, DEDUCIDO POR VÍCTOR RAMÍREZ DE ARELLA CARVALLO.

Sentencia: 25 de agosto de 2010

**ROL Nº 1.699-2010 ..... 350**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, DEDUCIDO POR VICTORIA SILVA ARÁNGUIZ.

PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN Y JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY.

DISIDENCIA DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES.

Sentencia: 28 de abril de 2011

**ROL Nº 1.700-2010 ..... 366**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 2º DE LA LEY Nº 20.015, DEDUCIDO POR PAOLA KAISER ASTETE Y FELIPE DÍAZ STUVEN.

Sentencia: 14 de diciembre de 2010

**ROL Nº 1.701-2010 ..... 369**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 199 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, DEDUCIDO POR TERESA DÍAZ SQUELLA.

Sentencia: 22 de abril de 2010

**ROL Nº 1.702-2010 ..... 370**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 39, INCISO CUARTO, DEL DECRETO LEY Nº 2.186, DE 1979, LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTO DE EXPROPIACIONES, DEDUCIDO POR MARÍA ELIZABETH ZÚÑIGA MARILEO Y OTROS.

PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN.

DISIDENCIA DEL MINISTRO SEÑOR MARIO FERNÁNDEZ BAEZA.

Sentencia: 26 de mayo de 2010

**ROL Nº 1.703-2010 ..... 374**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, 2º DE LA LEY Nº 20.015 Y 199 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, DEDUCIDO POR TAMARA NAUDÓN BARROS.

PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN Y JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY.

DISIDENCIA DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES.

Sentencia: 14 de abril de 2011

**ROL Nº 1.704-2010 ..... 390**

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 67 DE LA LEY Nº 18.695, ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE MUNICIPALIDADES, AUMENTANDO EL PLAZO PARA QUE EL ALCALDE RINDA CUENTA PÚBLICA AL CONSEJO MUNICIPAL EN REGIONES DECLARADAS ZONAS DE CATÁSTROFE.

Sentencia: 27 de abril de 2010

**Ley Nº 20.439, de 30 de abril de 2010**

<b>ROL Nº 1.705-2010</b> .....	<b>394</b>
CONTIENDA DE COMPETENCIA ENTRE EL JUZGADO DE LETRAS Y GARANTÍA CON COMPETENCIA EN FAMILIA DE COLLIPULLI Y EL MINISTERIO PÚBLICO.	
Sentencia: 15 de junio de 2010	
<b>ROL Nº 1.706-2010</b> .....	<b>395</b>
REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 83, INCISO SEGUNDO, EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, DEDUCIDO POR SOCIEDAD EFISIO SALOMONE Y COMPAÑÍA LIMITADA.	
Sentencia: 8 de junio de 2010	
<b>ROL Nº 1.707-2010</b> .....	<b>399</b>
CONTIENDA DE COMPETENCIA ENTRE EL JUZGADO DE LETRAS Y GARANTÍA DE LO MUERMOS Y EL MINISTERIO PÚBLICO.	
Sentencia: 26 de mayo de 2010	
<b>ROL Nº 1.708-2010</b> .....	<b>402</b>
REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 72, INCISO PRIMERO, DEL DECRETO SUPREMO Nº 294, DE 1985, DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS; 72, INCISO PRIMERO, DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 850, DE 1998, DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS; 3º DEL DECRETO SUPREMO Nº 169, DE 1985, DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, DEDUCIDO POR MARÍA GRACIELA MÁRQUEZ HERRERA Y OTROS.	
PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES.	
Sentencia: 15 de junio de 2010	
<b>ROL Nº 1.709-2010</b> .....	<b>405</b>
CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY Nº 20.428, QUE OTORGA UN BONO SOLIDARIO A LAS FAMILIAS DE MENORES INGRESOS.	
Sentencia: 6 de mayo de 2010	
<b>Ley Nº 20.442, de 9 de junio de 2010</b>	
<b>ROL Nº 1.710-2010</b> .....	<b>408</b>
PROCESO DE OFICIO PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY Nº 18.933.	
PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES RAÚL BERTELSEN RE-	

PETTO, HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE Y FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES.

DISIDENCIA DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES Y DEL MINISTRO SEÑOR ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN.

Sentencia: 6 de agosto de 2010

**Diario Oficial: 9 de agosto de 2010**

**ROL Nº 1.711-2010 ..... 526**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 43 DE LA LEY Nº 19.342, QUE REGULA DERECHOS DE OBTENTORES DE NUEVAS VARIEDADES VEGETALES, DEDUCIDO POR GABRIELA PAIVA HANTKE.

Sentencia: 7 de julio de 2010

**ROL Nº 1.712-2010 ..... 529**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, 2º DE LA LEY Nº 20.015 Y 199 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, DEDUCIDO POR JUANA ISAURA ORTIZ ROZAS.

PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN Y JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY.

Sentencia: 28 de abril de 2011

**ROL Nº 1.713-2010 ..... 540**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, 38 TER DE LA LEY Nº 18.933; 2º DE LA LEY Nº 20.015; Y 199 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, DEDUCIDO POR MAURICIO ALEJANDRO RODWAY FLORES.

PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN Y JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY.

Sentencia: 11 de enero de 2011

**ROL Nº 1.714-2010 ..... 549**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 3º TRANSITORIO DE LA LEY Nº 20.158, DEDUCIDO POR PATRICIA DEL CARMEN AVENDAÑO Y OTROS.

Sentencia: 18 de mayo de 2010

**ROL Nº 1.715-2010 ..... 552**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 3° TRANSITORIO DE LA LEY Nº 20.158, DEDUCIDO POR ALICIA GABRIELA ALEGRÍA CANCINO Y OTROS.

Sentencia: 18 de mayo de 2010

**ROL Nº 1.716-2010 ..... 552**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 22 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 707, MODIFICADO POR EL ARTÍCULO 38 DE LA LEY Nº 19.806 Y DEL ARTÍCULO TRANSITORIO DE LA MISMA LEY MODIFICATORIA, DEDUCIDO POR NANCY CAZORLA JARA.

Sentencia: 9 de junio de 2010

**ROL Nº 1.717-2010 ..... 556**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 5 C) Y 12 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 1, DE 2006, DEL MINISTERIO DEL INTERIOR; Y, 15, 124, INCISO PRIMERO, Y 221 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 4, DE 2006, DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y RECONSTRUCCIÓN, DEDUCIDO POR EMPRESA ELÉCTRICA DE MAGALLANES S.A.

Sentencia: 15 de junio de 2010

**ROL Nº 1.718-2010 ..... 561**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 163, LETRA E), INCISO PRIMERO, DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, DEDUCIDO POR ADOLFO HERNÁN FUENZALIDA CERPA.

DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES RAÚL BERTELSEN REPETTO Y FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES Y MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES.

Sentencia: 14 de junio de 2011

**ROL Nº 1.719-2010 ..... 573**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, 38 TER DE LA LEY Nº 18.933; 2° DE LA LEY Nº 20.015; Y, 199 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, DEDUCIDO POR FELIPE MONTES COUSIÑO.

PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN E IVÁN ARÓSTICA MALDONADO.

Sentencia: 26 de julio de 2011

**ROL Nº 1.720-2010 ..... 582**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 2º Y 3º TRANSITORIOS DE LA LEY Nº 20.158, DEDUCIDO POR FREDI AVENDAÑO ANDRADES Y OTROS.

Sentencia: 21 de septiembre de 2010

**ROL Nº 1.721-2010 ..... 584**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 2º Y 3º TRANSITORIOS DE LA LEY Nº 20.158, DEDUCIDO POR OLIVIA ESTER GONZÁLEZ BUSTAMANTE Y OTROS.

Sentencia: 21 de septiembre de 2010

**ROL Nº 1.722-2010 ..... 585**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 125 DE LA LEY Nº 18.834, ESTATUTO ADMINISTRATIVO, MODIFICADO POR LA LEY Nº 19.653, SOBRE PROIBIDAD ADMINISTRATIVA, DEDUCIDO POR GUILLERMO AGUILAR NORAMBUENA.

PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR MARIO FERNÁNDEZ BAEZA.

Sentencia: 8 de junio de 2010

**ROL Nº 1.723-2010 ..... 588**

PROCESO DE OFICIO PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 2331 DEL CÓDIGO CIVIL.

ESTUVIERON POR DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA LOS MINISTROS SEÑORES MARCELO VENEGAS PALACIOS, RAÚL BERTELSEN REPETTO, MARIO FERNÁNDEZ BAEZA E IVÁN ARÓSTICA MALDONADO.

ESTUVIERON POR RECHAZAR LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA LOS MINISTROS SEÑORES HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE, SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES Y SEÑORES ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN, FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES, CARLOS CARMONA SANTANDER Y JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY.

ESTUVIERON POR ACOGER LA INDICACIÓN DE DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD SÓLO DE PARTE DEL PRECEPTO IMPUGNADO LOS MINISTROS SEÑORES RAÚL BERTELSEN REPETTO, HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE, CARLOS CARMONA SANTANDER Y JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY.

ESTUVIERON POR RECHAZAR LA INDICACIÓN DE DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD SÓLO DE PARTE DEL PRECEPTO IMPUGNADO LOS MINISTROS SEÑORES MARCELO VENEGAS PALACIOS, MARIO FERNÁNDEZ BAEZA, SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES Y SEÑORES EN-

RIQUE NAVARRO BELTRÁN, FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES E IVÁN ARÓSTICA MALDONADO.

Sentencia: 24 de mayo de 2011

**ROL Nº 1.724-2010 ..... 609**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 23 Y 24 DEL DECRETO LEY Nº 3.063, DE 1979, SOBRE RENTAS MUNICIPALES, DEDUCIDO POR INVERSIONES DEPORTIVAS VIÑA DEL MAR S.A.

DISIDENCIA DEL MINISTRO SEÑOR ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN.

Sentencia: 15 de junio de 2010

**ROL Nº 1.725-2010 ..... 614**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, DEDUCIDO POR SONIA MARÍA ÁLAMO YANINE.

PREVENCIÓN DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES Y MINISTROS SEÑORES ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN Y JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY.

Sentencia: 13 de enero de 2011

**ROL Nº 1.726-2010 ..... 629**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, DEDUCIDO POR FRANCISCO OROSMAN GUTIÉRREZ CÁCERES.

PREVENCIÓN DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES Y LOS MINISTROS SEÑORES ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN Y JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY.

Sentencia: 13 de enero de 2011

**ROL Nº 1.727-2010 ..... 630**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 16, Nº 2, DE LA LEY Nº 20.000, DEDUCIDO POR FRANCISCO MIGUEL LAPOLLA SENLER.

Sentencia: 9 de junio de 2010

**ROL Nº 1.728-2010 ..... 633**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, 2º DE LA LEY Nº 20.015 Y 199 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, DEDUCIDO POR ROSARIO DEL CARMEN BELLO BARROS.



PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN Y JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY.

Sentencia: 8 de marzo de 2011

**ROL Nº 1.729-2010 ..... 634**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, DEDUCIDO POR JUAN RAMÓN ZÚÑIGA SEGURA.

Sentencia: 31 de mayo de 2010

**ROL Nº 1.730-2010 ..... 637**

REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 10 Y 18 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 3, DE 2006, DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y DEL DECRETO EXENTO Nº 4522, DE 2010, DE LA RECTORÍA DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE, EN ESPECIAL DE LOS ARTÍCULOS 10 Y 11, DEDUCIDO POR ENRIQUE SILVA CIMMA Y OTROS.

Sentencia: 1 de junio de 2010

**ROL Nº 1.731-2010 ..... 640**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN EL TÍTULO XIX DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, EN ESPECIAL, DE LOS ARTÍCULOS 233, 234 Y 237, DEDUCIDO POR CARLOS JORQUERA CONCHA.

Sentencia: 9 de junio de 2010

**ROL Nº 1.732-2010 (1.800-2010) ..... 643**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 10, LETRA H), DE LA LEY Nº 20.285, SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, DEDUCIDO POR JORGE CABEZAS VILLALOBOS Y OTROS.

PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR MARCELO VENEGAS PALACIOS.

DISIDENCIA DEL MINISTRO SEÑOR CARLOS CARMONA SANTANDER.

Sentencia: 21 de junio de 2011

**ROL Nº 1.733-2010 ..... 686**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38 DE LA LEY Nº 18.933, VIGENTE CON ANTERIORIDAD A LA LEY Nº 20.015; 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, QUE CORRESPONDE AL ARTÍCULO 199 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD; Y 2º DE LA LEY Nº 20.015, DEDUCIDO POR EUGENIO JOSÉ DOMÍNGUEZ ZEGUERS.

PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES RAÚL BERTELSEN REPETTO, ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN E IVÁN ARÓSTICA MALDONADO.

Sentencia: 14 de junio de 2011

**ROL Nº 1.734-2010 ..... 696**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 57 DE LA LEY GENERAL DE SERVICIOS SANITARIOS, DEDUCIDO POR SOCIEDAD ADMINISTRADORA Y SERVICIOS MAIPÚ S.A.

Sentencia: 17 de junio de 2010

**ROL Nº 1.735-2010 ..... 697**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38 DE LA LEY Nº 18.933, VIGENTE CON ANTERIORIDAD A LA LEY Nº 20.015; 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, QUE CORRESPONDE AL ARTÍCULO 199 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD; Y 2º DE LA LEY Nº 20.015, DEDUCIDO POR MARÍA CECILIA PARDO VÁSQUEZ.

PREVENCIÓN DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES Y MINISTROS SEÑORES ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN Y JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY.

Sentencia: 7 de julio de 2011

**ROL Nº 1.736-2010 ..... 708**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, 38 TER DE LA LEY Nº 18.933; 2º DE LA LEY Nº 20.015 Y 199 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, DEDUCIDO POR WALDO RICARDO GAETE TALAVERA.

PREVENCIÓN DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES Y LOS MINISTROS SEÑORES ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN Y JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY.

Sentencia: 5 de julio de 2011

**ROL Nº 1.737-2010 ..... 709**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, 38 TER DE LA LEY Nº 18.933; 2º DE LA LEY Nº 20.015 Y 199 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, DEDUCIDO POR YOLANDA DEL CARMEN RIFFO FAJARDO.

PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN E IVÁN ARÓSTICA MALDONADO.

DISIDENCIA DEL MINISTRO SEÑOR RAÚL BERTELSEN REPETTO.

Sentencia: 14 de junio de 2011

**ROL Nº 1.738-2010 ..... 719**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, 38 TER DE LA LEY Nº 18.933; 2º DE LA LEY Nº 20.015 Y 199 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, DEDUCIDO POR LIBERO SEBASTIÁN ZAMPILLO PONCE.

Sentencia: 30 de noviembre de 2010

**ROL Nº 1.739-2010 ..... 720**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 2º DE LA LEY Nº 20.015, DEDUCIDO POR ALEJANDRO JORDÁN HERRERA.

Sentencia: 4 de agosto de 2010

**ROL Nº 1.740-2010 ..... 723**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 150 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, DEDUCIDO POR ROSA ESTER ROJAS AHUMADA.

Sentencia: 22 de junio de 2010

