

TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL CHILE

---



# JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

---

TOMO XXVI

Sentencias Pronunciadas  
entre 2012 y 2014

Roles N<sup>OS</sup> 2.306 - 2.380



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 la abogada Josefina Rodríguez Benavente.

**Editado por  
Tribunal Constitucional  
de Chile**

Director de Publicaciones, Cristián García Mechsner

© Tribunal Constitucional, mayo 2015  
Avda. Apoquindo 4.700, La Condes, Santiago, Chile

Registro de Propiedad Intelectual  
Inscripción N° 252.087  
ISBN: 978-956-8186-43-2  
Santiago de Chile

Diseño e impresión:  
versión | producciones gráficas Ltda.

IMPRESO EN CHILE | PRINTED IN CHILE

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
CHILE

JURISPRUDENCIA  
CONSTITUCIONAL

TOMO XXVI

SENTENCIAS PRONUNCIADAS ENTRE 2012 Y 2014  
ROLES N<sup>os</sup> 2.306 - 2.380



El Excelentísimo Tribunal Constitucional de Chile  
está integrado por

CARLOS CARMONA SANTANDER (PRESIDENTE)

MARISOL PEÑA TORRES

FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES

IVÁN ARÓSTICA MALDONADO

GONZALO GARCÍA PINO

DOMINGO HERNÁNDEZ EMPARANZA

JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN

MARÍA LUISA BRAHM BARRIL

CRISTIÁN LETELIER AGUILAR

NELSON POZO SILVA





# ÍNDICE GENERAL

<i>Presentación del Presidente del Excmo. Tribunal Constitucional</i> .....	11
Sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional entre 2012 y 2014 .....	15
Índices:	
-Índice temático de sentencias .....	799
-Índice general de sentencias .....	829



## PRESENTACIÓN

El Tomo XXVI de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se presenta en esta oportunidad, contiene la transcripción íntegra de las decisiones adoptadas por nuestra Magistratura en los procesos roles N<sup>os</sup> 2.306 a 2.380, tramitados entre los años 2012 y 2014.

En ejercicio de la atribución de control preventivo y obligatorio de constitucionalidad de normas de naturaleza orgánica constitucional, durante el período que cubre esta publicación, el Tribunal se pronunció sobre tres proyectos de ley enviados por el Congreso, siendo el más relevante el que estableció el sistema de elecciones primarias para la nominación de candidatos a Presidente de la República, parlamentarios y alcaldes (STC Rol N<sup>o</sup> 2.324) y que fuera publicado como ley el 6 de diciembre de 2012 bajo el N<sup>o</sup> 20.640.

El lector del presente volumen podrá, asimismo, conocer los fundamentos en los que esta Magistratura motivó la sentencia estimatoria de un requerimiento de un grupo de Diputados que, invocando la atribución prevista en el numeral 3<sup>o</sup> del artículo 93 de la Constitución Política, pretendía obtener la declaración de inconstitucionalidad de un artículo del proyecto de ley que permite la introducción de la TV digital (STC Rol N<sup>o</sup> 2.358). También se contiene en esta publicación el fallo que desestimó un requerimiento parlamentario en contra de algunas normas del entonces proyecto de ley que creó el Ministerio del Deporte (STC Rol N<sup>o</sup> 2.367).

Finalmente, como es costumbre, la mayoría de las sentencias que aparecen publicadas en esta edición versan sobre requerimientos de inaplicabilidad. Las sentencias definitivas estimatorias contenidas en esta publicación son la STC Rol N<sup>o</sup> 2.306, que acoge la antigua norma del Código Civil que entregaba parámetros al juez para resolver sobre tuición de hijos en caso de separación de pareja -actualmente dicha norma fue modificada por el legislador, introduciendo mayor relevancia al interés superior del niño-; la acción de inaplicabilidad deducida en contra del precepto legal que diferencia entre cónyuge varón y cónyuge mujer para efectos

de la asignación familiar de los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores que desempeñen labores en el exterior (STC Rol N° 2.320), y preceptos que versan sobre transparencia (STC Rol N° 2.379), transparencia en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (STC Rol N° 2.341), propiedad industrial (STC Rol N° 2.365) e incompatibilidad en el desempeño del cargo de concejal (STC Rol N° 2.377).

Tal como en ediciones anteriores, el conjunto de sentencias que se dan a conocer en esta oportunidad muestra los criterios con los cuales el Tribunal Constitucional ha asumido la responsabilidad que le confiara la reforma constitucional de agosto del año 2005, en orden a conocer y fallar las acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Por su parte, el ejercicio del control preventivo obligatorio y facultativo de constitucionalidad ha permitido depurar la legislación antes de que sea promulgada con una garantía segura acerca de su constitucionalidad. Estamos ciertos que este esfuerzo editorial será valorado y aprovechado por toda la comunidad jurídica de nuestro país.

CARLOS CARMONA SANTANDER

*Presidente*

*Tribunal Constitucional*

**SENTENCIAS PRONUNCIADAS  
POR EL EXCELENTÍSIMO  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
ENTRE 2012 Y 2014**

**Roles N<sup>os</sup> 2.306 - 2.380**



## ROL N° 2.306-2012

### REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 225, INCISOS PRIMERO Y TERCERO, DEL CÓDIGO CIVIL, DEDUCIDO POR LUIS EUGENIO PALMA BUSTAMANTE

Santiago, treinta de mayo de dos mil trece.

#### VISTOS:

Con fecha 13 de septiembre de 2012, Luis Eugenio Palma Bustamante solicita la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los incisos primero y tercero del artículo 225 del Código Civil.

Los preceptos cuya aplicación se impugna disponen:

***“Art. 225. Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos.***

*No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.*

***En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.***

*Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.”*

La gestión invocada es un proceso en el cual el requirente fue demandado de aumento de alimentos y demandó reconconvencionalmente el cuidado personal de su hijo de 9 años de edad. En dicho proceso se verificó una conciliación respecto del régimen de alimentos y las partes mantuvieron el litigio referido al cuidado personal, respecto del cual se encuentra pendiente la audiencia de juicio.

El requirente alega que la aplicación de la preceptiva impugnada vulnera la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, a la cual se refiere latamente en su conceptualización doctrinaria y jurisprudencial, para concluir que establece una diferencia carente de fundamentación razonable, en base al género, que excluye al padre de un derecho que tendría de no mediar la separación, sin que exista evidencia que demuestre una mejor posición de la madre al respecto.

Agrega que si la Carta Fundamental proclama la igualdad entre hombres y mujeres, y si se quiso proteger el interés superior del menor, en caso de separación el cuidado personal debiera corresponder a uno cualquiera de los padres en igualdad de condiciones.

Señala que la norma vulnera además el derecho del menor a ser oído en la discusión de la tuición, reconocido en los artículos 12 y 16 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Argumenta además en torno a la indeterminación del concepto de interés superior del menor, concluyendo que debe ser interpretado en relación a la titularidad de derechos, traducidos, entre otras manifestaciones, en la obligación de oírlo y tomarlo en cuenta, como sujeto de protección y no como objeto de amparo, lo que se traduce en un verdadero derecho de autodeterminación, con los elementos que se recogen en el artículo 14 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en el marco del derecho a no ser separado de sus padres contemplado en el artículo 18 del mismo tratado internacional.

Por otra parte, expone que estos principios de igualdad de los padres frente al menor se traducen en un derecho a la copaternidad, con responsabilidades y deberes conjuntos. Expone que en la discusión de la Ley N° 19.585 se estimó que por hechos de la naturaleza era la madre la idónea para ejercer el cuidado personal, tesis que hoy viene en retirada como producto de la evolución que nuestra sociedad ha experimentado, traducida en diversas demandas de igualdad y término de discriminaciones, que han dado origen a normas como la Ley N° 20.609, denominada “Ley Zamudio”.

A fojas 15 da cuenta de encontrarse en tramitación un proyecto de ley que resguarda los derechos del padre y establece igualdad en la materia, modificando el artículo 225 del Código Civil.

Con fecha 24 de octubre de 2012 la Primera Sala acogió a tramitación el requerimiento, ordenando la suspensión del procedimiento en la ges-



ción invocada y confiriendo traslado para resolver acerca de su admisibilidad.

A fojas 59, Jocelyn Tamara Álvarez Cáceres, demandada de cuidado personal en la gestión invocada, evacuó el traslado conferido, dando cuenta de la gestión y señalando que no se ha alegado causal de inhabilidad de la madre. Argumenta que en el mundo animal es la hembra la que cría y alimenta, que el cuidado personal para la madre no es un privilegio ni un acto discriminatorio.

Señala que la inhabilidad de la madre debe acreditarse y el libelo de inaplicabilidad es un acto de discriminación odiosa, pues en la discusión del fondo del asunto se señala por el actor que ella vive con el menor en un sector de alta criminalidad. Alega que el requirente la conoció viviendo en la comuna de La Granja y se casó con ella sabiéndolo, para llevarla a vivir posteriormente a Puente Alto.

A fojas 65, el tribunal que conoce de la gestión invocada remitió las piezas principales de la misma.

Con fecha 14 de noviembre de 2012 se declaró la admisibilidad del requerimiento. Posteriormente se confirió traslado acerca del fondo del conflicto de constitucionalidad planteado.

Evacuando el traslado, la requerida solicita el rechazo del requerimiento, pues la demanda de cuidado personal se basa en que el menor viviría en un entorno vicioso, toda vez que la madre, tía y abuela que viven en su modesto hogar son fumadoras, agregando que moran en las inmediaciones de la población Yungay, reconocida como sede de traficantes, por lo cual presenta riesgo social, sin que se alegue la inhabilidad de la madre.

Agrega que desde la existencia de un ser humano en el vientre materno, la naturaleza le ha concedido a su progenitora el don de alimentarlo y cobijarlo en su interior durante 9 meses aproximadamente, y una vez que nace, la ley otorga a ambos padres su cuidado personal, cuestión que se altera en caso de separación para reconocer que la madre es más idónea, a no ser que con hechos y evidencia se demuestre lo contrario, argumentando que no concurre en la especie ninguno de los elementos que permitan cambiar el régimen de cuidado personal.

Señala que declarado el divorcio entre ella y el requirente, celebraron una convención acerca del cuidado personal del niño, actuando de común acuerdo al amparo del inciso segundo del artículo 225 del Código Civil, en cuya virtud quedó a cargo de la madre, estableciéndose el régimen comunicacional que da lugar a una relación directa y regular hasta hoy, todo ello al amparo del artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil y del artículo 229 del Código Civil, cuestión que ahora pretende ser desconocida, con argumentos y expresiones discriminatorias hacia la madre, amparadas en una supuesta igualdad ante la ley.

Expone que en algunas culturas la mujer ha sido perseguida como ave de presa, por motivos de satisfacción sexual, para sacrificios humanos o por esclavitud, cuestión que espera llegue a su fin, haciendo presente que las libertades de las mujeres no han sido satisfechas. Aun así, la mujer sigue ocupando su papel de madre.

Argumenta que la norma impugnada tiene su antecedente en el artículo 223 del Código Civil de 1855, que reconocía el cuidado a la madre, salvo que se la declarara inhabilitada, fuere adúltera o que su nivel de depravación pervirtiera a los hijos, todas cuestiones que debían ser declaradas judicialmente.

Hoy el criterio es diferente, pues se reconoce la plena igualdad entre hombres y mujeres y el criterio de atribución es el interés superior del menor.

Indica que la judicialización de estos temas sólo afecta al menor y que el padre parece querer eludir el aumento de la pensión alimentaria.

Agrega que los deberes de derecho de familia son insolubles y se cumplen incluso en un contexto de crisis y fracaso, pues la continuidad de la crianza y la estabilidad de la vida es el objetivo, marco en el cual se entiende la regla atributiva del interés superior del niño, que como criterio de adjudicación reconoce un mayor espacio de discrecionalidad.

Añade que no existe discriminación y que ella no está inhabilitada, pues el colegio municipal y el barrio modesto no conllevan esos factores que el requirente señala como adversos, y no hay maltrato, descuido ni causa calificada para variar la regla legal, tras 4 años de separación de los padres.

Reitera que el actor la discrimina por factores sociales, por el barrio donde ella vive, por el colegio donde él trabaja, para preguntarse si acaso los tribunales debieran entregar la tuición a padres que vivan en barrios sin delincuencia y que puedan acceder a colegios particulares pagados, cuestión que sí sería discriminación a la luz de la propia Ley N° 20.609 que invoca el requirente.

Señala que el precepto impugnado está amparado por la presunción de constitucionalidad, que la finalidad de la Ley N° 19.585, que lo introdujo, era dar igualdad a los progenitores, centrándose en el interés de los hijos y que por eso se establece el concepto de “*motivo calificado*”.

Expone que esta regla de la preferencia materna se impuso pacíficamente en el derecho chileno como supletoria del acuerdo, y que no ha sido cuestionada hasta después de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585. En la historia de dicha ley se justificó el criterio en términos prácticos, por ser lo más frecuente, y se dejó a salvo la excepción por motivos calificados.

Esta regla no ofende el derecho a la igualdad y hace que no necesariamente se llegue a un juicio si los padres se separan, cuestión que sí lesionaría la situación del menor. Debe tenerse presente además que se mantiene el derecho del padre a una relación directa y regular con su hijo.

Si se elimina la regla cuestionada, la cantidad de juicios aumentaría considerablemente, pues no se favorecería el logro de acuerdos, y los tribunales se sobrecargarían más, a falta de una regla que opere automáticamente sin intervención judicial, cuestión que es indispensable.

Por otra parte, debe tenerse presente que la Ley N<sup>º</sup> 19.585 flexibilizó el criterio de atribución del cuidado personal.

A continuación, se refiere latamente al interés superior del niño, que es un concepto dotado de una dinámica propia, que debe entenderse en un contexto post divorcio. En Chile es uno de los vectores de la legislación vigente, sin que esté definido de forma general. Señala que en el artículo 222 del Código Civil se consagra que *“la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material 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.”*

Posteriormente alude al interés superior en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y el deber de tenerlo presente, cuestión que aparece en el artículo 242 del Código Civil, para agregar que también lo recogen los artículos 27 y 85 de la Ley de Matrimonio Civil y 16 de la Ley sobre Tribunales de Familia.

Reconoce que la delimitación de este principio no está exenta de polémicas, pero no puede servir para fundar una inconstitucionalidad del artículo 225 del Código Civil, pues esta regla es beneficiosa para el interés del niño, que es además superior al del padre. Reitera que es una regla supletoria de atribución y señala que puede admitir otras formulaciones.

A continuación se refiere a la igualdad ante la ley, señalando que tiene elementos formales y materiales, debiendo tratarse diferente a los desiguales, en el marco del principio de proporcionalidad, por lo que las excepciones a reglas generales no son per se un atentado a la igualdad, ya que hipótesis de hecho diferentes se tratan de manera diferente.

Finalmente concluye la parte requerida preguntando si cabría o no discutir el cuidado personal respecto de una madre habilitada, sin que concurra causa calificada de fuente legal.

Concluida la tramitación del proceso, se ordenó traer los autos en relación.

Con fecha 7 de mayo de 2013 se verificó la vista de la causa.

#### CONSIDERANDO:

### I

#### ACERCA DE LA COMPETENCIA DE ESTE TRIBUNAL

**PRIMERO.** Que el artículo 93, N<sup>º</sup> 6, de la Constitución Política 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, en su inciso decimoprimerero, expresa que: *“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”;*

## II

### ANTECEDENTES DEL CASO CONCRETO

**TERCERO.** Que, como se ha señalado en la parte expositiva, en el presente requerimiento Luis Eugenio Palma Bustamante solicita la declaración de inaplicabilidad de los incisos primero y tercero del artículo 225 del Código Civil, en la causa sobre procedimiento de aumento de pensión de alimentos y demanda reconventional de cuidado personal, seguida actualmente ante el Segundo Juzgado de Familia de San Miguel, causa RIT C 1303-2012, siendo ésta, precisamente, la gestión pendiente seguida ante un tribunal ordinario o especial que habilita a esta Magistratura Constitucional para pronunciarse sobre la acción de inaplicabilidad entablada;

**CUARTO.** Que el precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita parcialmente forma parte del título IX *“De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos”* del Libro Primero *“De las personas”* del Código Civil, y su texto –en el que se resalta en negrita los incisos cuya inaplicabilidad se requiere– es el siguiente:

**“Artículo 225. Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos.”.**

*No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.*

***En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.***

*Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros”;*

**QUINTO.** Que, como se ha expuesto, el requirente aduce en apoyo de su pretensión que las disposiciones legales cuya inaplicabilidad solicitada resultan contrarias en su aplicación judicial a la Constitución Política, pues infringen la garantía constitucional contenida en el artículo 19, N<sup>º</sup> 2, de la misma, así como, disposiciones de la Convención Internacional de los Derechos del Niño alusivas al interés superior del menor;

**SEXTO.** Que el artículo 225 del Código Civil, en su inciso primero, establece que *“[s]i los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos”*, regla ésta que puede alterarse si ambos padres actúan de común acuerdo en la forma prescrita en el inciso segundo del mismo artículo, y también cuando, conforme al inciso tercero, *“el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada”*, evento en el cual *“el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres”*;

### III

#### ACERCA DE LA IMPUGNACIÓN DEL INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 225 DEL CÓDIGO CIVIL

**SÉPTIMO.** Que la incidencia de la aplicación del precepto objetado en la relación jurídico-procesal, esencial en el instituto de la inaplicabilidad, resulta particularmente manifiesta en este caso;

**OCTAVO.** Que la controversia propuesta se hace residir en la inconstitucionalidad de la norma que radica en la madre el cuidado personal de los hijos, cuando los padres viven separados, por contravenir el artículo 19, N<sup>º</sup> 2, de la Constitución Política;

**NOVENO.** Que la aplicación del precepto exige, ciertamente, que se configure la situación jurídica que regula, esto es, que los padres vivan separados y no hayan acordado un régimen determinado en relación al cuidado del menor;

**DÉCIMO.** Que consta de las alegaciones formuladas y de los antecedentes de la causa que, en la especie, las partes celebraron una conciliación relativa al cuidado personal del menor, que lo radicó en su madre, acuerdo aprobado el 26 de agosto de 2010 por el Juez Titular del Segundo Juzgado de Familia de San Miguel (causa RIT C-1059-2010), otorgándole el mérito de sentencia definitiva para todos los efectos legales.

Posteriormente, en acta de audiencia preparatoria sobre divorcio unilateral de los cónyuges (autos RIT C-6533-2010 del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago), en el llamado a conciliación contemplado por el artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil, se hizo constar *“que en cuanto al cuidado personal: lo tiene la madre, regulado en causa anterior”*.

Dicha convención se concluyó al amparo del artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil, referido a la separación de hecho de los cónyuges, a cuyo tenor podrán, de común acuerdo, reglar sus relaciones mutuas, regulación que, de haber hijos, se extenderá al régimen aplicable en los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular con aquéllos;

**DECIMOPRIMERO.** Que, entonces, la relación jurídica que motiva la cuestión de inaplicabilidad está cubierta por el citado artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil y no concierne a la situación referida en el artículo 225, inciso primero, del Código Civil, precepto que carece de aplicación en la resolución del conflicto.

En la especie, la madre no tiene el cuidado del menor por imperio de la ley, sino por acuerdo con el padre.

Dicho de otra manera, la acción del padre no deriva de la adjudicación a la madre del cuidado del hijo por el precepto cuestionado, sino aparentemente apunta a la innovación o revocación por causa sobreviniente del acuerdo celebrado por las partes y refrendado por el juez, que confió la tuición a la madre;

**DECIMOSEGUNDO.** Que, en el sentido ya expuesto, cabe considerar que el proceso *sub lite* se origina por demanda reconventional del padre, quien, reconociendo la regulación judicial de la tuición del menor, solicita que se declare que ahora le corresponde su cuidado personal, fundándose en lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley Nº 16.618, numerales 3º y 7º, en relación a lo previsto en el artículo 226 del Código Civil.

Prescriben los citados artículos lo siguiente:

*“Artículo 42º: Para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral:*

*3º Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo;*

*7º Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.”*

*“Artículo 226: Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes.”*

Es evidente, así, que el precepto objetado –artículo 225, inciso primero, del Código Civil– carece de toda relación con el juzgamiento de la causa.

Si el precepto no se aplica, falta un presupuesto esencial de la acción ejercitada;

**DECIMOTERCERO.** Que, adicionalmente, si se entendiera que el actor ha ejercitado la acción del artículo 242 del Código Civil, que le permite impetrar la revocación o modificación de las resoluciones judiciales atinentes a la materia, por cesación de las causas que hayan dado motivo a ellas o por un motivo justo sobreviniente, tampoco el precepto cuestionado en el requerimiento es de aplicación decisiva en la resolución del

conflicto o, expresado de manera más directa, carece de toda vinculación con el mismo;

**DECIMOCUARTO.** Que, sin perjuicio de lo razonado anteriormente, es pertinente consignar que, apreciada en abstracto, la norma cuestionada tampoco pugna con la Constitución.

Efectivamente, la atribución del cuidado personal del menor a uno de los cónyuges cuando éstos se encuentran separados, parece razonable e inspirada en el interés superior del niño. La situación fáctica producida exige su protección inmediata, sin incertidumbre alguna, en tanto los padres formalizan algún acuerdo o recurren al tribunal competente;

**DECIMOQUINTO.** Que, así, cabe concluir que la regla de atribución preferente a la madre del cuidado personal de los hijos no representa, por sí misma, una vulneración a la garantía de igualdad ante la ley, pues aunque introduzca una diferencia de trato entre la madre y el padre, la misma tiene justificación en la realidad social de nuestro país. De ahí que la adopción de esta regla por el legislador es una opción lícita, que, además, por su fácil aplicación, simplifica la solución de un problema que muchas veces requiere de una definición urgente para no lesionar el interés superior de los niños.

Por lo demás, no se trata de una regla absoluta, desde el momento que ella puede ser alterada por acuerdo de los padres, como también por resolución judicial dictada conforme al inciso tercero del artículo en cuestión, lo que se analizará a continuación;

**DECIMOSEXTO.** Que si bien puede haber otras opciones legislativas, la vigente no parece desproporcionada o irracional.

La atribución provisoria del cuidado a la madre, quien usualmente lo conserva en el evento de separación, no hace sino confirmar una práctica arraigada en nuestra sociedad;

**DECIMOSÉPTIMO.** Que, por otra parte, el reproche formulado al precepto en orden a la contravención de los artículos 12 y 16 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, carece de todo fundamento y asidero, teniendo en cuenta que, por disposición del artículo 227 del Código Civil, en estas materias imperativamente el juez debe oír a los hijos;

**DECIMOCTAVO.** Que no es la acción de inaplicabilidad –sino la de inconstitucionalidad, cuando procede– la vía idónea para la discusión de las tesis doctrinarias que se esgrimen en estos antecedentes por ambas partes;

**DECIMONOVENO.** Que, por las motivaciones expuestas, estos sentenciadores concluyen que el requerimiento debe ser rechazado, en lo relativo al inciso primero del artículo 225 del Código Civil;

IV  
ACERCA DE LA IMPUGNACIÓN DEL INCISO TERCERO  
DEL ARTÍCULO 225 DEL CÓDIGO CIVIL

**VIGÉSIMO.** Que la excepción que el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil contempla para variar la regla de atribución que haya operado en virtud del inciso primero o segundo del mismo artículo, resulta excesivamente onerosa y desproporcionada para aquel de los padres que, no teniendo el cuidado personal de los hijos, aspira a tenerlo, pues exige la ocurrencia de circunstancias tan altas y calificadas que constituyen una diferencia de trato que cabe calificar de arbitraria y que no tiene amparo en la Constitución.

En efecto, al exigir el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil para entregar el cuidado personal de los hijos, contra la voluntad del progenitor que lo tuviere a su cargo, que la medida sea **indispensable** para el interés del hijo, pero no por cualquier causa, sino únicamente por **maltrato, descuido u otra causa calificada**, lo que viene a significar que la medida sea del todo necesaria y por motivos especialmente graves, impide al juez, si no concurren estas circunstancias, confiar al padre o madre el cuidado de los hijos aunque fuere simplemente beneficioso de acuerdo a las circunstancias del caso;

**VIGESIMOPRIMERO.** Que, por lo expuesto, puede apreciarse que la aplicación en el caso que nos ocupa del inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, produce una diferencia de trato que excede lo que es lícito hacer al legislador conforme a la garantía constitucional de igualdad ante la ley, la que sólo admite la diferencia que pueda calificarse de razonable o justificada, máxime si la Carta Fundamental, específicamente señala que “[h]ombres y mujeres son iguales ante la ley”, por todo lo cual debe declararse la inaplicabilidad del inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, únicamente respecto de la frase que dice “**cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada**”, y así se declarará.

Y TENIENDO PRESENTE lo establecido en los artículos 19, numeral 2°, y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República, y lo dispuesto en los artículos 89 y siguientes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue establecido por el D.F.L. N° 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia,

SE RESUELVE:

**1°. Que se acoge parcialmente el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas 1, sólo en cuanto se declara la inaplicabilidad de la**



frase que “*cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada*”, contenida en el artículo 225 del Código Civil.

2°. Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento.

**El Ministro señor Juan José Romero Guzmán concurre al fallo previniendo que lo hace en virtud de las consideraciones siguientes:**

1°. Que la determinación de cuál de los padres tendrá el cuidado de los hijos puede derivar de un acto convencional entre los padres, de un acto judicial o de un acto legislativo;

2°. Que teniendo presente el interés superior del niño, cabe considerar, para los efectos que siguen, los siguientes criterios: (a) quien tenga el cuidado personal de los hijos debe ser el padre o madre más idóneo; (b) la idoneidad de quien debe tener el cuidado personal de los hijos no tiene relación con el sexo; y (c) debe existir siempre claridad respecto de a quién corresponde el cuidado personal de los hijos;

3°. Que la regla del inciso primero del artículo 225 del Código Civil sólo tiene un sentido compatible con la Constitución Política de la República, en su calidad de norma por descarte supletoria de los otros dos mecanismos de determinación y, por ende, potencialmente transitoria. En otras palabras, la recién aludida regla legal sólo se entiende y justifica como mecanismo que permite proporcionar claridad sobre a quién le corresponde el cuidado personal del niño en caso que el juez aún no resuelva sobre el asunto. En un sentido similar, aunque de modo más explícito y mejor estructurado, se recoge en el Proyecto de Ley (Boletines N<sup>OS</sup> 5.917-18 y 7.007-18, refundidos), en actual tramitación, en su versión aprobada por la Cámara de Diputados;

4°. Que, en este caso concreto, la discusión se enmarca en el ámbito de la determinación judicial. Es decir, la norma relevante que tiene incidencia sobre la gestión pendiente es la del inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, en particular aquella parte que dice: “*En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres*”. La regla transcrita no favorece, necesariamente, la elección de aquel padre o madre que es más idóneo. Se trata de una regla que, en consideración a la gestión pendiente, coloca injustificadamente en desventaja al requirente, perjudicando con ello el interés superior del niño;

5°. Que la determinación judicial del padre más idóneo exige la existencia de neutralidad y moderación en cuanto a los parámetros a tener en consideración y en relación a la carga probatoria exigida. En este caso, al padre se le impone el estándar de probar positivamente la existencia de una causa calificada que demuestre que es indispensable el cambio de la madre por el padre en el cuidado del hijo. Incluso más, la norma aludida

más que permitir demostrar la idoneidad del padre exige, de una u otra forma, desacreditar la capacidad de la madre para ejercer el cuidado personal del hijo. Esta situación, del todo innecesaria e inidónea en atención al interés superior del niño y su cuidado personal, constituye una discriminación arbitraria que transgrede el inciso segundo del artículo 19, Nº 2, de la Constitución;

6°. Que, en consideración a los argumentos esgrimidos precedentemente, corresponde declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la siguiente frase del inciso tercero del artículo 225 del Código Civil: “cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada,”.

**El Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake, la Ministra señora Marisol Peña Torres y los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado y Domingo Hernández Emparanza dejan constancia que no comparten la declaración de inaplicabilidad parcial y que estuvieron por rechazar también el requerimiento respecto del inciso tercero del artículo 225 del Código Civil,** teniendo presente las siguientes consideraciones:

1°. Que existe una íntima vinculación entre las prescripciones de los dos preceptos objetados, de suerte que la última es un efecto de la primera;

2°. Que, por ende, los razonamientos expuestos en relación a la falta de aplicación decisiva de la norma en la gestión pendiente respecto del inciso primero del artículo 225 del Código Civil, son válidos también en relación al inciso tercero de dicha disposición;

3°. Que, con todo, es indispensable señalar que, habiendo sido rechazada la impugnación del precepto contenido en el artículo 225, inciso primero, del Código Civil, la relación jurídico-procesal juzgada en la gestión *sub lite* se regularía por la norma que atribuye a la madre el cuidado personal de los hijos, si los padres viven separados. Este supuesto es un antecedente necesario de las consecuencias jurídicas que se dirimen;

4°. Que, en mérito de lo anterior, el mandato del inciso tercero del aludido artículo 225, relativo a las causas calificadas para entregar el cuidado personal del menor al otro padre, no es sino un efecto natural de la aplicación de la primera norma. Si un padre distinto al que está confiada la tuición por ministerio de la ley o por acuerdo de los interesados, la pretende, es de absoluta racionalidad que el juez lo decida en base a una causa calificada y no por su mero arbitrio (si la ley no lo dijera, de todas formas la necesidad de fundar la resolución le impondría ese deber). La carga de la argumentación y de la prueba recae, en todo caso, en quien acciona para innovar o alterar una situación jurídica dada;

5°. Que, de otro lado, si la desigualdad se adjudica a la concurrencia indispensable del interés del hijo (“*lo haga indispensable*”) para calificar la

causal justificativa del cambio de la titularidad de la tuición, no se advierte de qué forma se atropellen los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad que se predicán del principio de no discriminación, sobre los que tampoco se razona;

6°. Que el requerimiento atribuye al precepto genéricamente cuestionado un carácter sancionatorio para el padre que no ejerce el cuidado personal y lo pretende, en cuanto establece elementos subjetivos de carácter culposo (descuido, malos tratos u otra causa calificada) para justificar el cambio de titularidad, de los que se deduce una cierta presunción de legitimidad en el ejercicio de quien la reclama;

7°. Que, como se hizo ver precedentemente, la concurrencia de una justificación para innovar una situación jurídica preexistente, resulta absolutamente lógica. Asimismo, aun si se discrepa del mérito de la solución legislativa, no se entiende cómo una opción inspirada en el interés superior del menor –el bien jurídico de mayor relevancia en juego– puede provocar efectos inconstitucionales;

8°. Que, en el mismo sentido, cabe tener en cuenta que los preceptos comentados contienen una regla de cuidado preferente operable sólo a falta de acuerdo y que la intervención judicial se concibe a favor del padre que no tiene actualmente el cuidado personal del menor, en cuanto lo legitima para la causa otorgándole acción;

9°. Que, por último, la calificación por el juez de las causas del traslado de la tuición, guarda íntima relación con su privativa atribución de conocer y juzgar las diferencias que se someten a su conocimiento, pareciendo improcedente exorbitar al ámbito constitucional una materia que es propia de aquél.

**Los Ministros señores Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino y señora María Luisa Brahm Barril dejan constancia** que estuvieron por declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 225, inciso primero, del Código Civil en el sentido que se indica:

**Aspectos formales: es norma aplicable en el caso concreto**

1°. Que en el caso concreto la circunstancia de haberse producido un acuerdo de la titularidad del cuidado personal a favor de la madre no exime de aplicación al inciso primero del artículo 225 del Código Civil que expresa que “*si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos*”. Lo anterior, fundado en la simple distinción entre titularidad y ejercicio de un derecho. La titularidad del cuidado personal fue definida de común acuerdo y la búsqueda de su revisión ha sido declarada inaplicable en esta misma sentencia relativa al inciso tercero del artículo 225 del aludido Código. Justamente, la perspectiva de un cambio de las condiciones del acuerdo judicial supone, necesaria-

mente, el ejercicio por parte de la madre de dos títulos habilitantes que refuerzan su posición: el acuerdo judicial y el mandato legal del inciso primero del artículo 225 del Código Civil. El cómo se manifiesten en la dimensión práctica podría entrañar un conflicto que debe resolver el juez de fondo, pero en aquel conflicto ambas normas del mismo artículo se potencian plenamente;

2°. Que, en esa perspectiva, el contenido del cuidado personal, aún mientras no se llegue a un nuevo acuerdo, se fundamenta en una extensión inconstitucional del derecho de la madre sobre cuestiones que entiende exclusivas de ella, como definir la educación, salud, costumbres, religión o creencias del hijo porque le “toca” ejercerlas. Esta es la ampliación sostenida en el inciso primero del artículo 225 que estimamos inaplicable por las razones de fondo que esgrimiremos;

3°. Que la cláusula del “*derecho preferente*” de la madre importa un elemento fuerte de negociación que impide una revisión justa de los términos del cuidado personal, esto es, adicionalmente a los requisitos del inciso tercero del artículo 225 del Código Civil. El inciso primero del citado precepto no establece ningún tipo de distinción relativa a edad, juicio u opinión de los menores de edad sino que es una regla atributiva y cuasi-absoluta. Justamente en el caso concreto se verifica una defensa del acuerdo porque existe el inciso primero del artículo 225 del Código Civil que obstaculiza otras fórmulas de ejercicio del cuidado personal y del derecho – deber de ambos padres de criar a sus hijos, inclusive en circunstancias de separación. La misma circunstancia que esta sentencia declara inaplicable el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil abre plenamente la puerta para la aplicabilidad al caso concreto del inciso primero del artículo impugnado en este requerimiento;

**La regla del cuidado personal atributiva a la madre no ha sido una constante del Código Civil chileno**

4°. Que el otorgamiento incondicionado del cuidado personal a la madre se fundamenta en circunstancias disímiles pero concurrentes en la noción de que responde a un cierto “*sentido natural*” de las cosas. Éste se manifiesta en el hecho de que las mujeres están más preparadas para el cuidado de los hijos, tienen condiciones innatas para ello, están siempre dispuestas a ese ejercicio. Otros argumentan que ha sido así desde siempre, que es lo más frecuente y habitual y que hay que partir con una regla atributiva específica. No obstante, todos estos criterios han estado lejos de ser reconocidos permanentemente por el legislador chileno, según describiremos brevemente en la evolución del cuidado de los hijos a lo largo del tiempo en el Código Civil;

5°. Que, en esa perspectiva, el antiguo artículo 223 del Código Civil del año 1855 disponía la titularidad de la tuición a favor de la madre

divorciada respecto “de los hijos menores de cinco años, sin distinción de sexo, y de las hijas de toda edad”. La Ley N<sup>º</sup> 5.680 en 1935 alteró este criterio su- biendo la edad de los hijos menores de edad hasta los 10 años. En 1952, la Ley N<sup>º</sup> 10.271 amplió el alcance de la tuición respecto de sus hijos menores de edad hasta los 14 años de edad. Y será la reforma de la Ley N<sup>º</sup> 18.802 en el año 1989 la que determinó la actual regla de atribuir la tuición a la madre, respecto de los menores de edad, sin distinción alguna de sexo. La Ley N<sup>º</sup> 19.585 de 1998 no modifica tal criterio. Por tanto, durante 134 años el padre tuvo un principio de titularidad atributiva del cuidado personal que le permitía ejercer su papel de autoridad paternal con algún grado de reconocimiento, siendo ésta la tradición civilista y no aquella de corta duración. No es del caso analizar el mérito de las solu- ciones legislativas e incluso su constitucionalidad específica que tendrá un valor puramente histórico. Por ahora basta acreditar que se trata de un derecho del padre que se vinculará con otras normas constitucionales, según se explicará;

#### **Es una norma cuya interpretación y vigencia está en extinción**

6°. Que la regla de 1989 ha sido tan insuficiente que el Congreso Nacional está próximo a despachar una nueva normativa que establece la modalidad del cuidado personal compartido entre los padres. Es así como el proyecto de ley que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados, se tramita según los Boletines N<sup>os</sup> 5.917-18 y 7.007-18, refundidos. En tal sentido, no es posible aún resolver el nuevo precepto pero cualquiera que sea la fórmula definitiva importa un reconocimiento más amplio del cuidado personal a favor de ambos padres como un ejercicio real para identificar el genuino “*interés superior del niño*”;

#### **Los deberes filiales no desaparecen con la separación ni el divorcio**

7°. Que la norma del artículo 225, inciso primero, del Código Civil tampoco resulta compatible con la idea de que la separación libera los deberes filiales. Más bien todo lo contrario, es el momento en que se deben demostrar con más claridad. Por lo mismo, el artículo 36 de la Ley de Matrimonio Civil indica que “*no se alterará la filiación ya determinada ni los deberes y responsabilidades de los padres separados en relación con sus hijos. El juez adoptará todas las medidas que contribuyan a reducir los efectos negativos que pudiera representar para los hijos la separación de sus padres*”;

8°. Que esta situación se extiende no sólo a la separación de hecho sino que también a la consagrada jurídicamente mediante el divorcio. El divorcio pone fin al matrimonio pero no afecta los derechos y obligacio- nes que emanan de la filiación, según lo dispone el artículo 53 de la Ley

de Matrimonio Civil, esto es, que *“el divorcio pone término al matrimonio, pero no afectará en modo alguno la filiación ya determinada ni los derechos y obligaciones que emanan de ella”*. Justamente, a efectos del caso concreto, esta causa se rige por las reglas del divorcio y no opera únicamente con la norma impugnada del Código Civil. Asimismo, este mismo cuerpo legal dispone la regla de trato tratándose del padre o madre que no tenga el cuidado personal de los hijos puesto que *“no será privado del derecho ni quedará exento del deber, que consiste en mantener con él (hijo) una relación directa y regular”* (artículo 229 del Código Civil);

9°. Que, adicionalmente, dentro de los principios involucrados prima siempre el acuerdo entre los padres a la hora de regular el cuidado de los hijos, inclusive en situaciones de separación de hecho (artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil), separación judicial (artículo 27 de la Ley de Matrimonio Civil) y el divorcio (artículo 55 de la Ley de Matrimonio Civil). Para que el acuerdo se produzca el legislador instrumenta herramientas como la conciliación que aboga por la aplicación estricta de velar por el interés superior del niño. Es así como el *“llamado a conciliación tendrá por objetivo (...) su cuidado personal, la relación directa y regular que mantendrá con ellos el padre o la madre que no los tenga bajo su cuidado (...)”* (artículo 67, inciso segundo, de la Ley de Matrimonio Civil). Aún más, en caso de no acuerdo el juez no atribuye y asigna una titularidad sino que *“el juez deberá pronunciarse sobre las medidas que se adoptarán en forma provisional (...)”* (artículo 70 de la Ley de Matrimonio Civil). Por tanto, estas reglas del legislador apuntan a una asignación ponderada, proporcional, no excluyente y garantista de los derechos de los niños en la atribución de titularidad del cuidado personal con equilibrio de los derechos y deberes respecto del cuidado de los niños;

10°. Que en esa perspectiva el legislador ve como una situación límite la separación de los hijos respecto de sus padres y para ello exige un riguroso examen de proporcionalidad. Es así como el artículo 74 de la Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia establece en una parte que *“Sólo cuando sea estrictamente necesario para salvaguardar los derechos del niño, niña o adolescente y siempre que no exista otra más adecuada, se podrá adoptar una medida que implique separarlo de uno o de ambos padres o de las personas que lo tengan bajo su cuidado”*. Por tanto, la única salvedad de la separación radica en los casos de inhabilidad moral o física de los padres (artículo 226 del Código Civil);

11°. Que estas consideraciones vienen a demostrar que los deberes filiales no desaparecen y que la necesidad de convocar a acuerdos entre los padres no sólo en los procesos que configuran la separación sino que a lo largo del ejercicio de su paternidad es una de las mejores modalidades de cumplimiento del interés superior del niño, según veremos de conformidad a la legislación internacional e interna en la materia;

### **Es una norma incompatible con el estándar creciente de valoración normativa de ambos padres en el cuidado de los hijos**

12°. Que el artículo 225, inciso primero, del Código Civil se trata de una norma incompatible e incoherente con algunos criterios del propio Código Civil, como el artículo 236 que establece que *“los padres tendrán el derecho y el deber de educar a sus hijos, orientándolos hacia su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida”*;

13°. Que, asimismo, el legislador ha definido en el último tiempo una serie de criterios que se diferencian radicalmente de la norma del inciso primero del artículo 225 del Código Civil como criterio atributivo cuasi-absoluto. Es así como la Ley N<sup>º</sup> 20.545 establece el permiso postnatal parental como un derecho reconocido al padre en el cuidado de su hijo;

14°. Que, de igual manera, la institución del divorcio, incorporado por la Ley de Matrimonio Civil, regula entre otras cosas, en el artículo 55, el acuerdo entre los cónyuges *“que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos”*. Y aquí, nuevamente, aparece una relación inversa para proteger efectivamente el interés superior de los niños;

15°. Que profundizando la perspectiva de corresponsabilidad de los padres el legislador estable en el artículo 199 del Código del Trabajo el derecho al permiso y subsidio, en caso de enfermedad grave del hijo menor de un año, asignándolo a la madre. Sin embargo, establece el derecho a su percepción a favor del padre con acuerdo de la madre, por tuición judicial del hijo o, evidentemente, por el fallecimiento de la madre;

### **Nuevo estándar desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos**

16°. Que en consonancia con el artículo 5° de la Constitución se ha reconocido en el derecho interno, derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que han sido garantizados por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. En este caso, cabe consignar los principios aplicables desde la Convención de Derechos del Niño y la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), así como la remoción de obstáculos que impiden el ejercicio de esos derechos;

17°. Que aplicados a los casos de custodia de los hijos y el deber de cuidado, la Convención de Derechos del Niño establece dos principios claramente involucrados y una concretización de los mismos. Primero, el principio de la responsabilidad común de los padres, tanto en los derechos como en los deberes, en *“consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”* (artículo 5°).

En segundo lugar, el respeto del interés superior del niño como eje transversal de múltiples disposiciones de esta Convención. Es así como *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen (...) los tribunales (...) una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”* (artículo 3.1 de la Convención. Asimismo, los *“Estados Partes se comprometen a asegurar 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 y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”* (artículo 3.2 de la Convención).

En tercer lugar, como concretización de lo anterior, desarrolla el criterio de corresponsabilidad e interés superior del niño aplicados a casos de separación de los padres. Es así como *“1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”* (artículos 9.1, 9.2 y 9.3 de la Convención de Derechos del Niño). Y en ese contexto de separación de los padres, la Convención distingue plenamente entre titularidad de la tuición a objeto de verificar la residencia habitual del niño respecto de los derechos de ambos padres. *“Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”* (artículo 18.1 de la Convención de Derechos del Niño);

**18°.** Que de manera similar la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) estable un principio y un mandato de hacer al Estado en relación con el caso planteado;

**19°.** Que el principio que ordena esta Convención es el de igualdad entre el hombre y la mujer. A los efectos de la presente Convención, *“la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos*



y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” (artículo 1<sup>º</sup> de la CEDAW). En tal sentido, según el énfasis añadido se trata de la aplicación de un principio de igualdad entre el hombre y la mujer que, a efectos de la custodia de los hijos en casos de separación, no menoscabe el goce y ejercicio de los derechos y deberes de los padres en el ámbito civil, cuestión que identificaremos como discriminación contra la mujer más adelante;

**20º.** Que esta Convención entiende que los dilemas de la discriminación contra la mujer están sostenidos en una cultura de estereotipos contra la cual hay que luchar. En esa perspectiva, la familia, el matrimonio y los patrones de crianza de los hijos son una continua fuente de diferencias culturales que terminan impactando en el ejercicio de los derechos civiles de los integrantes de una familia. Es así como recae sobre el Estado, en su determinación legislativa y jurídica, imponer reglas de hacer en cuanto a la eliminación de prejuicios y estereotipos denunciados. En tal sentido:

*“Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:*

*a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;*

*b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”* (artículo 5º de la CEDAW).

Asimismo, este mandato contra las funciones que pretenden encasillar roles o papeles predeterminados para el padre o madre implican reglas especiales para el matrimonio y cuando se separan. Es así como:

*“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...)*

*c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;*

*d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; (...)*

*f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial”* (artículo 17.1 de la CEDAW);

**21º.** Que estos principios, criterios y marcos de acción obligan al Estado, incluyendo a esta Magistratura, a reflexionar sobre el inciso primero

del artículo 225 del Código Civil de conformidad con este estándar y a la luz de otras disposiciones constitucionales, según veremos;

**El derecho de custodia preferente es inconstitucional porque discrimina contra la mujer**

22°. Que el inciso primero del artículo 225 del Código Civil es meridianamente claro en establecer que a la madre *“toca el cuidado personal de los hijos”*. Esta norma importa realizar una inmediata diferencia en la atribución de la custodia de los hijos a favor de la madre. Tal diferencia no importa discriminación en sí misma sino que dependerá de las circunstancias en que se desenvuelvan las condiciones anexas;

23°. Que, no obstante, esta regla facilita la elusión de obligaciones parentales del padre puesto que la separación deviene indefectiblemente en custodia maternal. No hay opción para la madre cuando tiene una atribución legal que le asigna responsabilidades que un padre las asume como excluyentes de toda correlación personal suya. Le toca, quiera o no quiera, pueda o no pueda;

24°. Que, por tanto, es una regla que permite configurar una infracción concreta al artículo 19, N° 2, de la Constitución puesto que *“ni la ley ni autoridad alguna puede establecer diferencias arbitrarias”*. Y la arbitrariedad se consagra por conferir a la madre una carga que, sostenida por la vía de los hechos y en prejuicios culturales, resulte desproporcionada en su relación con los deberes propios de la crianza de los hijos;

**Es una norma que es inconstitucional porque discrimina contra el padre al situarlo como suplente en la custodia de sus propios hijos**

25°. Que es una norma discriminatoria contra el padre porque el legislador le asigna un papel supletorio, secundario y culturalmente irrelevante en el cuidado de los hijos. Es discriminatorio porque constituye una exclusión en razón de un criterio sospechoso, el sexo. No importa su capacidad, su compromiso paterno, su disponibilidad de tiempo, su voluntad, sus méritos en su autoridad paternal;

26°. Que no sólo no le otorga valor a la disposición de perseverar en el vínculo filial con sus hijos profundizando la intensidad de sus deberes paternos. Por el contrario, el artículo 225, inciso primero, del Código Civil establece un *“privilegio-carga”* respecto de la madre al atribuirle un estatuto diferenciado, sin justificación, respecto del padre. Con ello, la disposición discrimina arbitrariamente, vulnerando el artículo 19, N° 2, de la Constitución;

**Es un precepto legal que obliga a inferir un daño a la integridad síquica de la madre para obtener el cuidado personal**

27°. Que el legislador no asigna ninguna perspectiva de poder remediar esta situación de carencia de cuidado personal del padre con una sal-

vedad, esto es, la búsqueda del cambio por la vía judicial. El inciso primero y el tercero del artículo 225 del Código Civil se interpretan de consuno y armónicamente. Porque le “*loca*” a la madre, precisamente a ella hay que desvirtuar en su condición de tal. La regla es tan clara que no se trata de probar cuán buen padre se es y si ello es lo que más le conviene el niño en nombre de su interés superior. Simplemente hay que descalificar la condición materna con un nivel de prueba tan alto, con estándares de comportamiento gravísimos y con una judicialización tan inaceptable que sólo queda infringir un daño fuerte a la consideración de la madre para obtener el cuidado personal. En ese proceso de descalificación, de paso un buen padre probablemente deja de ser tal. Por lo mismo, este artículo del Código Civil tiene un estándar que implica vulnerar el artículo 19, N<sup>º</sup> 1, de la Constitución, en lo relativo al respeto de la integridad síquica de la madre;

**Es una norma inconstitucional porque consagra una regla que afecta el derecho – deber de los padres de educar a sus hijos**

28°. Que la Constitución ha sido cuidadosa en el ejercicio de sus distinciones lingüísticas. Por lo mismo, en algunos casos reconoce la titularidad de un derecho o posición al “*padre o madre*” en materia de nacionalidad (artículo 10, N<sup>º</sup> 2, de la Constitución) y a “*los padres*” (artículo 19, N<sup>º</sup> 10) cuando reconoce que “los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho”. Justamente, es un precepto que reconoce uno de los contenidos del cuidado personal válido para ambos padres sin importar su separación. Esta condición abarca el deber de los padres de escoger y educar a los hijos bajo sus convicciones de lo que es mejor para ellos. Incluso, también alcanza, en el nivel legal, la enseñanza de sus prácticas religiosas (artículo 6, literal d) de la Ley 19.638). Por tanto, esta asignación que no distingue titularidad de sus contenidos esenciales vulnera, específicamente, el artículo 19, N<sup>º</sup> 10, de la Constitución;

29°. Que por todo lo precedentemente razonado, en opinión de los suscriptores de este voto, procede acoger la acción de inaplicabilidad deducida en esta causa, declarando inaplicable el artículo 225, inciso primero, del Código Civil, por constituir una infracción al artículo 19, N<sup>º</sup> 1, N<sup>º</sup> 2 y N<sup>º</sup> 10, de la Constitución Política de la República.

Redactaron la sentencia el Presidente del Tribunal, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake. Redactaron los votos particulares, su autor, el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake y el Ministro señor Gonzalo García Pino, respectivamente.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N<sup>º</sup> 2.306-2012**

Se certifica que los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto y Francisco Fernández Fredes concurrieron a la vista y al acuerdo, pero no firman por encontrarse en comisión de servicios.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y por los Ministros señor Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril. Autoriza el Secretario Subrogante del Tribunal Constitucional, señor Rodrigo Pica Flores.

## ROL N° 2.307-2012

### REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 91 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, DEDUCIDO POR CARLOS NIETO GONZÁLEZ Y OTROS

Santiago, veintisiete de septiembre de dos mil doce.

#### VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que, con fecha 13 de septiembre de 2012, Humberto Antonio Palamara Iribarne, por sí y en representación de Carlos Nieto González, Julio Bravo Alarcón y Sergio Bustamante Medel, ha deducido ante esta Magistratura un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 91 del Código de Procedimiento Penal, en la causa Rol N° 8.723-2012 de que conoce el Juzgado Naval de Valparaíso;

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 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.”;*

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 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 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, a fojas 19, el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento de inaplicabilidad deducido en la Primera Sala de esta Magistratura;

5°. Que el tenor de la presente acción de inaplicabilidad es idéntico al del requerimiento deducido ante esta Magistratura Constitucional con

fecha 5 de septiembre de 2012, en los autos Rol N° 2.302. En efecto, se trata de requerimientos interpuestos por la misma parte; que inciden en la misma gestión judicial pendiente; que impugnan el mismo precepto legal, estimando su aplicación decisiva en la resolución del asunto; que exponen los mismos hechos y aducen idénticas infracciones constitucionales, y que se fundan en iguales argumentos;

6°. Que esta misma Sala puso término al aludido proceso constitucional Rol N° 2.302, mediante resolución de 12 de septiembre de 2012, en que resolvió no acoger a tramitación el requerimiento, teniéndolo por no presentado para todos los efectos legales y ordenando su archivo.

En la citada resolución se consignó:

*“6°. Que, asimismo, el requerimiento de autos no da debido cumplimiento a la exigencia establecida en el artículo 80 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, arriba transcrito, toda vez que la requirente no indica de modo claro y preciso la forma en que la aplicación a la gestión sub lite del precepto legal cuestionado infringiría las disposiciones constitucionales que invoca como conculcadas.*

*Asimismo, el requerimiento adolece de una serie de defectos formales llegando incluso a ser confuso en sus peticiones, desde el momento que a fojas 1 pide la declaración de inaplicabilidad del artículo 191 del Código de Procedimiento Penal al tiempo que en el petitorio de fojas 13 solicita la inaplicabilidad del artículo 91 del mismo Código;*

*7°. Que, en consecuencia, este Tribunal no se encuentra en condiciones de determinar claramente cuál es el conflicto constitucional sometido a su conocimiento, por lo que el presente requerimiento no podrá ser acogido a tramitación, y así de declarará.”;*

7°. Que en la presente acción de inaplicabilidad los requirentes se limitan a acompañar un certificado del tribunal que conoce de la gestión judicial en que incide, salvando así la omisión incurrida en su acción precedente, en relación con la exigencia establecida en el inciso segundo del artículo 79 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura. Sin embargo, los actores no se hacen cargo de dar debido cumplimiento al artículo 80 de la misma ley orgánica constitucional, incumpliendo nuevamente la exigencia básica para dar curso a un proceso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal, consistente en *“contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional”* y en *“indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas.”* (Artículo 80 de la Ley N° 17.997);

8°. Que, atendido lo anterior y el ya mencionado idéntico tenor del presente requerimiento con el deducido en los autos Rol N° 2.302, este Tribunal nuevamente declarará la inadmisión a trámite de la causa.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, e inciso undécimo, y en los preceptos citados y pertinentes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**A lo principal de la presentación de fojas uno, no se acoge a tramitación el requerimiento deducido.** Téngase por no presentado, para todos los efectos legales. Al primer otrosí, a sus antecedentes; al segundo otrosí, atendido lo resuelto en lo principal, no ha lugar, y al tercer y cuarto otrosíes, téngase presente.

Archívese.

**Rol N<sup>º</sup> 2.307-2012**

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Iván Aróstica Maldonado y Domingo Hernández Emparanza. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

**ROL N<sup>º</sup> 2.308-2012**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD  
POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL AUTO ACORDADO SOBRE  
PROCEDIMIENTO PARA INVESTIGAR RESPONSABILIDAD  
DISCIPLINARIA DE JUECES Y FUNCIONARIOS JUDICIALES  
DE LA CORTE SUPREMA, DEDUCIDO POR  
ABIGAÍL SANTOS GALLARDO**

Santiago, tres de octubre de dos mil doce.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1<sup>º</sup>. Que, con fecha 14 de septiembre del año en curso, doña Abigaíl Santos Gallardo, representada por el abogado Jorge Allende Sentis, ha

requerido, según consta en el petitorio del libelo de fojas 1, la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad “del Auto Acordado según Acta 129 y Acta 168-2007 de la Excm. Corte Suprema, y de sus preceptos que la integran, o del procedimiento aplicado en la Causa Rol Ad N° 870-2012 de la Excm. Corte Suprema”. Tal solicitud ha sido efectuada para que surta efectos en el proceso sobre remoción, Rol N° 270-2012, sustanciado ante la Corte de Apelaciones de La Serena, que se originó por orden de la Corte Suprema en los AD-870-2012;

2°. Que, a fojas 51, el señor Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento de autos ante la Primera Sala de esta Magistratura;

3°. Que, tanto en el examen preliminar de admisión a trámite como en la subsecuente verificación de los requisitos de admisibilidad, referidos a la acción de inaplicabilidad, resulta necesario tener en cuenta lo que en la materia prescriben tanto las normas constitucionales pertinentes como las contenidas en la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional;

4°. Que el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Constitución Política establece 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, 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.”;

5°. Que la preceptiva constitucional aludida precedentemente se complementa con la contenida en la Ley N° 17.997. 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.”.

A su vez, los artículos 79 y 80 del cuerpo legal aludido 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.”;*

**6°.** Que, por otra parte, el artículo 84 de la citada 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.”;*

**7°.** Que este Tribunal Constitucional, en oportunidades anteriores y teniendo en consideración el mérito de cada caso particular, ha deter-

minado que el requerimiento de inaplicabilidad interpuesto adolece de vicios o defectos tales que hacen imposible que pueda prosperar, siendo así impertinente que la Sala respectiva efectúe un examen previo de admisión a trámite, procediendo que la misma declare derechamente la inadmisibilidad de la acción deducida (STC roles N<sup>os</sup> 1.890, 1.878, 1.860, 1.789, 1.834, 1.828, 1.788, 1.771 y 1.749, entre otras);

8°. Que, en el caso de autos, de la sola lectura del libelo de fojas 1 se desprende que no concurren los presupuestos constitucionales y legales ya transcritos para que la acción deducida pueda prosperar y ser declarada admisible, toda vez que se ha solicitado la inaplicabilidad de un Auto Acordado de la Corte Suprema, es decir, de una norma que no tiene jerarquía legal, presentándose de esta manera la causal de inadmisibilidad contenida en el numeral 4° del artículo 84 de la Ley N<sup>o</sup> 17.997. Por el anterior motivo el requerimiento de estos autos resulta inadmisibile y así se declarará.

Y TENIENDO PRESENTE lo establecido en el artículo 93, inciso primero, N<sup>o</sup> 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política, y en el N<sup>o</sup> 4° del artículo 84 y demás normas pertinentes de la Ley N<sup>o</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**Que se declara inadmisibile el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas uno;** al primer y tercer otrosíes, estese a lo resuelto; al segundo otrosí, ténganse por acompañados los documentos, bajo apercibimiento legal; al cuarto otrosí, téngase presente.

**Acordada con el voto en contra del Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake,** quien estuvo por admitir a tramitación el requerimiento pues, a su juicio, se ha cumplido lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley N<sup>o</sup> 17.997.

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben.

Notifíquese.

Archívese.

**Rol N<sup>o</sup> 2.308-2012**

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, Francisco Fernández Fredes, Iván Aróstica Maldonado y Domingo Hernández Emparanza. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

**ROL N<sup>º</sup> 2.309-2012****REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 277, INCISO  
SEGUNDO, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, DEDUCIDO POR  
LEONIDAS ALEJANDRO CONTIN NARANJO**

Santiago, nueve de octubre de dos mil doce.

Atendido el mérito del proceso y lo resuelto a fojas 76, téngase por no presentado el requerimiento.

Notifíquese.

**Rol N<sup>º</sup> 2.309-2012**

Pronunciada por la Segunda sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta Subrogante, Ministra señora Marisol Peña Torres, los Ministros señores Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino, y el Suplente de Ministro señor Ricardo Israel Zipper. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgún.

**ROL N<sup>º</sup> 2.310-2012****REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 277,  
INCISO SEGUNDO, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL,  
DEDUCIDO POR ANTONIO CONTIN GONZÁLEZ**

**RESOLUCIÓN DE 9 DE OCTUBRE DE 2012, EN EL MISMO  
SENTIDO A LA RECAÍDA SOBRE ROL N<sup>º</sup> 2.309-2012**

ROL N° 2.311-2012

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LA FRASE QUE INDICA,  
CONTENIDA EN EL INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 257  
DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, DEDUCIDO POR  
RAFAEL LUIS FAZIO MOLINA

Santiago, doce de octubre de dos mil doce.

Proveyendo a fojas 116: por acompañado certificado y por cumplido lo ordenado por resolución de tres de octubre pasado, escrita a fojas 110 y siguientes;

Proveyendo a fojas 118 y 123: estése a lo que se resolverá;

Proveyendo a fojas 124: por acompañado certificado, a sus antecedentes.

**VISTO Y CONSIDERANDO:**

1°. Que, con fecha 21 de septiembre pasado, don Rafael Luis Fazio Molina ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la parte que destaca del inciso primero del artículo 257 del Código Procesal Penal, en el marco del juicio que se sigue en su contra ante el Sexto Juzgado de Garantía de Santiago, por el delito de estafas reiteradas, RIT 1083-2008, RUC 081000417-1;

2°. Que, de conformidad con 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 decimoprimeros 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*”;

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, 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 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 señalan:

*“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 Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento de inaplicabilidad deducido en la Segunda Sala de esta Magistratura;

5°. Que esta Magistratura Constitucional en oportunidades anteriores ha resuelto, atendido el mérito de cada caso particular, que si un requerimiento de inaplicabilidad interpuesto adolece de vicios o defectos tales que hacen imposible que pueda prosperar, resulta impertinente que la Sala respectiva efectúe un examen previo de admisión a trámite, procediendo que la misma declare derechamente la inadmisibilidad de la acción deducida (ente otras, STC roles N<sup>OS</sup> 1.890, 1.878, 1.860, 1.789, 1.834, 1.828, 1.788, 1.771 y 1.749);

6°. Que, del examen del requerimiento interpuesto, esta Sala ha logrado persuadirse de que la acción constitucional deducida no puede prosperar, por lo que será declarada derechamente inadmisibile, al concurrir en la especie la causal de inadmisibilidad establecida en el artículo 84,

Nº 6º, de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, toda vez que el requerimiento de fojas uno se formula respecto de un precepto legal que, de los antecedentes aportados por la propia parte requirente, no ha de tener aplicación en el estado actual de la gestión pendiente, según se desprende de los certificados acompañados y agregados a fojas 117 y 127;

7º. Que, por su parte, la exigencia de fundamento plausible para declarar la admisibilidad supone una condición que implica –como exigencia básica– la aptitud del o de los preceptos legales objetados para contrariar, en su aplicación al caso concreto, la Constitución, lo que debe ser expuesto circunstanciadamente, motivo por el cual 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 Rol Nº 1.780);

8º. Que, en la especie, el requerimiento carece de fundamento plausible, en la medida que no explicita la forma cómo la aplicación del precepto objetado produce la infracción constitucional que se denuncia, apareciendo más bien como una impugnación genérica y abstracta al sistema establecido en el Código Procesal Penal para la reapertura de la investigación.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, Nº 6, e inciso decimoprimer y en los preceptos citados y pertinentes de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**Que se declara inadmisibile el requerimiento deducido a fojas 1.**  
Notifíquese por carta certificada al requirente.

**Rol Nº 2.311-2012**

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta Subrogante, Ministra señora Marisol Peña Torres, y por los Ministros señores Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino, y el Suplente de Ministro señor Ricardo Israel Zipper. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgún.

ROL N<sup>º</sup> 2.312-2012REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 348,  
INCISO CUARTO, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL,  
DEDUCIDO POR EDUARDO PATRICIO CASTRO GÓMEZ

Santiago, seis de agosto de dos mil trece.

**VISTOS:**

Con fecha 21 de septiembre del año 2012, don Eduardo Castro Gómez, ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 348, inciso cuarto, del Código Procesal Penal, para que surta efectos en el proceso sobre recurso de protección, Rol N<sup>º</sup> Civil-550-2012, sustanciado ante la Corte de Apelaciones de Valdivia. Actualmente, la Corte Suprema conoce de la apelación de la sentencia de protección, bajo el Rol N<sup>º</sup> 7650-2012.

El texto del precepto legal objetado en autos dispone: “*Cuando se hubiere declarado falso, en todo o en parte, un instrumento público, el tribunal, junto con su devolución, ordenará que se lo reconstituya, cancele o modifique de acuerdo con la sentencia.*”.

Como antecedentes de la gestión judicial pendiente, esto es, el aludido recurso de protección, cabe precisar que fue interpuesto por el requirente para impugnar el N<sup>º</sup> 32 de la parte resolutive de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, en causa RIT 105-2010. Lo anterior, motivado en que en esa sentencia se ordenó cancelar una inscripción de dominio a su nombre.

En el marco de la aludida gestión pendiente, el conflicto de constitucionalidad que se plantea a esta Magistratura consiste en determinar si la cancelación judicial de instrumentos públicos declarados falsos –según lo ordena el precepto reprochado– contraviene o no los derechos de propiedad y al debido proceso, asegurados en los numerales 24<sup>º</sup> y 3<sup>º</sup> del artículo 19 constitucional, respectivamente.

A efectos de fundamentar su requerimiento, el actor se refiere a los hechos que dieron origen a la gestión pendiente, para luego ahondar en las argumentaciones de derecho que sustentan los vicios de constitucionalidad que denuncia.

En cuanto a los hechos que originaron el recurso de protección pendiente, señala el actor que, por compraventa celebrada en febrero del año 2005, adquirió un inmueble de 174 hectáreas denominado “Lote A” –ubicado en el fundo Tres Bocas, comuna de Corral– por la suma de \$36.000.000.

Pasaron los años y en agosto de 2012, con ocasión de la solicitud de diversos certificados ante el Conservador de Bienes Raíces de Valdivia, y luego de diversas otras gestiones, tomó conocimiento de que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia había ordenado la cancelación de la inscripción, a su nombre, del título de dominio referido al aludido inmueble.

Explica que ese tribunal ordenó la reseñada cancelación en el N° 32 de la sentencia dictada en autos RIT 105-2010, en virtud de lo dispuesto en el precepto legal que se cuestiona. Y precisa que ese proceso versó sobre los delitos de estafa, de falsificación de instrumento público, de uso de instrumentos falsos y otros delitos, en que se condenó a nueve personas acusadas. Según consta en las piezas principales de la citada sentencia penal, que fuera acompañada a estos autos, en el respectivo proceso se consideró al requirente como víctima del delito de estafa cometido por los acusados. Lo anterior, debido a que éstos, mediante la falsificación de diversos instrumentos públicos, efectuaron maniobras que, en su conjunto, formaron parte del ardid que permitió que el requirente comprara un predio que no pertenecía a los vendedores, con el concomitante perjuicio patrimonial que ello acarrea.

Con el fin de dejar sin efecto aquel pronunciamiento penal –que no le fuera notificado–, que lo priva de su propiedad sobre el descrito inmueble adquirido por compraventa el año 2005, el peticionario dedujo acción de protección, específicamente, contra el mencionado N° 32 de la sentencia criminal. Solicitó a la Corte de Apelaciones que declarara que la aludida sentencia le resulta inoponible; que se ordene no practicar la cancelación de la inscripción según lo resuelve el ya descrito N° 32, y que, en el caso de que la cancelación ya se hubiere llevado a cabo, se deje sin efecto la respectiva anotación marginal.

En cuanto a los fundamentos de derecho que sustentan los vicios de constitucionalidad denunciados, el peticionario se refiere, en primer lugar, a la conculcación del derecho de propiedad. En segundo lugar, se exhibe en cuanto a la infracción del derecho al debido proceso.

Respecto a la violación del derecho de propiedad, el actor alega que es producida por la mencionada sentencia del tribunal penal, atendido que esa magistratura, al ordenar la cancelación de la inscripción a su nombre, lo privó de su propiedad. La privación sería inconstitucional, pues se efectuó sin que, tal como lo exige la Constitución, exista un acto expropiatorio fundado en la función social de la propiedad, exista un proceso expropiatorio y se realice, de manera previa a la expropiación, el pago de una indemnización patrimonial.

A su juicio, la violación de la garantía constitucional en comento resulta palmaria si se tiene presente que, de conformidad al artículo 3° del Código Penal, *“toda pena que se imponga por un crimen o simple delito, lleva*



*consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecuta, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito.”.* Considera que la citada disposición dejaría en claro que el legislador penal ha sido consciente de la necesidad de no afectar los derechos de terceros, limitando la pérdida de los efectos del delito exclusivamente a quienes se les imponga una pena.

En lo que se refiere a la conculcación del derecho al debido proceso, aduce que ésta se produce por la aplicación del precepto objetado que realizó el tribunal penal. Lo anterior, desde el momento que el requirente no fue parte del proceso penal que dispuso la cancelación de su inscripción. Precisa al efecto que él no fue objeto de ninguna querrela; que no se le emplazó ni notificó demanda alguna, y que ni siquiera se le notificó la aludida sentencia que ordenó la cancelación de su inscripción, privándolo de su propiedad. Explica que si bien concurrió al tantas veces citado proceso penal, a efectos de deponer como testigo, nunca fue advertido de la posibilidad de que se pudiera cancelar su inscripción como resultado de ese proceso.

Por resolución de 10 de octubre de 2012, la Primera Sala de esta Magistratura admitió a tramitación el requerimiento y, en la misma oportunidad, decretó la suspensión de la gestión judicial en que incide. Luego de ser declarado admisible por la aludida Sala y pasados los autos al Pleno, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, el requerimiento fue comunicado a la Cámara de Diputados, al Senado y al Presidente de la República y notificado al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, a efectos de que pudieran hacer valer sus observaciones y acompañar los antecedentes que estimaren convenientes.

Por presentación de fojas 221, el Ministerio Público pidió que se tenga como parte en el proceso de autos, toda vez que, conforme al artículo 466 del Código Procesal Penal, es interviniente en la ejecución de las penas. Mediante resolución de fojas 232, la Primera Sala tuvo presente la mencionada petición. Atendido lo anterior, por resolución de fojas 312 se confirió traslado al ente persecutor, a efectos de que hiciera valer sus observaciones al requerimiento de fojas 1.

Por escrito de fojas 308, las juezas integrantes del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, señoras María Soledad Piñeiro y Cecilia Samur, en su calidad de recurridas en el recurso de protección invocado, formularon sus observaciones al requerimiento en base a los siguientes dos tópicos que se describen a continuación.

En primer lugar, las magistradas aducen que, desde un punto de vista formal, el requerimiento debe ser rechazado, toda vez que no existe gestión pendiente en la que pueda tener efectos un pronunciamiento de inaplicabilidad. Lo anterior, desde el momento que la sentencia penal

en la que ha de aplicarse esa disposición legal se encuentra ejecutoriada desde el 31 de julio de 2012, luego de haberse acogido parcialmente un recurso de nulidad en su contra y de haberse dictado la correspondiente sentencia de reemplazo.

En segundo lugar, refiriéndose ahora a cuestiones de fondo, esgrimen las magistradas que ordenaron la cancelación de la inscripción de dominio a nombre del requirente, en virtud de lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 348 reprochado. Para ello, no sólo tuvieron en consideración el texto expreso de aquel precepto, sino que, además, el espíritu del mismo, a saber, que si se está frente a un delito como la falsificación de instrumento público, que tiene por objeto alterar los registros públicos, entonces, es de toda lógica que debe restablecerse el derecho cancelando las inscripciones falsas, a fin de mantener la veracidad de estos registros.

De lo anteriormente explicitado, concluyen que el precepto reprochado contempla una figura legal destinada a resguardar la fe pública, haciendo el alcance de que los terceros que se vean afectados por la comisión de un ilícito, cuentan con las acciones que les franquea el ordenamiento jurídico para restaurar su patrimonio.

Finalmente, hacen presente que su Tribunal Penal tuvo en consideración que el requirente participó en el juicio penal presentando su testimonio, motivo por el cual tomó conocimiento de las irregularidades relacionadas con la compraventa del inmueble que él celebró. No obstante, reconocen que la respectiva sentencia penal no le fue notificada al requirente.

A fojas 316, el Ministerio Público formula sus observaciones al requerimiento, esgrimiendo tres argumentaciones para su rechazo.

En primer lugar, alega que la acción de autos se orienta a obtener la revisión y modificación de una resolución judicial penal, cuestión que no es objeto de la acción de inaplicabilidad. Explica que la disposición cuestionada se origina en el artículo 152 del Código de Procedimiento Penal, regla que sólo busca restar eficacia a los documentos falsos.

En segundo lugar, aduce que la norma objetada ya tuvo aplicación en la decisión judicial que, por lo demás, ya fue cumplida. Precisa sobre este punto que la norma fue aplicada por los sentenciadores penales en una sentencia que se encuentra ejecutoriada y que fue cumplida por el Conservador de Bienes Raíces, mediante la pertinente anotación en la inscripción registral.

En tercer lugar, el ente persecutor alega que no existen los efectos de inconstitucionalidad que se denuncian. Respecto a la supuesta infracción del derecho de propiedad, expone que debe tenerse presente que, para acceder al cuestionamiento en torno a la garantía de dominio, se requiere tomar decisiones que corresponde despachar a la judicatura ordinaria. Respecto a la eventual infracción del derecho al debido proceso –originada en la supuesta falta de intervención del requirente en el proceso

penal–, explica que es una materia que supone adentrarse en la forma en que los jueces han aplicado las normas de procedimiento. Agrega que, adicionalmente, más allá de si el requirente participó o no en el mencionado proceso, la alegación de su falta de participación ha de ser objeto de un proceso judicial de lato conocimiento, tal como ya lo señalara la Corte de Apelaciones de Valdivia, en su pronunciamiento que rechazó la acción de protección impetrada por el requirente.

Habiéndose traído los autos en relación, se procedió a la vista de la causa el día 20 de junio del año en curso, oyéndose los alegatos del abogado Gonzalo Escudero, por la parte requirente, y del abogado Hernán Ferrera, por el Ministerio Público.

#### CONSIDERANDO:

**PRIMERO.** Que, conforme a lo relacionado, se ha requerido la inaplicabilidad del precepto contenido en el artículo 348, inciso cuarto, del Código Procesal Penal, a cuya aplicación en un proceso sobre recurso de protección se le atribuyen efectos contrarios a la Constitución, por vulneración de las garantías referidas al derecho de propiedad y al debido proceso.

La norma objetada dispone: “*Cuando se hubiere declarado falso, en todo o en parte, un instrumento público, el tribunal, junto con su devolución, ordenará que se lo reconstituya, cancele o modifique de acuerdo con la sentencia.*”;

**SEGUNDO.** Que, agotado el debate en esta causa, el Tribunal constata la improcedencia de la acción ejercitada, en virtud de carecer de aplicación el precepto impugnado en la gestión *sub lite*.

Al efecto, cabe considerar que dicha gestión se constituye por una acción constitucional de protección, fundada en la afectación de ciertos derechos precisamente enunciados, cuyo objeto es restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del perjudicado;

**TERCERO.** Que, desde luego, la eventual contravención del derecho a un debido proceso surgida de la aplicación de la norma, carece de correlato lógico en la resolución de la acción protectora, por cuanto ésta no se concede por la vulneración de dicha garantía;

**CUARTO.** Que, ahora en relación a la causa de pedir referida a las dos infracciones denunciadas –sobre derecho de propiedad y debido proceso–, no se advierte la incidencia del precepto en la decisión del asunto.

Efectivamente, si la acción de protección se dirige a invalidar una sentencia penal –fundada en la aplicación del precepto–, la inaplicación del mismo en la gestión judicial (proceso de protección) deja al tribunal de la causa sin norma para resolver el conflicto, toda vez que ella es excluida parcialmente del ordenamiento jurídico y, por ende, no puede regir el juzgamiento de la relación jurídico procesal que la motiva, es decir, el acto ilegal o arbitrario cometido en la dictación de la sentencia penal;

**QUINTO.** Que, sin perjuicio de lo que se ha expresado, se entrará a considerar y resolver, desde el punto de vista material, las cuestiones propuestas en el requerimiento.

Se comenzará, a continuación, por la lesión del derecho de propiedad;

**SEXTO.** Que la garantía dominical se manifiesta, según lo declara la norma de superior entidad, en que *“nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre el que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador”*.

La protección constitucional, pues, supone la titularidad del derecho en cuestión;

**SÉPTIMO.** Que el requirente no ejerce derecho de propiedad sobre el bien inmueble que pretende, desde que carece de un modo de adquirir el dominio válido.

Esto es así por cuanto su antecesor, el tradente, no era dueño de la cosa (carecía de título legítimo y su inscripción de dominio fue cancelada por ser efecto de un delito de falsificación) y, en consecuencia, la tradición no transfirió el dominio al actor.

En virtud de no ser titular del derecho que se denuncia conculcado, el requirente no se encuentra legitimado activamente en esta causa constitucional;

**OCTAVO.** Que, por último, el estatuto constitucional del derecho de propiedad no alude a la sentencia judicial como antecedente de su privación. La expropiación es un acto de autoridad que culmina con un desplazamiento patrimonial de un particular al Estado; no está concebida para su aplicación a las relaciones entre privados;

**NOVENO.** Que, en armonía con lo expuesto, la referencia a la sentencia judicial como causal de privación del dominio –mantenida desde la Carta de 1833– fue suprimida por la Ley N° 16.615, de 1967, que modificó la Constitución Política, registrándose en la historia fidedigna de su establecimiento que dicha *“alusión era incorrecta a la luz de la doctrina jurídica”* y que *“no correspondía a una técnica jurídica adecuada, por cuanto la sentencia judicial es de carácter declarativo y, por consiguiente, en el caso preciso de la acción reivindicatoria en que pudiera pensarse que al demandado vencido se le priva de la propiedad que hasta ese momento ha disfrutado, la verdad es que no existe tal privación porque la sentencia lo que hace es reconocer el dominio del reivindicador y, en consecuencia, lejos de privar del dominio a su titular, lo está amparando”* (intervenciones del senador Bulnes Sanfuentes y del Ministro de Justicia, respectivamente; Enrique Evans, Estatuto Constitucional del Derecho de Propiedad en Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1967, páginas 192 y 333);

**DÉCIMO.** Que, por lo demás, la legitimidad de la decisión jurisdiccional para declarar o constituir el derecho tiene un sólido fundamento

constitucional, que emana del artículo 76 del código político, precepto que adjudica exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley la facultad de conocer, resolver y de hacer ejecutar lo juzgado;

**DECIMOPRIMERO.** Que, respecto de la contravención a la garantía de un debido proceso que se alega, procede señalar previamente que la eventual falta de emplazamiento del requirente invocada no es el resultado de la aplicación de la norma impugnada, sino que resulta de la concurrencia del artículo 346 del Código Procesal Penal, que no ha sido objetado. Este determina una audiencia fijada para comunicar la sentencia, oportunidad a contar de la cual se entiende notificada a todas las partes, aun cuando no asistieren a la misma;

**DECIMOSEGUNDO.** Que, adicionalmente, debe precisarse que las observaciones formuladas al procedimiento recaen en un proceso penal que se encuentra afinado, en el que se aplicó el precepto cuestionado;

**DECIMOTERCERO.** Que, con todo, tampoco aquel procedimiento –en lo que concierne a los intereses del requirente– adolece de falta de racionalidad o justicia, como que la víctima, calidad que inviste el recurrente, tiene un conjunto de derechos reconocidos por el artículo 109 del Código Procesal Penal, entre otros ejercer contra el imputado acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible;

**DECIMOCUARTO.** Que, por tanto, procede desestimar la cuestión de inaplicabilidad propuesta.

y **VISTO** lo dispuesto en los artículos 19, números 3° y 24°, y 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6°, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.F.L. N<sup>º</sup> 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia,

**SE RESUELVE:**

**Que se rechaza el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas 1,** sin costas por estimarse que el requirente ha tenido motivos plausibles para deducir su acción.

Se deja sin efecto la suspensión de procedimiento decretada en estos autos, oficiándose al efecto.

**El Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto concurre a la sentencia de rechazo,** pero previene que no comparte los considerandos segundo, tercero y cuarto, pues considera que de declararse inaplicable el precepto legal impugnado, tal declaración tendría una influencia decisiva en la gestión judicial pendiente.

Redactó la sentencia el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake y la prevención, su autor.

Notifíquese, comuníquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 2.312-2012**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y por los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

**ROL N° 2.313-2012**

**REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD  
DEL INCISO SEGUNDO DEL NUMERAL 2° DEL AUTO  
ACORDADO SOBRE TRAMITACIÓN Y FALLO DEL RECURSO DE  
PROTECCIÓN DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES  
DE LA CORTE SUPREMA, DEDUCIDO POR  
MASTER SOCIEDAD ANÓNIMA**

Santiago, doce de octubre de dos mil doce.

Proveyendo a fojas 36, téngase presente y por acompañados los documentos, bajo apercibimiento legal.

A fojas 51, téngase presente.

A fojas 55, estese al mérito de autos.

A fojas 56, téngase por acompañado el documento, bajo apercibimiento legal.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

**1°.** Que, con fecha 24 de septiembre de 2012, Javier Ignacio Mancilla Silva, en representación de Master Sociedad Anónima, deduce requerimiento de inconstitucionalidad respecto del inciso segundo, N° 2, [léase N° 2°, inciso segundo] del Auto Acordado de la Corte Suprema sobre

Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, en la causa sobre recurso de protección caratulada “*Master Sociedad Anónima con Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago*”, que se encontraría actualmente pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N<sup>º</sup> 30.245-2012;

2<sup>º</sup>. Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 2, de la Constitución Política, es atribución de este Tribunal “*resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones*”.

A su vez, el inciso tercero del mismo precepto señala: “*En el caso del numeral 2<sup>º</sup>, el Tribunal podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de diez de sus miembros. Asimismo, podrá requerir al Tribunal toda persona que sea parte en juicio o gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial, o desde la primera actuación del procedimiento penal, cuando sea afectada en el ejercicio de sus derechos fundamentales por lo dispuesto en el respectivo auto acordado*”.

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. Así, los incisos segundo y tercero del artículo 52 de dicho texto legal establecen que:

*“El requerimiento deberá formularse en la forma señalada en el inciso primero del artículo 63 y a él se acompañará el respectivo auto acordado, con indicación concreta de la parte impugnada y de la impugnación. Si lo interpone una parte legitimada deberá, además, mencionar con precisión la manera en que lo dispuesto en el auto acordado afecta el ejercicio de sus derechos fundamentales.*

*La interposición del requerimiento no suspenderá la aplicación del auto acordado impugnado”.*

Por su parte, el artículo 63, inciso primero, citado en la norma legal transcrita, establece: “*El requerimiento deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo. Se señalará en forma precisa la cuestión de constitucionalidad y, en su caso, el vicio o vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación de las normas que se estiman transgredidas*”;

4<sup>º</sup>. Que, asimismo, los artículos 53 y 54 de la legislación aludida establecen:

*“Artículo 53. Presentado el requerimiento, la sala que corresponda examinará si cumple con los requisitos señalados en el artículo anterior y, en caso de no cumplirlos, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales. La resolución que no acoja a tramitación el requerimiento será fundada y deberá dictarse dentro del plazo de tres días, contado desde la presentación del mismo.*

*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 complementen éstos. Si así no lo hacen, el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales”.*

*“Artículo 54. Dentro del plazo de cinco días, contado desde que el requerimiento sea acogido a tramitación, el Tribunal se pronunciará sobre la admisibilidad o inadmisibilidad del mismo. Si el requirente pide alegar acerca de la admisibilidad, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 43 el Tribunal acoge la solicitud, dará traslado de esta cuestión, por tres días, al tribunal que haya dictado el auto acordado impugnado y a los órganos y las personas legitimados.*

*Procederá declarar la inadmisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, en los siguientes casos:*

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

*Cuando se promueva respecto de un auto acordado o de una de sus disposiciones, que hayan sido declarados constitucionales en una sentencia previa dictada de conformidad a este Párrafo y se invoque el mismo vicio materia de dicha sentencia;*

*Cuando no exista gestión, juicio o proceso penal pendiente, en los casos en que sea promovida por una parte o persona constitucionalmente legitimada, y*

*Cuando no se indique la manera en que el auto acordado afecta ejercicio de los derechos constitucionales del requirente, en los casos en que sea promovida por una parte o persona constitucionalmente legitimada.*

*Declarada la inadmisibilidad por resolución fundada, ésta será notificada a quien haya recurrido y el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales”;*

**5°.** Que, a fojas 35, el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento deducido en la Primera Sala de esta Magistratura;

**6°.** Que este Tribunal Constitucional, en oportunidades anteriores y conociendo de materias en que el procedimiento que establece su Ley Orgánica Constitucional contempla un examen tanto de admisión a trámite como de admisibilidad, ha determinado que si la cuestión sometida a su decisión adolece de vicios o defectos tales que hacen imposible que pueda prosperar, ello determina que sea impertinente que la Sala respectiva efectúe un examen previo de admisión a trámite y, en consecuencia, procede que la misma declare derechamente su inadmisibilidad (entre otras, STC roles N<sup>os</sup> 1.890, 1.878, 1.860, 1.789, 1.834, 1.828, 1.788, 1.771 y 1.749);

**7°.** Que, conforme a los antecedentes que obran en autos y al certificado de la Corte de Apelaciones de Santiago que rola a fojas 58, consta que, con fecha 6 de septiembre de 2012, Master Sociedad Anónima interpuso recurso de protección en contra de Rubén Orlando Riveras Vargas, Juez Titular del Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago; que, por resolución de 10 de septiembre de 2012, la Primera Sala de la



Corte de Apelaciones de Santiago declaró inadmisibile el recurso, y que, por resolución de 20 de septiembre de 2012, la misma Sala de la Corte rechazó la reposición interpuesta en contra de la declaración de inadmisibilidad.

Asimismo consta que, recién con fecha 24 de septiembre de 2012, Master Sociedad Anónima dedujo ante este Tribunal Constitucional la presente acción de inconstitucionalidad, argumentando la existencia de una gestión pendiente, toda vez que en contra de la resolución que declaró la inadmisibilidad del recurso de protección se dedujo recurso de aclaración, que se encontraba pendiente. Sin embargo, se ha constatado que dicho recurso de aclaración fue rechazado, por resolución de 26 de septiembre de 2012;

8°. Que, no obstante lo consignado en el considerando precedente, la actora insiste en que existe gestión pendiente ya que la Corte de Apelaciones no dicta aún la resolución que acoge a tramitación el recurso de protección interpuesto, ni solicita los informes pertinentes, para que, una vez recibidos, se puedan traer los autos en relación y resolver el asunto (fojas 1 y 51).

Por otro lado, en el petitorio de su acción de inconstitucionalidad, Master Sociedad Anónima solicita a esta Magistratura Constitucional “ordenar se acoja a tramitación en definitiva el recurso de protección” (fojas 6).

Tanto la argumentación como la petición expuestas son jurídicamente improcedentes;

9°. Que, conforme a lo manifestado en los considerandos precedentes, es evidente que no existe gestión, juicio o proceso penal pendiente ante un tribunal ordinario o especial, presupuesto esencial para que esta Magistratura Constitucional pueda entrar a conocer del requerimiento de inconstitucionalidad planteado a petición de parte.

En efecto, el aludido certificado de la Corte de Apelaciones de Santiago, que rola a fojas 58 de estos autos, consigna que “*se hace presente que no existe gestión pendiente de resolver*”.

En consecuencia, en la especie no se cumple con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 93 de la Constitución Política y concurre la causal de inadmisibilidad contenida en el N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup> del inciso segundo del artículo 54 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, por lo que la acción de inconstitucionalidad deducida en autos no puede prosperar, siendo impertinente que sea previamente acogida a tramitación y correspondiendo que este Tribunal la declare derechamente inadmisibile.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en los artículos 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 2<sup>º</sup>, e inciso tercero, de la Constitución Política de la República y en los artículos 52 a 60 y demás normas pertinentes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**Que se declara inadmisibile el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas uno.** Téngase por no presentado para todos los efectos legales. Al primer otrosí, atendido lo resuelto a lo principal, no ha lugar; al segundo otrosí, estese al mérito de autos; al tercer otrosí, ténganse por acompañados los documentos, bajo apercibimiento legal, y al cuarto otrosí, téngase presente.

Archívese.

**Rol N° 2.313-2012**

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, Francisco Fernández Fredes, Iván Aróstica Maldonado y Domingo Hernández Empananza. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

**ROL N° 2.314-2012**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 389, PARTE FINAL,  
DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, DEDUCIDO POR  
DOMINGO ALBERTO SOTO LÓPEZ**

Santiago, veintidós de octubre de dos mil trece.

**VISTOS:**

Con fecha 25 de septiembre del año 2012, los abogados Gonzalo Cruz Sánchez y Rodrigo Luna González, en representación de Domingo Alberto Soto López, dedujeron un requerimiento a fin de que esta Magistratura Constitucional declare la inaplicabilidad de las expresiones “...*en cuanto se adecúen a su brevedad y simpleza*”, contenidas en la parte final del artículo 389 del Código Procesal Penal, disposición referida a las normas supletorias aplicables en el procedimiento simplificado, estimando los requirentes que las expresiones objetadas resultan contrarias a lo dispuesto

en el artículo 19, numeral 3<sup>º</sup>, inciso sexto, de la Constitución Política, así como al artículo 14, numeral 3<sup>º</sup>, letra a), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al artículo 8<sup>º</sup>, numeral 2<sup>º</sup>, letras b) y c), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

El texto íntegro del precepto legal impugnado dispone:

*“Artículo 389. Normas supletorias. El procedimiento simplificado se regirá por las normas de este Título y, en lo que éste no proveyere, supletoriamente por las del Libro Segundo de este Código, en cuanto se adecúen a su brevedad y simpleza.”*

La gestión pendiente invocada consiste en el procedimiento simplificado que se sigue ante el Juzgado de Garantía de Colina contra el requirente y otros imputados, por los delitos de cohecho y de otorgamiento indebido de patente de alcoholes, RIT 2676-2012.

A la fecha de presentación del requerimiento la gestión se encontraba con audiencia de preparación de juicio oral simplificado terminada, con el auto de apertura de juicio notificado y con fecha de audiencia fijada para el día 22 de octubre del mismo año 2012, siendo suspendido el procedimiento por resolución de este Tribunal de fecha 10 de octubre de ese año, que rola a fojas 49 y siguientes.

En cuanto a los antecedentes de la gestión pendiente, señala el requerimiento que con fecha 28 de abril del año 2010 el Ministerio Público formalizó la investigación que, en lo tocante al requirente, consistió en la participación en calidad de autor en dos delitos de cohecho presuntamente cometidos en agosto del año 2005 y en enero del año 2006, calificados de acuerdo al artículo 248 del Código Penal y en grado de consumados.

Agrega que, con fecha 2 de agosto del año 2010, el Ministerio Público reformalizó a los imputados y específicamente al requirente le formuló cargos por dos delitos de cohecho, previstos y sancionados en el artículo 248 bis, inciso primero, del Código Penal (antes de la modificación de la Ley N<sup>º</sup> 20.341, de 22 de abril de 2009). El primero acaecido en agosto del año 2005 y ratificado por carta en enero del año 2006 y el segundo, verificado en enero del año 2006, ambos en grado de consumados y en que les habría cabido participación en calidad de autores.

Indica que, con fecha 11 de noviembre del año 2011, tras el cierre de la investigación, el Ministerio Público presentó requerimiento en procedimiento simplificado, advirtiéndose una radical modificación en los hechos a partir de la reformalización, lo que dejó de manifiesto una grosera incongruencia.

Expone los hechos contenidos en la reformalización y en el requerimiento y señala que en la audiencia de preparación de juicio oral se planteó como incidencia la existencia de un vicio formal, consistente en la evidente incongruencia entre los hechos de la reformalización y los del requerimiento. Ello derivó en que la jueza ordenara al Ministerio

Público modificar su requerimiento para ajustarlo a los términos fácticos de la formalización, situación a la cual se allanó inicialmente el Ministerio Público. Sin embargo, luego de un receso solicitado con tal objeto, este organismo se negó a modificar los hechos respecto del imputado –requerente de autos–, aduciendo que el artículo 390 del Código Procesal Penal lo facultaba para actuar del modo que mejor le pareciera.

En cuanto a la inconstitucionalidad alegada, sostiene que la falta de congruencia denunciada en la gestión pendiente constituye infracción a lo previsto en el inciso final del artículo 259 del referido cuerpo legal, que dispone que la acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica.

Agrega el requirente que los artículos 389 y 395 bis del Código Procesal Penal establecen la aplicación de la normativa del juicio ordinario al simplificado y que la interpretación de la norma que hizo el Tribunal que conoció de la preparación de juicio oral simplificado, recurriendo a la fórmula de la brevedad y simpleza, permitió al órgano persecutor formular cargos hasta el último momento, sin atenerse estrictamente a las actuaciones previas. Con ello vulneró garantías fundamentales de todo imputado en un proceso penal, en lo relativo al debido proceso y al derecho a defensa.

Sostiene que las garantías del proceso penal no pueden restringirse o mermarse por consideraciones de tipo funcional o de orden económico, como la supuesta brevedad o simpleza del procedimiento. Máxime si su aplicación tiene la potencialidad de afectar la libertad personal de un ciudadano, ya que el contenido mínimo de la garantía lo fija el propio procedimiento ordinario del Código Procesal Penal, que no puede ser restringido en este ámbito, sobre todo considerando que la investigación y el proceso han tardado más de 4 años.

Termina sosteniendo sobre el punto que no es aceptable que el Tribunal subsidie una actuación defectuosa del Ministerio Público basándose en una norma abiertamente inconstitucional.

En cuanto a la infracción al derecho a un procedimiento y a una investigación racionales y justos, señala que para que el proceso se califique de legalmente tramitado, el imputado tiene que tener derecho a una imputación congruente en todas sus fases, que no contenga extemporáneas sorpresas sobre el contenido de la misma por parte del ente persecutor, de modo de poder preparar adecuadamente la defensa.

En lo tocante a la infracción a la letra a) del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala que este precepto consagra el derecho de toda persona acusada de un delito a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada en su contra. Todo lo anterior

no puede ser ocultado hasta el momento final del juicio, so pretexto de cambiar la formalización inicial de cargos.

Señala que las normas más explícitas y formalmente infringidas son las letras b) y c) del artículo 8<sup>º</sup>, numeral 2<sup>º</sup>, de la Convención Americana de Derechos Humanos, que consagran como derechos de toda persona inculpada de un delito: a) la comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; y b) la concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.

Termina señalando que la aplicación concreta que se pretende del precepto legal supone una interpretación que deviene en el establecimiento de una facultad omnímoda para el órgano persecutor, al permitirle con ello formular cargos hasta el último momento, con prescindencia de las actuaciones previas y con desprecio de las garantías antes mencionadas, especialmente la de conocer con la debida antelación los cargos a los cuales deberá enfrentarse el imputado en la etapa de juzgamiento, los que deberán ser los mismos que enfrentó en la etapa de investigación.

Pide que se acoja a tramitación el requerimiento y, en definitiva, se declare inaplicable en la gestión pendiente el precepto impugnado, ordenando al Ministerio Público, antes de ser conocida la solicitud de sobreseimiento definitivo formulada y antes de ser sometido a juicio el requirente, que ajuste los términos de su acusación (requerimiento) a la formalización de la investigación vigente en dicho procedimiento. Todo ello a fin de que dicha solicitud de sobreseimiento y el juzgamiento se ajusten a las normas constitucionales, a los tratados internacionales y a las normas legales aplicables en la especie, con pleno respeto a las garantías cuya infracción pueda concretarse, al aplicar el precepto legal previsto en la parte final del artículo 389 del Código Procesal Penal.

Por resolución de fecha 10 de octubre de 2012, escrita a fojas 49 y siguientes, se admitió a trámite el requerimiento y se decretó la suspensión del procedimiento de la gestión en que incide; luego, por resolución de fecha 6 de noviembre de 2012, escrita a fojas 95 y siguientes, se lo declaró admisible, con el voto en contra del Ministro señor Hernández.

Por resolución de fecha 12 de diciembre del año 2012, escrita a fojas 107 y siguientes, se dio traslado a los órganos constitucionales interesados y a las otras partes de la gestión pendiente, por veinte días, para formular sus observaciones y acompañar los antecedentes que estimaran pertinentes.

Mediante presentación de fecha 31 de diciembre del año 2012, agregada a fojas 119 y siguientes de autos, el Consejo de Defensa del Estado evacuó el traslado conferido, formulando sus observaciones, en las que solicitó el rechazo del requerimiento, por configurarse en la especie las causales de inadmisibilidad contempladas en los numerales 5<sup>º</sup> y 6<sup>º</sup> del artículo 84 de la ley orgánica constitucional de esta Magistratura, esto es,

por no ser decisivo el precepto impugnado en la resolución del asunto y por carecer de fundamento plausible.

En cuanto a la primera causal invocada, estima que el precepto no es decisivo, por cuanto las normas efectivamente *decisoria litis* son: a) el artículo 248 bis, inciso primero, del Código Penal, que contempla el tipo penal de cohecho agravado del funcionario público; b) el artículo 390, incisos primero y segundo, del Código Procesal Penal y c) los artículos 396 y 340 del mismo cuerpo legal, que, indica, fueron omitidas convenientemente a los intereses del requirente.

En relación con la primera de las normas omitidas, sostiene que la acción típica de cohecho prevista en el artículo 248 bis del Código Penal exige que el empleado público solicite o acepte recibir un beneficio económico para sí o un tercero, para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, lo que implica que es un delito de mera actividad y no de resultado, con lo que la conducta referida en el requerimiento resulta subsumible en la figura agravada de cohecho prevista en este artículo, no mencionada en el requerimiento.

En cuanto al segundo precepto omitido, el artículo 390, inciso primero, parte final, del Código Procesal Penal, relativo a la procedencia del requerimiento en un proceso penal simplificado, sostiene que es plenamente lógico, racional y ajustado a derecho que el requerimiento se presente en un proceso penal aunque exista formalización o reformatización, las que para todos los efectos legales deben quedar sin efecto, ya que el requerimiento sustituye el procedimiento ordinario por uno especial –el simplificado–, que se tramita conforme las reglas de los artículos 388 y siguientes del Código Procesal Penal, ya que resulta incompatible la continuación del proceso penal con dos procedimientos. Esta conclusión, señala, resulta evidente; para el requirente, sin embargo, convenientemente a “su plan”, la paradoja resulta necesaria y útil, no obstante carecer de asidero jurídico que la sustente.

Finalmente, respecto de los artículos 396 y 340, ambos del Código Procesal Penal, señala que también son normas *decisoria litis* no mencionadas por el requirente, toda vez que lisa y llanamente destruyen su pretensión, pues regulan la resolución del conflicto jurídico penal que la judicatura competente debe resolver.

Concluye que es evidente que mediante la omisión en el requerimiento de las normas *decisoria litis* antes mencionadas, se pretende dar fundamento lógico y sustento a la inaplicabilidad solicitada y artificioosamente dar un tinte de norma *decisoria litis* a un precepto que simplemente regula la aplicación supletoria de ciertas normas del proceso oral en lo penal ordinario. Esta supletoriedad no hace sino mantener la coherencia del

sistema jurídico penal, evitando las lagunas jurídicas y garantizando además los derechos del imputado.

En lo tocante a la segunda causal invocada, sostiene que el requerimiento carece de fundamento plausible por cuanto no señala precisamente cómo el precepto sería contrario al artículo 19, numeral 3<sup>º</sup>, inciso sexto, de la Constitución, ni al artículo 14, numeral 3, letra a), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al artículo 8<sup>º</sup>, numeral 2, letras b) y c), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, bastando contrastar las mencionadas normas para percatarse de que tal contradicción no existe.

Finalmente sostiene que el requerimiento pretende limitar la supuesta inconstitucionalidad del precepto impugnado a sus efectos, es decir, a la aplicación que realice su intérprete, cual es un juez de la República, apreciando que lo que se pretende es impugnar la decisión adoptada por el Juzgado de Garantía de Colina.

El Ministerio Público, por su parte, mediante presentación de fecha 3 de enero de 2013, que rola a fojas 134 y siguientes, formuló sus observaciones, solicitando el rechazo del requerimiento en todas sus partes por las razones que expone.

En primer término sostiene que el procedimiento simplificado es un procedimiento especial que se caracteriza por su brevedad y simpleza, atendido que está diseñado para el juzgamiento de figuras típicas de menor envergadura.

Sostiene que el legislador entregó al juez de garantía la facultad de determinar qué normas del procedimiento ordinario se podrían aplicar supletoriamente, fijando para ello ciertos límites: siempre que sean compatibles con el carácter breve y simple del procedimiento simplificado, lo que conlleva una tarea eminentemente exegética. Por lo tanto, el cuestionamiento, más que de constitucionalidad, dice relación con la forma en que el juez de garantía ha interpretado y aplicado dicha norma al pronunciarse sobre las alegaciones de los defensores del requirente acerca de la supuesta falta de congruencia, pretendiendo que este Excmo. Tribunal entre a revisarlo, lo que necesariamente debe llevar al rechazo del requerimiento.

Agrega que la parte que se siente afectada tiene la posibilidad de plantear sus reclamos por la vía del recurso de nulidad, si estima que se pudo haber infringido de alguna manera la garantía de un debido proceso por alguna decisión judicial determinada, como ocurrió, por ejemplo, en el caso que cita, Rol N<sup>º</sup> 4.805-2009, fallado por la Corte Suprema con fecha 29 de septiembre de 2009.

En suma, sostiene que el presente requerimiento debe ser rechazado porque se construye sobre el alcance que debe tener el precepto impugnado y por cuanto lo que el requirente pretende con la declaración de

inaplicabilidad es la aplicación de determinadas normas del Código Procesal Penal en la forma que él entiende que deben ser aplicadas al procedimiento simplificado, dejando en evidencia que su pretensión escapa a la esencia de un requerimiento de inaplicabilidad. Asimismo, conforme lo ha declarado reiteradamente este Tribunal, acoger la inaplicabilidad posee un efecto exclusivamente negativo, no teniendo competencia para determinar la norma aplicable al caso particular, cuestión que es de resorte exclusivo de los jueces del fondo (STC Rol N° 2.034).

Mediante presentación de fecha 5 de enero de 2013, agregada a fojas 143 y siguientes, el abogado Matías Balmaceda Mahns, en representación de Mario Olavarría Rodríguez, formuló sus observaciones y solicitó se acogiera el presente requerimiento, por vulnerar las normas constitucionales y los tratados internacionales que se señalaron como infringidos por el requirente. A su juicio, la aplicación del precepto impugnado impidió, tanto al requirente como a su parte, conocer de la acusación que pesa en su contra, puesto que los hechos son distintos de los señalados en la formalización. Transcribe los hechos y concluye que en la formalización se imputa haber actuado solo y en el requerimiento, haber actuado conjuntamente.

Cita a la profesora María Inés Horvitz, quien indica que la limitación de las expresiones impugnadas “...no debiera significar la afectación del núcleo esencial de garantías del imputado, especialmente cuando quepa la aplicación de penas privativas de libertad” (Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II, 1a. edición, pág. 502) y señala que en la especie se infringe el derecho a defensa, que exige conocer de manera anticipada los cargos que son materia de la investigación, y que el requerimiento que hace las veces de acusación debe cumplir con el estándar que le impone la ley a ésta, es decir, debe cumplir con el principio de congruencia, tal como lo señala el artículo 259 del Código Procesal Penal.

Con fecha 30 de enero de 2013 se dictó el decreto que ordenó traer los autos en relación y se dispuso agregar la causa al Rol de Asuntos en Estado de Tabla. Posteriormente, con fecha 4 de junio del año en curso se verificó la vista de la causa, alegando, luego de escuchar relación, el abogado Gonzalo Cruz Sánchez, por la parte requirente; por el Ministerio Público, el abogado Pablo Campos Muñoz y, por el Consejo de Defensa del Estado, el abogado Rolando Melo Silva.

**CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:**

**1. EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL SOMETIDO A RESOLUCIÓN DE ESTA MAGISTRATURA.**

**PRIMERO.** Que el artículo 93, inciso primero, N° 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 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, en el caso de autos, se solicita la inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de las expresiones “...en cuanto se adecúen a su brevedad y simpleza”, contenidas en la parte final del artículo 389 del Código Procesal Penal, el cual sería aplicable en el procedimiento simplificado que se sigue ante el Juzgado de Garantía de Colina contra el requirente y otros imputados, por los delitos de cohecho y de otorgamiento indebido de patente de alcoholes, RIT 2676-2012;

**TERCERO.** Que el requirente sostiene que la aplicación del precepto legal aludido vulnera la Constitución, pues la interpretación judicial de la “brevedad y simpleza” del procedimiento simplificado infringe el debido proceso, asegurado en el inciso sexto del artículo 19, N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup>, de la Constitución, especialmente en cuanto al derecho a defensa. Además, también vulneraría la letra a) del artículo 14, N<sup>º</sup> 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y las letras b) y c) del artículo 8<sup>º</sup>, N<sup>º</sup> 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ambos referidos al derecho de toda persona a la comunicación previa de los hechos que se le imputan con la debida antelación para preparar su defensa;

## **2. CUESTIONES SOBRE LAS CUALES NO SE PRONUNCIARÁ ESTA SENTENCIA.**

**CUARTO.** Que este Tribunal sólo se referirá al precepto legal impugnado por el requirente y su correspondencia o no con el texto constitucional, sin efectuar consideraciones sobre la interpretación que el juez de fondo ha hecho en la causa. No forma parte de nuestra competencia juzgar las actuaciones judiciales que están en la base de la gestión pendiente, ni mucho menos actuar como tribunal casatorio ni de apelación de sentencias;

**QUINTO.** Tampoco le corresponde a esta Magistratura calificar jurídicamente los hechos punibles que conforman la causa de fondo, ni fijar criterios para su interpretación o tipificación penal;

## **3. CRITERIOS INTERPRETATIVOS.**

**SEXTO.** Para la resolución del presente caso se utilizarán tres criterios interpretativos: la constitucionalidad de las normas supletorias, la relación entre principio de congruencia y debido proceso, y la aplicación del procedimiento simplificado;

### **3.1. Constitucionalidad de las normas supletorias.**

**SÉPTIMO.** Que, en el presente requerimiento, la norma impugnada establece una regla de supletoriedad dirigida al juez con el objeto de salvar lagunas jurídicas. En este sentido, el legislador prevé la aplicación

de normas del proceso penal ordinario durante la tramitación del procedimiento simplificado, lo que permite al tribunal cumplir su deber constitucional de conocer, resolver y hacer ejecutar lo juzgado, toda vez que, reclamada legalmente su intervención, no puede excusarse de ejercer tal autoridad, “*ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión*” (inciso segundo del artículo 76 de la Constitución);

**OCTAVO.** Que la supletoriedad establecida por la norma impugnada constituye una remisión normativa admisible desde el punto de vista constitucional, que ejerce una función interpretativa en los casos de ausencia parcial de norma aplicable y una función de integración cuando se está frente a una ausencia total o insuficiencia sustancial (Orellana, Luis (2000): “La supletoriedad de las leyes”. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 27, N° 4, p. 809);

**NOVENO.** Que la remisión normativa antes descrita prescribe al juez dotar al procedimiento simplificado de reglas más densas de debido proceso, en cuanto sean adecuadas a su brevedad y simpleza. Esta limitación, impugnada en autos, “(*...*) *pareciera referirse básicamente a las etapas del procedimiento ordinario previas al juicio oral, porque todas las actuaciones previstas por la ley durante su desarrollo aseguran garantías fundamentales del debido proceso*” (Horvitz, María, y López, Julián (2005): *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 503). En estas circunstancias, el estándar que obliga al juez penal es el debido proceso, el cual permite el desarrollo de todas las garantías esenciales, racionales y justas que contribuyan a un procedimiento equitativo y no arbitrario;

### 3.2. Relación entre principio de congruencia y debido proceso.

**DÉCIMO.** Que esta Magistratura ha fallado en repetidas ocasiones sobre el contenido y alcance de este derecho, señalando, por ejemplo, que “*el procedimiento legal debe ser racional y justo. Racional para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad. Y justo para orientarlo a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso. Con ello se establece la necesidad de un juez imparcial, con normas que eviten la indefensión, que exista una resolución de fondo, motivada y pública, susceptible de revisión por un tribunal superior y generadora de la intangibilidad necesaria que garantice la seguridad y certeza jurídica propias del Estado de Derecho*” (STC Rol N° 1.838);

**DECIMOPRIMERO.** Que respecto al derecho al debido proceso, la Constitución no clausura su contenido; por lo tanto, no existe un único modelo iusfundamental correcto que lo garantice. En este sentido, la Comisión de Estudios “*estimó conveniente otorgar un mandato al legislador para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso, sin perjuicio de dejar constancia que algunos de*

*dichos elementos decían relación con el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal, imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador” (STC Rol N<sup>º</sup> 1.518; STC Rol N<sup>º</sup> 481);*

**DECIMOSEGUNDO.** Que un aspecto del debido proceso y una manifestación del principio acusatorio es el deber de correlación o congruencia, el cual vincula al juez y su potestad de resolver, prescribiendo “(...) *que no se puede dictar sentencia ni por hechos distintos de los incluidos en la acusación ni respecto de persona distinta de la acusada*” (Del Río, Carlos (2009): *Los poderes de decisión del Juez Penal. Principio Acusatorio y determinadas Garantías Procesales*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 93);

**DECIMOTERCERO.** Conforme a lo anterior, el principio de congruencia puede definirse como aquel elemento del debido proceso que obliga al juez a dictar una sentencia coherente con la investigación penal, pudiendo fallar sólo respecto de los hechos y las personas materia de la acusación fiscal, asegurando de esta forma una investigación penal racional y justa, así como una adecuada defensa jurídica;

**DECIMOCUARTO.** Que, en el mismo sentido, el inciso final del artículo 259 del Código Procesal Penal indica que “[*l*a acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica.” De esta forma, el principio de congruencia también se extiende, con menor intensidad, a etapas previas del juzgamiento, vinculando la acusación fiscal con la formalización, de manera de establecer progresivamente la “(...) *precisión y depuración del objeto del proceso y de la garantía procesal de la defensa (...)*” (Del Río, Carlos (2009): *Los poderes de decisión del Juez Penal. Principio Acusatorio y determinadas Garantías Procesales*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 96);

**DECIMOQUINTO.** Que esta Magistratura ya ha considerado que el precepto legal citado “*tiene por objeto consagrar un principio nodal del nuevo sistema de procedimiento penal, cual es el denominado de congruencia, en cuya virtud el imputado sólo podrá ser acusado por los hechos que se le hubieren atribuido en la previa formalización de la investigación, con lo cual se satisface una medular garantía del enjuiciamiento para el inculpado, toda vez que se evita, de ese modo, que éste pueda ser sorprendido con imputaciones respecto de las cuales no ha podido preparar probanzas de descargo ni ejercer a cabalidad sus posibilidades de defensa*” (STC Rol N<sup>º</sup> 1.542);

### **3.3. Aplicación del procedimiento simplificado.**

**DECIMOSEXTO.** Que el procedimiento simplificado establecido en el Título I del Libro IV del Código Procesal Penal se aplica para el conocimiento y fallo de las faltas y respecto de los hechos constitutivos de simple delito para los cuales el Ministerio Público requiere la imposición de una pena no superior a presidio o reclusión menores en su grado mínimo;

**DECIMOSEPTIMO.** Que la instauración de este procedimiento es una innovación introducida por la Reforma Procesal Penal con el objeto de solucionar uno de los mayores obstáculos para el éxito de la justicia criminal, cual es *“el manejo de volúmenes muy grandes de casos, cuyos requerimientos suelen exceder con mucho las posibilidades de respuesta de los órganos del sistema con sus siempre limitados recursos.”* (Historia de la Ley N<sup>o</sup> 19.969, p. 23);

**DECIMOCTAVO.** Que, en este orden de ideas, el procedimiento simplificado busca que *“por la vía de acuerdos (...) se supriman etapas del curso ordinario del procedimiento de modo que se permita alcanzar una solución rápida del caso por medio de una sentencia definitiva, siempre que ello resulte posible sin vulnerar los valores que el sistema busca proteger.”* (Historia de la Ley N<sup>o</sup> 19.969, p. 23);

**DECIMONOVENO.** Que la aplicación del procedimiento simplificado implica varias opciones de tramitación y resolución, dependiendo de la admisión de responsabilidad del imputado, de la naturaleza del ilícito penal y de la pena requerida por el Ministerio Público. De este modo, si en el juzgamiento de faltas el fiscal pide sólo la imposición de una multa, se aplicará el procedimiento monitorio; si el imputado admite responsabilidad en los hechos, procede su resolución inmediata; si no admite responsabilidad, se prepara y realiza una audiencia de juicio simplificado. En todas estas modalidades, el procedimiento se inicia con la formulación de un requerimiento por parte del Ministerio Público, a través del cual se pone en conocimiento del imputado el hecho punible que se le atribuye, de manera análoga a la acusación que se formula en el procedimiento ordinario;

**VIGÉSIMO.** Que la oportunidad procesal para que se formule este requerimiento se extiende hasta la deducción de la acusación, y en tal caso *“el fiscal podrá dejar sin efecto la formalización de la investigación que ya hubiere realizado de acuerdo con lo previsto en el artículo 230, y proceder conforme a las reglas de este Título.”* (Artículo 390 del Código Procesal Penal);

**VIGESIMOPRIMERO.** En consecuencia, con la formulación del requerimiento la formalización queda sin efecto, terminando completamente el procedimiento ordinario e iniciándose un nuevo procedimiento. Con la aplicación del procedimiento simplificado, regido por los artículos 388 y siguientes del Código Procesal Penal, deja de existir el procedimiento ordinario anterior, ya que resulta inconcebible la continuación del proceso con la aplicación de dos procedimientos distintos;

**VIGESIMOSEGUNDO.** Que, en consideración a lo ya expuesto, el procedimiento simplificado se inicia con el requerimiento del Ministerio Público y, por tanto, el principio de congruencia tendrá aplicación entre el requerimiento y la sentencia, lo que puede ser examinado por el tribunal de alzada en el conocimiento del recurso de nulidad que se pudiere

interponer en contra de la sentencia definitiva dictada por el juez de garantía;

#### **4. APLICACIÓN EN EL CASO CONCRETO.**

**VIGESIMOTERCERO.** Que el requirente busca, a través de la presente impugnación, refutar una resolución judicial, que consistió en la interpretación del precepto legal impugnado en contra de los intereses hechos valer por la parte en la respectiva audiencia. En este sentido, la interpretación de la norma aludida es una facultad privativa del juez de instancia, que no es procedente impugnar a través de una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad;

**VIGESIMOCUARTO.** Que, en virtud del artículo 76 de la Constitución, el juez está compelido a actuar y por ende, ante la ausencia de norma, puede y debe utilizar distintos criterios para resolver, algunos de los cuales contempla la misma ley, como en el caso de autos. En este sentido, el requerimiento pretende contradecir el mandato constitucional de inexcusabilidad de los jueces en la resolución de los asuntos sometidos a su competencia;

**VIGESIMOQUINTO.** Que el precepto legal impugnado establece la supletoriedad de las normas que regulan el procedimiento penal ordinario, en cuanto se adecúen a la brevedad y simpleza del procedimiento simplificado. Sin embargo, hasta el momento no hay supletoriedad sino una cabal aplicación del artículo 390 del Código Procesal Penal, que permite al Ministerio Público formular requerimiento hasta la deducción de la acusación, dejando sin efecto la formalización de la investigación realizada con anterioridad;

**VIGESIMOSEXTO.** Que el precepto legal impugnado no afecta el derecho constitucional al debido proceso en el caso concreto, por cuanto el requirente aún tiene suficiente tiempo y etapas procesales para preparar su defensa en un juicio que recién comienza. Considerando además que en la futura celebración de la audiencia de juicio simplificado puede presentar pruebas, argumentar su teoría del caso e impugnar a través de los mecanismos pertinentes una sentencia desfavorable;

**VIGESIMOSÉPTIMO.** Que respecto a una posible infracción del principio de congruencia –en cuanto integrante del debido proceso penal–, ésta no puede verificarse si aún está pendiente la etapa procesal de fallo. Sólo con la dictación de la sentencia podremos determinar si ésta es o no congruente con el requerimiento fiscal, de modo que hasta el momento no existe una vulneración de este principio y, por tanto, tampoco se infringe el derecho fundamental asegurado en el inciso sexto del artículo 19, N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup>, constitucional;

**VIGESIMOCTAVO.** Que, por las consideraciones expuestas, procede rechazar la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentada.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en las normas constitucionales y legales aludidas,

SE RESUELVE:

**Que, por unanimidad, se rechaza el requerimiento interpuesto a fojas uno.**

Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 49 y siguientes. Officiese al efecto al Juzgado de Garantía de Colina.

No se condena en costas al requirente, por estimarse que tuvo motivo plausible para deducir su acción.

**El Ministro señor Juan José Romero Guzmán** previene que concurre al fallo, con excepción de lo dispuesto en el considerando vigesimosexto.

Redactó la sentencia el Ministro señor Gonzalo García Pino y la prevención, su autor.

Notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 2.314-2012**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora Marisol Peña Torres, y por los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgún.

ROL N<sup>º</sup> 2.315-2012REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO ÚNICO,  
INCISO PRIMERO, DE LA LEY N<sup>º</sup> 20.473, EN LA PARTE  
QUE INDICA, DEDUCIDO POR EL CENTRO DE MANEJO  
DE RESIDUOS ORGÁNICOS COLHUE S.A.

Santiago, veinte de noviembre de dos mil doce.

## VISTO Y CONSIDERANDO:

1°. Que, con fecha 26 de septiembre pasado, el abogado Waldo Florit Otero, en representación convencional de la sociedad Centro de Manejo de Residuos Orgánicos Colhue S.A., ha deducido un requerimiento ante esta Magistratura Constitucional a fin de que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso primero del artículo único de la Ley N<sup>º</sup> 20.473, que otorga, transitoriamente, las facultades fiscalizadoras y sancionadoras que indica a la Comisión señalada en el artículo 86 de la Ley 19.300, en el marco del juicio sumario sobre reclamación de multa, que se sustancia ante el Primer Juzgado de Letras de Rengo, caratulado “CENTRO DE MANEJO DE RESIDUOS ORGÁNICOS COLHUE CON COMISIÓN DE EVALUACIÓN AMBIENTAL DE LA REGIÓN DEL LIBERTADOR GENERAL BERNARDO OHIGGINS”, Rol N<sup>º</sup> 334-2-2012, que se encuentra actualmente en tramitación, habiéndose verificado el comparendo de conciliación y contestación;

2°. Que, de conformidad con 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 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*”;

3°. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Cons-

titucional del Tribunal Constitucional. Así, en lo pertinente, 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.”.*

4°. Que el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento deducido en la Segunda Sala de esta Magistratura, la que admitió a tramitación la acción deducida por resolución de fecha tres de octubre pasado, escrita a fojas 24 y siguientes, confiriendo traslado sobre la admisibilidad a la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región del Libertador General Bernardo O´Higgins, que lo evacuó con fecha 16 de octubre pasado, según consta a fojas 33 y siguientes, solicitando la inadmisibilidad del requerimiento, con expresa condena en costas, por las razones que indica;

5°. Que, por resolución de fecha veinticinco de octubre pasado, escrita a fojas 336, la Segunda Sala de esta Magistratura tuvo por evacuado el traslado y fijó audiencia para el día 6 de noviembre en curso, para escuchar alegatos sobre la admisibilidad de la acción de inaplicabilidad incoada, escuchando al efecto los alegatos anunciados del abogado Waldo Florit Otero, por la parte requirente y del abogado Edesio Carrasco Quiroga, por la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región del Libertador Bernardo O´Higgins;

6°. Que, atendido el mérito de los antecedentes que obran en autos y los alegatos escuchados en estrados, esta Sala ha logrado formarse convicción en cuanto a que la acción constitucional deducida no puede prosperar, toda vez que no cumple con las exigencias constitucionales y legales antes transcritas, al carecer de fundamento plausible;



7°. Que la exigencia de fundamento plausible para declarar la admisibilidad supone una condición que implica –como exigencia básica– la aptitud del o de los preceptos legales objetados para contrariar, en su aplicación al caso concreto, la Constitución, lo que debe ser expuesto circunstanciadamente, motivo por el cual 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 Rol N<sup>º</sup> 1.780);

8°. Que, en la especie, el requerimiento sostiene que la materia impugnada afecta el principio de tipicidad y legalidad de la sanción administrativa, pues le impide conocer cuál es la conducta infraccional que se le reprocha. Sin embargo, en el expediente tenido a la vista consta cómo la parte requirente, en el procedimiento administrativo sancionador, se hizo cargo de todos y cada uno de los reproches que se le formularon, incluyendo la normativa que se aplicaba en cada cargo que se le formuló. Lo mismo se observa en la demanda de reclamación por la sanción.

No puede considerarse que tenga fundamento plausible un requerimiento en que se sostiene algo que no tiene correlación con los antecedentes de la gestión pendiente. Si en la reclamación administrativa y judicial se comprendió con claridad los cargos formulados, no puede alegarse en esta sede que la norma legal impugnada carece de especificación o determinación. Más todavía si dichas normas son parte de las condiciones en que se dio la autorización ambiental. No puede conocerse dichos preceptos en lo favorable, y alegar la ignorancia de los mismos en lo desfavorable. Ello se traduce en una contradicción, que esta Magistratura no puede validar;

9°. Que, por otra parte, este Tribunal ha sostenido que, al ejercer la atribución a que se refiere el N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup> del inciso primero del artículo 93 de la Constitución “*la decisión de esta Magistratura no está constreñida a la simple comparación 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 particularidades de su aplicación al caso concreto sub lite.*” (STC roles N<sup>OS</sup> 810, 1.436 y 1.512);

10°. Que, en este sentido, ha podido constatarse que el requerimiento no explicita la forma cómo la aplicación concreta del precepto objetado en la gestión pendiente produce la infracción constitucional que se denuncia, apareciendo más bien como una impugnación genérica y abstracta al sistema de fiscalización y sanción ambiental. Se realiza una objeción a la norma en general, pero no en su aplicación al caso concreto. Como se ha expresado, la Constitución exige que lo inaplicable no sea el precepto en abstracto, sino su aplicación concreta en la respectiva gestión pendiente,

la que debe resultar contraria a la Constitución. Ello supone de parte de los requirentes formular objeciones que liguen con claridad el vicio que se alega con los hechos de la causa. Corresponde al requirente la carga de argumentar cómo los hechos y fundamentos en que se apoya, producen como resultado la infracción constitucional que denuncia. Sin embargo, en el presente requerimiento, no se explica de qué manera una multa de 350 UTM sería, en los hechos, contraria a la Carta Fundamental.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 6, e inciso decimoprimer y en los preceptos citados y pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**Que se declara inadmisibile el requerimiento deducido a fojas 1.**

**Acordada con el voto en contra del Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney**, quien estuvo por declarar admisible el requerimiento, sólo en razón de que el precepto impugnado no contiene ningún parámetro objetivo para determinar la sanción que la autoridad administrativa puede aplicar, con lo cual se vulnera el principio de proporcionalidad de las penas y, en lo que sea aplicable al Derecho Administrativo sancionador, el artículo 19, N° 3°, inciso penúltimo, de la Constitución Política de la República, lo que evidentemente puede tener incidencia decisiva en la resolución del caso *sub lite*.

Notifíquese y archívese.

**Rol N° 2.315-2012**

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta Subrogante, Ministra señora Marisol Peña Torres, y por los Ministros señores Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

ROL N<sup>º</sup> 2.316-2012REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LETRAS B) Y C) DEL N<sup>º</sup> 8  
DEL ARTÍCULO 1<sup>º</sup> DE LA LEY N<sup>º</sup> 20.580, QUE MODIFICA EL  
INCISO QUINTO DEL ARTÍCULO 197 Y AGREGA UN INCISO  
FINAL AL MISMO ARTÍCULO DE LA LEY DE ALCOHOLES,  
EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 238 DEL CÓDIGO  
PROCESAL PENAL, DEDUCIDO POR MÓNICA DE LAS MERCEDES  
MUÑOZ PEREIRA

Santiago, veinticinco de octubre de dos mil doce.

Proveyendo a fojas 30: a lo principal: por acompañado certificado, a sus antecedentes; al otrosí: estese a lo que se resolverá.

## VISTO Y CONSIDERANDO:

1<sup>º</sup>. Que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley Orgánica de esta Magistratura, por resolución de fecha doce de octubre pasado, escrita a fojas 24 y siguientes, se otorgó a la parte requirente el plazo de 3 días para acompañar un certificado que cumpliera con las exigencias establecidas en el artículo 79 de la referida ley orgánica y para que precisara las disposiciones legales cuya inaplicabilidad solicita, lo que se fundamentó en los considerandos quinto a séptimo de la referida resolución;

2<sup>º</sup>. Que consta en autos que la requirente no ha dado cumplimiento estricto a lo ordenado por esta Sala, ya que, si bien, dentro de plazo acompañó un certificado, que se encuentra agregado a fojas 32, éste no da cuenta de todas las exigencias establecidas en el artículo 79, antes citado, ya que no individualiza al apoderado del Ministerio Público ni da cuenta del estado actual de la gestión pendiente, señalando al respecto sólo que ésta se encuentra en tramitación;

3<sup>º</sup>. Que, además, en cuanto a lo ordenado respecto a precisar las normas legales cuya inaplicabilidad se solicita, cabe consignar que en el considerando sexto de la resolución de doce de octubre pasado, se señaló expresamente: “...atendido que en el requerimiento se impugnan normas de la Ley N<sup>º</sup> 20.580, que modificó la Ley 18.290, **que corresponda a la Ley de Tránsito**, para entrar a pronunciarse sobre la admisión a trámite es menester que previamente se precisen las disposiciones legales cuya inaplicabilidad se solicita;”

4<sup>º</sup>. Que, no obstante lo anterior, en el otrosí de la presentación de fojas 30 la parte requirente insiste en que los preceptos legales que impugna corresponden a la Ley de Alcoholes;

5°. Que en razón de lo anterior, no cabe tener por cumplido lo ordenado, por lo que,

**SE RESUELVE:**

**Que no se acoge a tramitación el requerimiento deducido a fojas uno.** Téngase por no presentado para todos los efectos legales.

Archívese.

**Rol N° 2.316-2012**

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta Subrogante, Ministra señora Marisol Peña Torres, y por los Ministros señores Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

## ROL N° 2.317-2012

REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL N° 20  
DEL AUTO ACORDADO DEL TRIBUNAL CALIFICADOR DE  
ELECCIONES, DE 7 DE JUNIO DE 2012, QUE REGULA  
LA TRAMITACIÓN Y LOS PROCEDIMIENTOS QUE DEBEN  
APLICAR LOS TRIBUNALES ELECTORALES REGIONALES,  
DEDUCIDO POR RENÉ LEYTON LEYTON Y OTROS

Santiago, doce de octubre de dos mil doce.

Proveyendo a fojas 16, téngase por acompañado el documento, bajo apercibimiento legal.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1°. Que, con fecha 2 de octubre de 2012, René Leyton Leyton, Jaime González Ramírez y Francisco Canales Cerón, concejales de la Comuna de San Vicente de Tagua Tagua, deducen requerimiento de inconstitucionalidad respecto del artículo 20 del Auto Acordado del Tribunal

Calificador de Elecciones que regula la tramitación y los procedimientos que deben aplicar los Tribunales Electorales Regionales, en la causa sobre notable abandono de deberes seguida en contra de la Alcaldesa de la Municipalidad de San Vicente de Tagua Tagua, que se encontraría actualmente pendiente ante el Tribunal Calificador de Elecciones, bajo el Rol N<sup>º</sup> 196-2012;

2<sup>º</sup>. Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 2, de la Constitución Política, es atribución de este Tribunal “resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones”.

A su vez, el inciso tercero del mismo precepto señala: “En el caso del N<sup>º</sup> 2<sup>º</sup>, el Tribunal podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de diez de sus miembros. Asimismo, podrá requerir al Tribunal toda persona que sea parte en juicio o gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial, o desde la primera actuación del procedimiento penal, cuando sea afectada en el ejercicio de sus derechos fundamentales por lo dispuesto en el respectivo auto acordado.”;

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. Así, los incisos segundo y tercero del artículo 52 de dicho texto legal establecen que:

“El requerimiento deberá formularse en la forma señalada en el inciso primero del artículo 63 y a él se acompañará el respectivo auto acordado, con indicación concreta de la parte impugnada y de la impugnación. Si lo interpone una parte legitimada deberá, además, mencionar con precisión la manera en que lo dispuesto en el auto acordado afecta el ejercicio de sus derechos fundamentales.

La interposición del requerimiento no suspenderá la aplicación del auto acordado impugnado”.

Por su parte, el artículo 63, inciso primero, citado en la norma legal transcrita, establece: “El requerimiento deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo. Se señalará en forma precisa la cuestión de constitucionalidad y, en su caso, el vicio o vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación de las normas que se estiman transgredidas.”;

4<sup>º</sup>. Que, asimismo, los artículos 53 y 54 de la legislación aludida establecen:

“Artículo 53. Presentado el requerimiento, la sala que corresponda examinará si cumple con los requisitos señalados en el artículo anterior y, en caso de no cumplirlos, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales. La resolución que no acoja a tramitación el requerimiento será fundada y deberá dictarse dentro del plazo de tres días, contado desde la presentación del mismo.

*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 complementen éstos. Si así no lo hacen, el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.”.*

*“Artículo 54. Dentro del plazo de cinco días, contado desde que el requerimiento sea acogido a tramitación, el Tribunal se pronunciará sobre la admisibilidad o inadmisibilidad del mismo. Si el requirente pide alegar acerca de la admisibilidad, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 43 el Tribunal acoge la solicitud, dará traslado de esta cuestión, por tres días, al tribunal que haya dictado el auto acordado impugnado y a los órganos y las personas legitimados.*

*Procederá declarar la inadmisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, en los siguientes casos:*

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

*Cuando se promueva respecto de un auto acordado o de una de sus disposiciones, que hayan sido declarados constitucionales en una sentencia previa dictada de conformidad a este Párrafo y se invoque el mismo vicio materia de dicha sentencia;*

*Cuando no exista gestión, juicio o proceso penal pendiente, en los casos en que sea promovida por una parte o persona constitucionalmente legitimada, y*

*Cuando no se indique la manera en que el auto acordado afecta el ejercicio de los derechos constitucionales del requirente, en los casos en que sea promovida por una parte o persona constitucionalmente legitimada.*

*Declarada la inadmisibilidad por resolución fundada, ésta será notificada a quien haya recurrido y el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.”;*

5°. Que, a fojas 15, el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento deducido en la Primera Sala de esta Magistratura;

6°. Que este Tribunal Constitucional, en oportunidades anteriores y conociendo de materias en que el procedimiento que establece su Ley Orgánica Constitucional contempla un examen tanto de admisión a trámite como de admisibilidad, ha determinado que si la cuestión sometida a su decisión adolece de vicios o defectos tales que hacen imposible que pueda prosperar, ello determina que sea impertinente que la Sala respectiva efectúe un examen previo de admisión a trámite y, en consecuencia, procede que la misma declare derechamente su inadmisibilidad (entre otras, sentencias roles N°s 1.890, 1.878, 1.860, 1.789, 1.834, 1.828, 1.788, 1.771 y 1.749);

7°. Que, conforme al certificado del Tribunal Calificador de Elecciones que rola a fojas 17, consta que ante dicho tribunal, en los autos Rol 196-2012, se dedujo recurso de apelación en contra de la sentencia del Tribunal Electoral de la VI Región, que rechazó la acción deducida por los mismos concejales individualizados en el considerando 1° de esta re-

solución, en contra de Virginia Troncoso Hellman, Alcaldesa de la Municipalidad de San Vicente de Tagua Tagua, por notable abandono de deberes.

El mismo certificado da cuenta de que dicha apelación fue resuelta por el Tribunal Calificador de Elecciones, declarándola inadmisibile, mediante resolución de fecha 24 de septiembre de 2012. El mismo tribunal, por resolución de 2 de octubre de 2012, rechazó la reposición deducida en contra de su resolución de inadmisibilidat, por improcedente.

Finalmente, el aludido certificado, de fecha 3 de octubre de 2012, da cuenta de que *“a la fecha de esta certificación, no existen gestiones pendientes ante este Tribunal en estos autos Rol N<sup>º</sup> 196-2012”*;

8°. Que, como se consignó en el considerando 1° de esta resolución, los concejales presentaron la presente acción de inconstitucionalidad recién con fecha 2 de octubre de 2012, siendo evidente que ya en esa fecha no existía gestión, juicio o proceso penal pendiente ante un tribunal ordinario o especial, presupuesto esencial para que esta Magistratura Constitucional pueda entrar a conocer del requerimiento de inconstitucionalidad planteado a petición de parte.

En consecuencia, en la especie no se cumple con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 93 de la Constitución Política y concurre la causal de inadmisibilidat contenida en el N<sup>º</sup> 3° del inciso segundo del artículo 54 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, por lo que la acción de inconstitucionalidad deducida en autos no puede prosperar, siendo impertinente que sea previamente acogida a tramitación y correspondiendo que este Tribunal la declare derechamente inadmisibile.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 2°, e inciso tercero, de la Constitución Política de la República y 52 a 60 y demás normas pertinentes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**Que se declara inadmisibile el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas uno.** Téngase por no presentado para todos los efectos legales. Al primer otrosí, téngase por acompañado el documento, bajo apercibimiento legal; al segundo y tercer otrosíes, atendido lo resuelto a lo principal, no ha lugar, y al cuarto otrosí, téngase presente.

Notifíquese por carta certificada al requirente. Archívese.

**Rol N<sup>º</sup> 2.317-2012**

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, Francisco Fernández Fredes, Iván Aróstica Maldonado y Domingo Hernández Empanaza. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

## ROL Nº 2.318-2012

### REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 272 DEL CÓDIGO CIVIL, ANTES DE LA VIGENCIA DE LA LEY Nº 10.271, DE ABRIL DE 1952, DEDUCIDO POR ANA FRANCISCA CASANOVA GALLARDO, JUEZ TITULAR DEL TERCER JUZGADO DE FAMILIA DE SANTIAGO

Santiago, trece de noviembre de dos mil doce.

Proveyendo a los escritos de fojas 37 y 41, estese al mérito de lo que a continuación se resolverá.

#### VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que, con fecha 2 de octubre del año en curso, doña Ana Casanova Gallardo, Jueza del Tercer Juzgado de Familia de Santiago, mediante oficio No 546 WM, de 30 de agosto de este año, ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 272 del Código Civil, en su texto anterior a la entrada en vigencia de la Ley No 10.271, de 1952, para que surta efectos en el proceso sobre reconocimiento de paternidad, RIT C-2229- 2012, RUC 12-2-0161125-1, sustanciado ante dicho tribunal;

2°. Que el artículo 93, inciso primero, Nº 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<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. 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, a su vez, 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 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 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°. Que, con fecha 11 de octubre de 2012, esta Sala acogió a trami- tación el requerimiento deducido.

6°. Que, el presente requerimiento se refiere a una norma que regu- laba, al año 1945, el reconocimiento de los hijos naturales. Entre los fun- damentos de hecho de la acción de filiación en la que incide, se señala a fojas 5, que el reconocimiento de la actora no cumplió con las solemnidades establecidas por el precepto cuestionado, motivo por el cual su calidad de hija ha sido desconocida por el Servicio de Registro Civil e Identificación en el marco de la solicitud de posesión efectiva de los bienes de su madre;

7°. Que, examinado el requerimiento, y atendido el mérito de los an- tecedentes tenidos a la vista, esta Sala concluye que la acción constitu- cional deducida no cumple con la exigencia constitucional transcrita, según la cual el requerimiento debe encontrarse “razonablemente fundado” y, en los términos aludidos por el numeral 6° del artículo 84 de la citada ley orgánica constitucional, carece de fundamento plausible, toda vez que el asunto planteado, en su esencia, envuelve cuestiones de mera legalidad, de interpretación de preceptos legales y de determinación de la normati- va aplicable a la solución de la gestión *sub lite*, ante la presencia de diver- sos preceptos para determinar el estado civil y los derechos de la deman- dante de la gestión invocada, entre los cuales se encuentran los artículos 1° y 5° transitorio de la Ley N° 19.585, el conjunto de normas del Código Civil referidas a la posesión notoria del estado civil y las disposiciones de Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes, todas normas de rango legal cuya interpretación y aplicación corresponde a la órbita de atribuciones de los jueces del fondo, en una materia ajena a la órbita de atribuciones que esta Magistratura posee en sede de inaplicabilidad;

8°. Que, a mayor abundamiento, cabe señalar que no se identifica la disposición constitucional que se supone infringida ni tampoco se especi- fica suficientemente cuál es la norma cuya aplicación se impugna;

**9º.** 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<sup>º</sup> 6º, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política y en los artículos 79, 80, 82 y 84, N<sup>º</sup> 6º, 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.**

Téngase por no presentado para todos los efectos legales.

Notifíquese y comuníquese.

Archívese.

### **Rol N<sup>º</sup> 2.318-2012**

Se certifica que el Ministro señor Gonzalo García Pino concurrió al acuerdo del fallo, pero no firma por encontrarse con licencia médica.

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta Subrogante, Ministra señora Marisol Peña Torres, y por los Ministros señores Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

## **ROL N<sup>º</sup> 2.319-2012**

### **REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 25, 25 BIS Y 26 BIS DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, DEDUCIDO POR JORGE MAXIMILIANO VARGAS BARRIOS**

Santiago, catorce de mayo de dos mil trece.

#### **VISTOS:**

Con fecha 3 de octubre de 2012, Jorge Maximiliano Vargas Barrios ha solicitado la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 25, 25 bis y 26 bis del Código del Trabajo.

Los preceptos legales cuya aplicación se impugna disponen:

“Art. 25. *La jornada ordinaria de trabajo del personal de choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana, de servicios interurbanos de transportes de pasajeros y del que se desempeña a bordo de ferrocarriles, será de ciento ochenta horas mensuales. En el caso de los choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana y de los servicios interurbanos de transporte de pasajeros, el tiempo de los descansos a bordo o en tierra y de las esperas que les corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, no será imputable a la jornada y su retribución o compensación se ajustará al acuerdo de las partes.*

*Todos los trabajadores abudidos en el inciso precedente deberán tener un descanso mínimo ininterrumpido de ocho horas dentro de cada veinticuatro horas.*

*Cuando los choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana y el personal que se desempeña a bordo de ferrocarriles arriben a un terminal, después de cumplir en la ruta o en la vía, respectivamente, una jornada de ocho o más horas, deberán tener un descanso mínimo en tierra de ocho horas.*

*En ningún caso el chofer de la locomoción colectiva interurbana podrá manejar más de cinco horas continuas, después de las cuales deberá tener un descanso cuya duración mínima será de dos horas.*

*El bus deberá contar con una litera adecuada para el descanso, siempre que éste se realice total o parcialmente a bordo de aquél.”*

“Art. 25 bis. *La jornada ordinaria de trabajo de choferes de vehículos de carga terrestre interurbana, no excederá de ciento ochenta horas mensuales, la que no podrá distribuirse en menos de veintiún días. El tiempo de los descansos a bordo o en tierra y de las esperas a bordo o en el lugar de trabajo que les corresponda no será imputable a la jornada, y su retribución o compensación se ajustará al acuerdo de las partes. La base de cálculo para el pago de los tiempos de espera, no podrá ser inferior a la proporción respectiva de 1,5 ingresos mínimos mensuales. Con todo, los tiempos de espera no podrán exceder de un límite máximo de ochenta y ocho horas mensuales.*

*El trabajador deberá tener un descanso mínimo ininterrumpido de ocho horas dentro de cada veinticuatro horas.*

*En ningún caso el trabajador podrá manejar más de cinco horas continuas, después de las cuales deberá tener un descanso cuya duración mínima será de dos horas. En los casos de conducción continua inferior a cinco horas el conductor tendrá derecho, al término de ella, a un descanso cuya duración mínima será de veinticuatro minutos por hora conducida. En todo caso, esta obligación se cumplirá en el lugar habilitado más próximo en que el vehículo pueda ser detenido, sin obstaculizar la vía pública. El camión deberá contar con una litera adecuada para el descanso, siempre que éste se realice total o parcialmente a bordo de aquél.”*

“Art. 26 bis. *El personal que se desempeña como chofer o auxiliar de los servicios de transporte rural colectivo de pasajeros se regirá por el artículo precedente. Sin perjuicio de ello, podrán pactar con su empleador una jornada ordinaria de trabajo de ciento ochenta horas mensuales distribuidas en no menos de veinte días*

*al mes. En ambos casos, los tiempos de descanso a bordo o en tierra y de las esperas que les corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, no será imputable a la jornada, y su retribución o compensación se ajustará al acuerdo de las partes. En ningún caso los trabajadores podrán conducir por más de cinco horas continuas.*

*Se entenderá como servicios de transporte rural colectivo de pasajeros, aquellos que cumplan con los requisitos que determine reglamentariamente el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.”.*

En autos Rol N<sup>º</sup> 2.319, la gestión invocada es un proceso laboral de tutela y, en subsidio, de despido injustificado, del cual actualmente conoce la Corte de Apelaciones de Santiago en sede de nulidad. El requirente es el demandante, chofer del transporte colectivo urbano de Santiago, quien señala que el despido se fundó en haber hecho denuncias al empleador por medio de la directiva sindical. La causal invocada por el empleador para poner término al contrato de trabajo fue la negativa injustificada a trabajar, la que se habría verificado, en su opinión, al haberse retirado el trabajador de su turno antes de completar el ciclo de horas de conducción que le correspondía. Los hechos aludidos fueron controvertidos por el actor, quien alegó que estuvo 7 horas y 32 minutos a disposición de su empleador (jornada pasiva incluida), con lo cual se cumpliría lo exigible por ley y el reglamento interno, el cual estipularía un máximo de 7,5 horas.

En la sentencia de primera instancia correspondiente al proceso laboral aludido precedentemente se señala que es un error de la demandante y sus testigos computar como jornada los tiempos de descanso y las esperas. En la instancia se rechazó la acción de tutela y se declaró justificado el despido, encontrándose pendiente un recurso de nulidad, por infracción de los artículos 21, 25, 25 bis, 26, 34, 160, 478, 485, 490 y 493 del Código del Trabajo, del numeral 16<sup>º</sup> del artículo 19 de la Carta Fundamental y de diversos dictámenes de la Dirección del Trabajo.

Las disposiciones constitucionales que se alegan como infringidas en la cuestión de inaplicabilidad sometida a consideración de este Tribunal son los numerales 1<sup>º</sup>, 2<sup>º</sup>, 4<sup>º</sup> y 16<sup>º</sup> del artículo 19 de la Constitución Política de la República, y el inciso segundo de su artículo 5<sup>º</sup>, en cuanto el artículo 7<sup>º</sup> del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consagra el derecho al salario y a la jornada equitativos y al tiempo libre, sin distinciones.

Más específicamente, el requirente considera que se ha vulnerado su derecho a la integridad física al verse afectado en la disposición de su tiempo y el contacto con su familia, con lo cual se vulneraría, además, la protección de su vida privada y la de su familia.

Asimismo, el requirente expresa que también se ha infringido la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, lo cual obedece, según

éste, a una infundada diferencia del régimen especial de jornada que le es aplicable con el régimen general de jornada.

Igualmente, el requirente plantea que se ha violado la garantía constitucional de la libertad de trabajo, en razón de que se libera al empleador de remunerar el tiempo que el trabajador está a disposición del empleador. Para tal efecto, el actor se apoya en lo indicado por la sentencia Rol Nº 1.852 de este Tribunal, la cual se refiere a los choferes del transporte rural, cuya jornada es regida por el artículo 26 bis del Código del Trabajo.

El requirente analiza el sentido y alcance del artículo 26 del Código del Trabajo, el cual regula la jornada de trabajo del transporte urbano colectivo de pasajeros. A este respecto, el actor señala, entre otras cosas, que por ser su empleador una empresa de trabajo continuo, en el caso *sub lite* hay derecho a descanso y espera, con 180 horas mensuales de trabajo, 45 semanales y 7,5 horas diarias, concluyéndose por éste, en definitiva, que las esperas y descansos constituyen jornada pasiva y deben remunerarse, tal como lo habría sostenido la Dirección del Trabajo.

Acogido a tramitación el requerimiento, se confirió traslado para resolver acerca de la admisibilidad y se ordenó la suspensión del procedimiento en la gestión invocada.

Oídas las partes y declarada la admisibilidad de la acción, se confirió traslado acerca del fondo del conflicto de constitucionalidad planteado.

Evacuando el traslado de fondo, la demandada en la gestión invocada, Inversiones Alsacia S.A., señala que se acreditó por sentencia del juez de la instancia que el despido del trabajador por parte del empleador se ajustó a derecho, para lo cual habría tenido incidencia la particular interpretación de las reglas aplicables a su jornada de trabajo que hace el actor.

Inversiones Alsacia S.A. agrega que los artículos 25, 25 bis, 26 y 26 bis del Código del Trabajo se refieren, en general, a las jornadas de los trabajadores del transporte. Sin embargo, el requerido hace notar que el único artículo que alude al transporte urbano colectivo de pasajeros (el cual tendría obvias diferencias con los otros tipos de transportes) es el artículo 26 del Código del Trabajo, el cual establece que si las partes acordaren cumplir en turnos la jornada ordinaria semanal (lo cual ocurre en la especie), éstos no excederán de ocho horas de trabajo, con un descanso mínimo de diez horas entre turno y turno. En todo caso, prosigue este artículo, los choferes no podrán manejar más de cuatro horas continuas.

Es por ello que el transporte urbano es conceptualizado como *“aquel que alternadamente recoge y deja usuarios en los paraderos del trayecto o recorrido constituido por calles o vías de una determinada ciudad o área poblacional”* y en él el artículo 26 establece la posibilidad de turnos, con un máximo de 8 horas por turno, un descanso mínimo de 10 horas entre turno y turno y un límite máximo de 4 horas continuas de conducción, descartando que resulten atinentes a este tipo de transporte los otros artículos.

El requerido subraya que ninguno de los preceptos respecto de los cuales se pide la declaración de inaplicabilidad es aplicable al caso del transporte urbano colectivo de pasajeros, pues la disposición que regula la actividad que desempeñaba el señor Vargas Barrios es la establecida en el artículo 26 del Código del Trabajo, norma que fue analizada por el juez de la instancia, quien determinó que no existió transgresión alguna a dicho precepto. El requerido sostiene, asimismo, que para que un precepto pueda ser declarado inaplicable, es imprescindible que la cuestión propuesta en el juicio en que incide el recurso, se halle regida por el precepto tachado de inconstitucional.

Incluso más, Inversiones Alsacia S.A. sostiene que la inaplicabilidad es una vía inidónea para impugnar lo resuelto por el juez del fondo y que la ponderación de los hechos de la gestión es de resorte exclusivo de éste, lo cual fundamenta con citas referidas a jurisprudencia de este Tribunal en relación al trámite de admisibilidad. Por todo lo expuesto, dicha empresa solicita el rechazo del requerimiento.

Concluida la tramitación del proceso, se ordenó traer los autos en relación.

Con fecha 11 de abril de 2013 se verificó la vista de la causa.

#### CONSIDERANDO:

**PRIMERO.** Que Jorge Maximiliano Vargas Barrios, operador de bus y requirente en esta causa, presentó una demanda laboral en contra de la empresa Inversiones Alsacia S.A. Esta acción judicial tuvo como finalidad obtener del Tribunal del Trabajo la declaración de que el despido del trabajador se debió a actos de represalia de la empleadora por denuncias efectuadas por medio de la directiva sindical correspondiente. En subsidio de la acción principal, en la demanda aludida se solicitó la declaración de que el despido del señor Vargas era injustificado. Luego de dictado el fallo por parte del juez de la instancia, el cual desestimó la demanda de tutela interpuesta, así como la de despido injustificado, el actor presentó un recurso de nulidad ante la Il<sup>ta.</sup> Corte de Apelaciones de Santiago. El proceso recién mencionado constituye, en definitiva, la gestión judicial pendiente del presente requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto por el señor Vargas;

**SEGUNDO.** Que, en lo que sigue, se indicará, en primer lugar, el fundamento del requerimiento. En segundo lugar, se señalarán algunos requisitos esenciales dispuestos por la Constitución Política de la República para que pueda prosperar una acción de inaplicabilidad. En tercer lugar, se manifestará qué materias propias del trámite de inadmisibilidad pueden ser resueltas en la sentencia definitiva. Finalmente, en cuarto lugar, se analizará si la aplicación de los preceptos legales impugnados resulta decisiva para la resolución del asunto;

**TERCERO.** Que, en cuanto al fundamento del requerimiento, en especial en lo que respecta a la relevancia de las disposiciones legales impugnadas para la resolución de la cuestión controvertida, el requirente centra su argumentación en que “no se consideraron los tiempos de espera y descanso del trabajador en la jornada diaria”, los cuales, si se hubiesen imputado a su jornada de trabajo, no habrían posibilitado justificar su despido (ver fojas 6). La aspiración del requirente en orden a que se incluyeran como parte de la jornada de trabajo los tiempos de espera y descanso del trabajador, lo lleva a cuestionar la constitucionalidad de los artículos 25, 25 bis y 26 bis del Código del Trabajo, los cuales tienen como regla común aquella en virtud de la cual el tiempo de los descansos a bordo o en tierra y de las esperas que les corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, no será imputable a la jornada. En esta línea argumental, sin embargo, se reconoce que los preceptos legales impugnados no son aplicables al caso. En efecto, el requirente señala que “[c]omo bien se relato (sic) más arriba, en las otras tres categorías de choferes, existen normas expresas que excluyen de la jornada de trabajo los tiempos de espera y descanso (artículos 25, 25 bis y 26 bis), sin embargo esas normas no son aplicables al caso sub litis. [...] Los choferes del transporte urbano de pasajeros se rigen por la norma del artículo 26 del Código del Trabajo, que nada dice respecto a los tiempos de descanso y espera” (fojas 7);

**CUARTO.** Que, para resolver una cuestión de inaplicabilidad, es atribución de este Tribunal, según lo dispone el inciso undécimo del artículo 93 de la Constitución Política de la República, verificar, entre otros factores, “que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución del asunto” y “que la impugnación esté fundada razonablemente”;

**QUINTO.** Que, por su naturaleza, la declaración de admisibilidad de una cuestión de inaplicabilidad, ámbito al cual están referidas las verificaciones señaladas en la consideración anterior, tiene un carácter preliminar o provisional y se subordina a lo que, después del período de discusión, se resuelva en la sentencia definitiva, una vez que el tribunal cuente con todos los antecedentes necesarios para resolver el asunto. Tal planteamiento ya ha sido expuesto por este Tribunal en el considerando segundo de la STC Rol N° 1.312;

**SEXTO.** Que en lo que respecta a si la aplicación de los preceptos legales impugnados puede ser decisiva en la resolución del asunto discutido en la gestión pendiente, resulta oportuno citar el considerando séptimo de la STC Rol N° 668 de esta Magistratura, el cual señala que el mencionado requisito “supone que el Tribunal efectúe 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 cuestión”;



**SÉPTIMO.** Que, en un sentido similar, el considerando cuarto de la STC Rol N<sup>º</sup> 1.312 de este Tribunal manifiesta “[*q*]ue la aplicación decisiva del precepto, para los fines que interesan a este proceso constitucional, tiene que ver con la causalidad directa y necesaria entre dicha aplicación y la decisión del litigio, en términos que la estimación –o rechazo– de la pretensión sea el efecto de la incidencia de la norma legal en la resolución del conflicto. Si éste puede producirse por la aplicación de otro precepto, dejará de ser decisiva la aplicación del que se impugna”;

**OCTAVO.** Que el requerimiento, como se ha expuesto, cuestiona la aplicación de los artículos 25, 25 bis y 26 bis del Código del Trabajo, pero no la disposición del artículo 26 de dicho cuerpo legal, norma en base a la cual el juez de la instancia dictó sentencia y cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada en su aplicación;

**NOVENO.** Que, en efecto, los preceptos impugnados dicen relación con la jornada laboral de trabajadores en una situación fáctica evidentemente distinta de aquella que le es aplicable al requirente, algo reconocido expresamente por éste, tal como se aprecia en la cita consignada en el considerando tercero precedente. Es así como el artículo 25 se refiere a “[*l*]a jornada ordinaria de trabajo del personal de choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana, de servicios interurbanos de transportes de pasajeros y del que se desempeñe a bordo de ferrocarriles”. Por su parte, el artículo 25 bis regula “[*l*]a jornada ordinaria de trabajo de choferes de vehículos de carga terrestre interurbana”. Y, por último, el artículo 26 bis dice relación con “[*e*]l personal que se desempeñe como chofer o auxiliar de los servicios de transporte rural colectivo de pasajeros”. En contraste con los trabajadores aludidos en los artículos impugnados, el artículo 26 del Código del Trabajo hace referencia a otro tipo de trabajadores, esto es, a aquellos que laboran en el “servicio de transporte urbano colectivo de pasajeros”, caso en el que, precisamente, se encuentra el requirente;

**DÉCIMO.** Que, en consecuencia, se puede concluir que los preceptos impugnados carecen de aplicación decisiva en la resolución del asunto, lo que basta para desestimar la acción ejercitada.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo establecido en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República, y lo dispuesto en los artículos 89 y siguientes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue establecido por el D.F.L. N<sup>º</sup> 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia,

**SE RESUELVE:**

**Rechazar el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas 1.**

Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento.

Que no se condena en costas a la requirente por haber tenido motivo plausible para litigar.

**Acordada la presente sentencia con la prevención de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake y Gonzalo García Pino** quienes, adicionalmente a lo razonado, estiman que:

1°. Que la regla aplicable en esta causa es resorte de la resolución del juez de fondo. Por tanto, el efecto del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sobre normas no atingentes al caso, exorbitan las competencias del propio Tribunal Constitucional en su decisión;

2°. Que las prácticas empresariales, las conductas anti-sindicales y el grado de cumplimiento sobre el sistema de turnos de los choferes de algunas líneas del sistema público de transporte, denominado “Transantiago”, constituyen un conflicto de legalidad propiamente tal;

3°. Que, finalmente, la naturaleza de este servicio específico, se orienta a *“satisfacer una necesidad pública, de manera regular y permanente, finalidad propia de órganos destinados al cumplimiento de la función administrativa del mismo Estado”* (STC N° 1.153, c. trigesimoséptimo), lo cual redundando en el otorgamiento de relevantes subsidios públicos para su funcionamiento y que tienen como supuesto una regularidad de la relación laboral que compromete el interés público.

Redactó la sentencia el Ministro señor Juan José Romero Guzmán, y la prevención, el Ministro señor Gonzalo García Pino.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

### **Rol N° 2.319-2012**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y por los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril. Autoriza el Secretario Subrogante del Tribunal Constitucional, señor Rodrigo Pica Flores.

ROL N<sup>º</sup> 2.320-2012

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS EXPRESIONES  
“EN LA FORMA QUE DETERMINE EL REGLAMENTO”  
E “INVÁLIDO”, CONTENIDAS EN LA LETRA A) DEL ARTÍCULO  
TERCERO DEL D.F.L. N<sup>º</sup> 150, DE 1981, DEL MINISTERIO  
DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL, QUE FIJA EL TEXTO  
REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO  
DE LAS NORMAS SOBRE EL SISTEMA ÚNICO DE PRESTACIONES  
FAMILIARES, CONTENIDO EN EL D.L. N<sup>º</sup> 307, DE 1974,  
DEDUCIDO POR MARÍA FERNANDA VILA PIÉRART Y OTRO

Santiago, catorce de agosto de dos mil trece.

**VISTOS:**

Mediante presentación de fecha 4 de octubre de 2012, el abogado Miguel Ignacio Fredes González, por sí y en representación de su cónyuge, doña María Fernanda Vila Piérart, ha deducido un requerimiento a fin de que esta Magistratura Constitucional declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las expresiones “*en la forma que determine el reglamento*” e “*inválido*”, contenidas en el artículo 3<sup>º</sup>, letra a), del D.F.L. N<sup>º</sup> 150, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 27 de agosto de 1981, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de las normas sobre Sistema Único de Prestaciones Familiares, contenido en el D.L. N<sup>º</sup> 307, de 1974.

El requerimiento de inaplicabilidad se interpuso en el marco del recurso de protección presentado por los requirentes ante la Illma. Corte de Apelaciones de Santiago, en contra de la Dirección General Administrativa del Ministerio de Relaciones Exteriores, Rol I.C. N<sup>º</sup> 29.178-2012, el que se encuentra actualmente con decreto de “*autos en relación*” y con el procedimiento suspendido por resolución de esta Magistratura.

En el requerimiento de autos, el actor explica que el recurso de protección en contra de la Dirección General Administrativa del Ministerio de Relaciones Exteriores se fundamenta en la afectación de sus garantías de igualdad ante la ley y el derecho de propiedad de su representada, al no reconocerles las respectivas calidades de causante –en su caso– y de beneficiaria –en el caso de su cónyuge– de prestaciones pecuniarias de asignación familiar, por el tiempo durante el cual esta última estuvo destinada a prestar servicios en el extranjero, en su calidad de funcionaria de carrera del servicio exterior, entre el 16 de octubre del año 2006 y el 1<sup>º</sup> de febrero de 2012.

Como antecedente, el requirente expone que mediante presentación administrativa de fecha 27 de junio de 2012 su representada acreditó ante su empleador –recurrido en la gestión pendiente– su condición de beneficiaria de asignación familiar, mediante documentos que demostraban el estado civil de casados y el requisito de vivir su cónyuge a sus expensas, solicitando el reconocimiento de la calidad y el pago de USD \$23.291 o su equivalente en moneda nacional al día del pago efectivo, por el período de 63 meses, que correspondió a su destinación en el exterior.

Hace presente que dichas solicitudes nunca fueron tramitadas por parte de la autoridad administrativa a través de un procedimiento previo legalmente establecido y fueron respondidas negativamente, aduciendo que la condición física de “*inválido*”, que exige el artículo 3º, letra a), del D.F.L. Nº 150, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social –impugnado en el presente requerimiento– no fue acreditada mediante certificado de la autoridad médica competente.

El requirente agrega que la aplicación de la referida norma legal, de contenido discriminatorio y contrario a la Constitución, motivó la interposición de un recurso de reposición y, en subsidio, de uno jerárquico, los cuales también fueron desestimados por el empleador invocando la misma disposición.

En la misma línea argumental reseñada previamente, el señor Fredes impugna, en virtud del requerimiento de inaplicabilidad ya aludido, el artículo 3º, letra a), del D.F.L. Nº 150, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, el cual establece lo siguiente:

*“Serán causantes de asignación familiar:*

*a) La cónyuge y, en la forma en que determine el reglamento, el cónyuge inválido;”* [Énfasis agregado]

El requirente señala que el reglamento al que se remite la norma impugnada fue aprobado por D.S. Nº 75, de 1974, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, texto normativo que en su artículo 6º dispone que, para ser causante de asignación familiar, el cónyuge inválido debe acreditar su doble condición mediante la correspondiente partida de matrimonio y el competente certificado otorgado por el Servicio Médico de la institución de previsión a la cual se encuentra acogida la cónyuge, lo que, estima, configura requisitos adicionales arbitrarios y discriminatorios.

Se expone por el actor que la asignación familiar, en la práctica, es una prestación mensual en dinero que se incluye dentro de los haberes de la liquidación de sueldo del funcionario destinado al exterior y que se paga en moneda extranjera, agregando que los funcionarios de género masculino del servicio exterior han sido históricamente beneficiados de este pago, sin necesidad de acreditar la condición de invalidez de su cónyuge que la norma impugnada exige.

En cuanto a los vicios de constitucionalidad aducidos, el requirente señala que tal exigencia es discriminatoria y afecta la igualdad ante la ley. Al respecto indica que la norma impugnada y el artículo citado del Reglamento deben interpretarse armónicamente en relación con los artículos 1º y 19, N.º 2º, de la Constitución Política y con los tratados internacionales sobre la materia, preceptos que consagran el deber del Estado de asegurar, proteger y promover derechos humanos fundamentales, entre los que se cuentan la igualdad ante la ley y la no discriminación por razón alguna, incluido el género de las personas.

Sobre el particular, el señor Fredes indica que la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, sancionada por D.S. N.º 789, de 1989, del Ministerio de Relaciones Exteriores, comprometió a los Estados partes, por todos los medios, a seguir una política encaminada a tales finalidades, debiendo adoptar las medidas adecuadas tendientes a modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer y asegurar en las constituciones nacionales o por ley la realización del principio de la igualdad del hombre y de la mujer. Este principio, indica el requirente, se encuentra también establecido en el Capítulo I de la Constitución Política, referido a las Bases de la Institucionalidad, el cual en su artículo 1º dispone que “*las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”, precepto del cual nace la obligación del Estado chileno de armonizar toda su legislación en el sentido de concretar la igualdad reconocida como derecho humano.

Por otro lado, añade, en el Capítulo II de la Carta Fundamental (“De los Derechos y Deberes Constitucionales”) se reitera el principio contra la discriminación arbitraria, al consagrar en el artículo 19 que “[*l*]os hombres y mujeres son iguales ante la ley” y que “[*n*]i la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

En el requerimiento se sostiene que es claro que la asignación familiar es un derecho establecido por la ley en beneficio del trabajador(a), que se incluye junto a su remuneración y que debe pagarse sin distinción de género. Es así como, se argumenta, el género no debe ser causal de discriminación porque no es objetivo ni razonable para un colectivo o grupo específico, en este caso, para las funcionarias de la Planta A del Servicio Exterior de Chile, que corresponde a la de los funcionarios que se desempeñan en el exterior.

El actor manifiesta que en el Estatuto Administrativo (D.F.L. N.º 338), de 6 de abril de 1960, que rigió hasta el año 1974, se definía la asignación familiar como un derecho de carácter alimentario de los funcionarios de la Administración Pública, que se pagaba en función de cada carga de familia que vivía a sus expensas, enumerando a quiénes se consideraba tales, sin discriminar entre cónyuge hombre o mujer del trabajador, lo

que fue modificado en el año 1974 mediante una disposición que regula la materia, contenida en el D.L. N° 307, sobre Sistema Único de Prestaciones Familiares, que significó un grave retroceso en la legislación de previsión social chilena, que ni el Poder Ejecutivo ni el Legislativo han sido capaces de enmendar.

Aludiendo a la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el requirente indica que en el artículo 17 de dicho instrumento internacional se establece el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el cual tiene como finalidad examinar los progresos realizados en la aplicación e implementación de sus disposiciones en los países que han ratificado esta Convención. El actor recuerda que en el año 2006 se instó al Estado de Chile a derogar o modificar *sin dilaciones todas las disposiciones legislativas que constituyan discriminación contra la mujer y a cubrir las lagunas legislativas y sancionar las demás leyes necesarias a fin de que el marco jurídico del país cumpla plenamente las disposiciones de la Convención y garantice la igualdad entre el hombre y la mujer, tal y como se consagra en la Constitución.*

En cuanto a la afectación del derecho de propiedad, el señor Fredes indica que la discriminación de género en el pago de las asignaciones familiares, como producto de la aplicación del precepto impugnado, no es de forma alguna inocua para los funcionarios de género femenino y, en lo concreto, afecta el patrimonio de su representada y de su familia, por cuanto es una merma económica periódica y regresiva para la adecuada asistencia de las cargas familiares en el exterior.

El requirente agrega que se comete, igualmente, una violación del igual trato remunerativo al establecer una brecha remuneracional entre hombres y mujeres del servicio exterior, que perjudica claramente a las mujeres funcionarias durante toda su carrera profesional.

En el requerimiento se cita la STC Rol N° 1.414, así como legislación y jurisprudencia europea, para terminar señalando que la norma obedece a una concepción de inferioridad de la mujer que no se condice con los tiempos modernos. Se argumenta que el legislador no debió haber realizado ninguna diferenciación entre “la cónyuge” y “el cónyuge”, ya que ello constituye una discriminación odiosa, carente de justificación lógica, racional y objetiva, al importar una negación o contravención a la conducta debida de respeto al derecho a no ser discriminado y obtener un trato igual cuando las personas se encuentran en una situación cuyas condiciones sean al menos similares para efectos de la aplicación de la norma.

Por resolución de fecha 12 de octubre del año 2012, escrita a fojas 59, se admitió a trámite el presente requerimiento y, por resolución de fecha 8 de noviembre del mismo año, escrita a fojas 91 y siguientes, se declaró admisible y se decretó la suspensión del procedimiento de la gestión en que incide.

Pasados los autos al Pleno, el Tribunal, por resolución de fecha 28 de noviembre de 2012, escrita a fojas 128 y siguiente, ordenó practicar las comunicaciones pertinentes a los órganos constitucionales interesados y la notificación a las partes de la causa *sub lite*, previstas en el artículo 86 de la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal.

Evacuando el traslado conferido, el Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante presentación de fecha 12 de diciembre de 2012, agregada a fojas 135 y siguientes, se limitó a hacer presente que al contestar el traslado de admisibilidad había proporcionado los antecedentes que le fueron solicitados, los cuales contienen la posición oficial de dicha entidad acerca del asunto controvertido, agregando que ratifica la postura contenida en dichos antecedentes, en los que se contienen las razones de hecho y de derecho que impiden acceder a lo solicitado por la señora Vila Piérart, en orden a reconocerle a su cónyuge la condición de causante de asignación familiar.

En dicha oportunidad, el referido Ministerio acompañó copia del informe Oficio Pub. N<sup>º</sup> 11824, de 28 de septiembre del año 2012, elaborado con ocasión del recurso de protección presentado por las requirentes ante la Il<sup>ta</sup>. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Ingreso Corte N<sup>º</sup> 29.178-2012, que constituye la gestión pendiente, el que se encuentra agregado a fojas 74 y siguientes.

El informe del Ministerio de Relaciones Exteriores efectúa, en primer término, un breve análisis histórico de las normas jurídicas que durante los últimos cuarenta años han regulado el tema de las “Asignaciones Familiares”, señalando que el D.L. N<sup>º</sup> 307, de 7 de febrero de 1974, estableció un Sistema Único de Prestaciones Familiares, al cual quedó afecto dicho Ministerio, por disponerlo así la letra a) del artículo 2<sup>º</sup> de dicho cuerpo legal, estableciendo el artículo 3<sup>º</sup> quiénes eran los causantes de la franquicia remuneratoria, señalando en su letra a), “*la cónyuge y, en la forma que determine el reglamento, el cónyuge inválido*”, haciendo una clara diferencia entre el cónyuge de género femenino y el de género masculino.

El mencionado Informe agrega que mediante el D.F.L. N<sup>º</sup> 150, de 27 de agosto de 1981, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, se fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de las normas sobre Sistema Único de Prestaciones Familiares, reiterando en su artículo 3<sup>º</sup>, letra a), que sólo causará asignación familiar el cónyuge inválido, estableciendo además el artículo 5<sup>º</sup> un requisito común para la percepción de los beneficios de asignación familiar y/o maternal, cual es que los causantes no disfruten de una renta, cualquiera que sea su origen o procedencia, igual o superior al cincuenta por ciento del ingreso mínimo mensual a que se refiere el inciso primero del artículo 4<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 18.806.

De lo anterior, indica el referido Informe, se infiere unívocamente que el cónyuge varón, para ser causante de asignación familiar de su mujer funcionaria, debe acreditar, además de su estado de invalidez, esto es, de encontrarse físicamente impedido para ganarse el sustento, que no percibe rentas de cualquier naturaleza u origen, iguales o superiores a medio ingreso mínimo mensual, ninguna de cuyas exigencias se ha acreditado ante las instancias competentes.

El Ministerio también rebate la argumentación del recurrente en la gestión pendiente en virtud de la cual el artículo 36 del D.F.L. N° 33, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 2 de enero de 1979, haría diferencia entre el causante de asignación familiar de género femenino y el de género masculino al señalar que “[e]l monto de la asignación familiar para los funcionarios del Servicio Exterior, Planta A, Presupuesto en Moneda Extranjera, será fijado anualmente por decreto supremo de este Ministerio, más el porcentaje de costo de vida, aplicado a cada carga”. Dicho Ministerio sostiene que esa argumentación es errónea, tal como ha quedado establecido en la reiterada jurisprudencia de la Contraloría General de la República (v.gr., dictámenes N°s 37.846, de 1997, y 52.103, de 2002, los cuales han dejado meridianamente claro que el referido texto normativo se refiere únicamente al modo de fijar el aludido beneficio, por lo que en lo no regulado rigen las disposiciones generales existentes sobre el particular, esto es, el artículo 3°, letra a), del D.F.L. N° 150, ya referido.

El Ministerio manifiesta asimismo que la decisión negativa de reconocerle la calidad de causante de asignación familiar al cónyuge de la funcionaria de la Planta del Servicio Exterior de dicha Cancillería es producto de la aplicación irrestricta de las normas legales reseñadas, no existiendo en su actuar ánimo alguno de discriminación de género, a lo que agrega que de haber actuado en sentido contrario, esto es, haber pagado un beneficio económico a quien no reúne los requisitos legales para ello, habría dado origen al respectivo reparo por la Contraloría General de la República, la que habría ordenado el inmediato reintegro de las sumas pagadas y la determinación de la eventual responsabilidad administrativa a través de un proceso disciplinario.

En otro orden de consideraciones, el Informe señala que los recurrentes, equivocadamente, creen encontrar fundamento para calificar el actuar del Ministerio como arbitrario y discriminatorio en el hecho de que el Estado de Chile haya suscrito en el ámbito internacional convenios conducentes a la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, sin que a la fecha se hayan materializado en el derecho interno todos los cambios que resultan necesarios. En efecto, el Ministerio plantea que es a los órganos co-legisladores a quienes les corresponde abordar ese tipo de materias. Al Ministerio, por el contrario, no le correspondería más que aplicar el derecho vigente a la época en que se impetra el beneficio económico de que se trata.



En lo tocante a las garantías constitucionales supuestamente amagadas, el Informe señala que no ha sido dicho Ministerio el que ha hecho una diferencia arbitraria entre la cónyuge de género femenino y el cónyuge de género masculino para efectos del reconocimiento de la asignación familiar a uno u otro, sino que el propio legislador es quien ha sido más exigente con el cónyuge varón.

En el Informe se agrega que los requirentes quieren constituir un derecho del cual carecen, para cuyo efecto la acción cautelar de protección no es la vía idónea, sino que un procedimiento de lato conocimiento.

En el mismo sentido, en lo tocante a la garantía del derecho de propiedad, amparada en el numeral 24<sup>º</sup> del artículo 19 de la Carta Fundamental, se señala en el informe que mal podría estimarse que el derecho que reclaman se ha incorporado a su patrimonio como un bien de naturaleza incorporal si éste nunca les ha sido reconocido por ausencia de requisitos habilitantes.

Y, por último, en relación con la garantía prevista en el numeral 20<sup>º</sup> del artículo 19 de la Constitución, sobre la igual repartición de los tributos, sostiene que resulta inoficioso analizar una supuesta infracción a una garantía constitucional no mencionada en la enumeración taxativa contemplada en el artículo 20 del texto constitucional.

Concluida la tramitación del proceso, por resolución de fecha 27 de diciembre de 2012 se ordenó traer los autos en relación y agregar el requerimiento al Rol de Asuntos en Estado de Tabla. Con fecha 21 de marzo de 2013 se verificó la vista de la causa, alegando por la parte requirente el abogado Miguel Ignacio Fredes González y, por la parte requerida, la Dirección General Administrativa del Ministerio de Relaciones Exteriores, el abogado del Consejo de Defensa del Estado, Christian Gutiérrez Rodríguez, quien asumió su representación mediante presentación de la misma fecha.

Por resolución de fecha 26 de marzo de 2013, escrita a fojas 147 y siguiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley Orgánica de esta Magistratura, se decretó como medida para mejor resolver que el Ministerio Secretaría General de la Presidencia enviara todos los antecedentes que estimara pertinentes para la acertada resolución del presente requerimiento y, específicamente, informara acerca de: **1<sup>º</sup>**. Cuántos, dentro del universo total de trabajadores, son beneficiarios de asignación familiar en razón de ser su cónyuge causante de la misma, conforme al D.F.L. N<sup>º</sup> 150, de 27 de agosto de 1981, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de las normas sobre Sistema Único de Prestaciones Familiares y Sistema de Subsidios de Cesantía para los trabajadores del sector privado y público, contenidas en los D.L. N<sup>os</sup> 307 y 603, de 1974. Y el monto total de lo gastado por tal concepto en los últimos 10 años; **2<sup>º</sup>**. Cuántos, dentro del total de

trabajadores por los que se consulta en el punto primero, son hombres y cuántas son mujeres; 3°. Si existen antecedentes estadísticos significativos respecto del total de trabajadoras, jefas de hogar, cuyos cónyuges vivan a sus expensas; 4°. Cuántos de los funcionarios del Servicio Exterior, Planta "A", del Ministerio de Relaciones Exteriores, son beneficiarios de la asignación en razón de ser su cónyuge causante de la misma y la indicación del monto total gastado por tal concepto en los últimos 10 años; 5°. Cuántos, dentro del total de trabajadores por los que se consulta en el número anterior son hombres y cuántas son mujeres; y 6°. Si existe algún proyecto o anteproyecto de ley en el que se elimine la exigencia de invalidez que impone al cónyuge el D.F.L. citado en el N° 1° para ser considerado causante de asignación familiar, y los costos estimados de la implementación de tal medida legislativa.

Mediante presentación de fecha 6 de abril del año en curso, agregada a fojas 153 y siguientes, la referida Secretaría de Estado dio cumplimiento a lo ordenado, informando en relación a los puntos 1° y 2° que en el sistema que administra la Superintendencia de Seguridad Social (SIAGF) se registran 791.615 causantes cónyuges con reconocimientos vigentes, número que considera tanto a aquellos que dieron como a los que no dieron lugar al pago del beneficio, por tener el causante un ingreso superior al límite establecido, de los cuales 791.295 son mujeres y 320 son cónyuges varones inválidos. De esta cifra de 320 causantes, 141 beneficiarias son trabajadoras y 179 son pensionadas.

En cuanto al gasto, el Ministerio Secretaría General de la Presidencia señala que no se dispone de información respecto al monto involucrado en el pago de asignaciones familiares y maternales por los diferentes tipos de causantes, por lo que, utilizando el número de causantes indicado anteriormente y considerando que el beneficio es uniforme para un mismo tramo de ingreso del beneficiario, la cifra ascendería a \$1.775.488.000.

Dicho Ministerio hace presente que la Asignación Familiar establecida en el D.F.L. N° 150, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, del año 1981, es independiente de aquellas asignaciones que contempla el D.F.L. N° 33, de 1979, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que no se financian con cargo al Fondo Único de Prestaciones Familiares y Subsidios de Cesantía (FUPF), sino que con los recursos que a dicho Ministerio se le asignen en la Ley de Presupuestos, por lo que la información proporcionada no incluye el monto en dólares que por este concepto paga esa Secretaría de Estado.

En cuanto a lo consultado en el punto 3°, en orden a si existen antecedentes estadísticos significativos respecto del total de trabajadoras, jefas de hogar, cuyos cónyuges vivan a sus expensas, indica que no se dispone de información y que sólo se sabe que 320 habrían reconocido a sus cónyuges inválidos como causantes.

En relación a lo consultado en los puntos 4<sup>º</sup> y 5<sup>º</sup>, referido a cuántos de los funcionarios del Servicio Exterior, Planta “A”, del Ministerio de Relaciones Exteriores, son beneficiarios de la asignación en razón de ser su cónyuge causante de la misma, el Ministerio Secretaría General de la Presidencia señala que, según la información proporcionada por el Director General Administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, en el mes de marzo del presente año, los beneficiarios fueron 217 funcionarios hombres, no existiendo beneficiarias mujeres.

Y en cuanto al monto total gastado por tal concepto, indica que no es posible proporcionarlo, porque la información, que proviene del Sistema de Gestión Financiera del Estado, no permite acceder al detalle desglosado por carga, comprendiendo la entregada a los cónyuges, hijos y otros causantes de los funcionarios de planta en el exterior.

Finalmente, en cuanto a lo consultado en el punto 6<sup>º</sup> en orden a si existe algún proyecto o anteproyecto de ley en el que se elimine la exigencia de invalidez que impone al cónyuge el D.F.L. citado en el N<sup>º</sup> 1<sup>º</sup> para ser considerado causante de asignación familiar, y los costos estimados de la implementación de tal medida legislativa, la respuesta señala que existe en actual tramitación un proyecto de ley, que se encuentra en segundo trámite constitucional y que está radicado en la Comisión de Relaciones Exteriores, que en su artículo 1<sup>º</sup>, N<sup>º</sup> 8, modifica el artículo 37 del D.F.L. N<sup>º</sup> 33, de 1979, que agrega un inciso del siguiente tenor: “*Será causante de asignación familiar el cónyuge de la funcionaria de la Planta “A” del Servicio Exterior; Presupuesto en Moneda Extranjera, en el caso que ella se desempeñe en un país en que el referido cónyuge no trabaje.*”.

Se agrega que el informe financiero de la época (2008) estimó que la implementación de la medida tendría un costo anual de USD \$37.000, a razón de 12 cónyuges beneficiarios.

Se hace presente, además, que en la actualidad se está estudiando una revisión integral a la orgánica del Ministerio de Relaciones Exteriores, que incluye la consideración del cónyuge hombre como causante de asignación familiar y que el referido Ministerio habría estimado preliminarmente en abril del año 2012 en USD \$130.000 anuales el costo de esta medida, monto que considera la Planta Servicio Exterior y Planta Secretaría y Administración General de la Subsecretaría de Relaciones Exteriores.

Con fecha 16 de abril del año en curso se dio cuenta del cumplimiento de la medida para mejor resolver, lo que se tuvo por cumplido por resolución del Pleno de este Excmo. Tribunal de la misma fecha, escrita a fojas 181, adoptándose con esa misma fecha el acuerdo.

#### CONSIDERANDO:

**PRIMERO.** Que doña María Fernanda Vila Piérart, funcionaria de la Planta del Servicio Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores de

Chile, dedujo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de las expresiones “*en la forma que determine el reglamento*” e “*inválido*” contenidas en el artículo 3º, letra a), del D.F.L. Nº 150, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1981, el cual fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de las normas sobre el Sistema Único de Prestaciones Familiares contenido en el D.L. Nº 307, de 1974;

**SEGUNDO.** Que la gestión pendiente en que incide el requerimiento de autos es una acción de protección interpuesta por la requirente y su cónyuge en contra de una carta denegatoria de una solicitud de reconocimiento de la respectiva calidad de beneficiario y causante de asignación familiar (y el correspondiente pago), emitida por el Director General Administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores;

**TERCERO.** Que, en efecto, la funcionaria diplomática señora Vila Piérart aspira a que se le reconozca la calidad de beneficiaria de asignación familiar en consideración a su cónyuge o causante, quien viviría a sus expensas. El Ministerio de Relaciones Exteriores aduce como fundamento de su negativa lo dispuesto en el artículo 3º, letra a), del D.F.L. Nº 150 ya aludido, en cuanto a que sólo el cónyuge que sea inválido (condición física que no tendría ni estaría acreditada) es causante de asignación familiar. Es así como dentro del marco del recurso de protección se alega la inconstitucionalidad de algunas expresiones del artículo 3º, letra a), del D.F.L. Nº 150, con el objeto de que éstas se declaren inaplicables en la gestión pendiente;

**CUARTO.** Que, en lo que sigue, se explicará, en primer lugar, que existe una diferencia de trato entre el cónyuge hombre y mujer para efecto del pago del beneficio de asignación familiar. En segundo lugar, se revelará cuál es la finalidad de la norma que sustenta el beneficio de la asignación familiar. En tercer lugar, se advertirá la falta de razonabilidad de la diferencia que estatuye la norma impugnada en consideración a la finalidad de la misma. En cuarto lugar, se argumentará que el derecho constitucional de igualdad ante la ley, en particular de aquella que debe existir entre hombres y mujeres, no puede ser desplazado por hipotéticas consideraciones presupuestarias para el Estado. Y, por último, se concluirá con la declaración de inaplicabilidad de la norma impugnada;

## I DIFERENCIA DE TRATO

**QUINTO.** Que el D.L. Nº 307, de 7 de febrero de 1974, estableció un Sistema Único de Prestaciones Familiares, al cual quedó afecto el Ministerio de Relaciones Exteriores por así disponerlo la letra a) del artículo 2º de dicho cuerpo legal. Por su parte, el artículo 3º del decreto ley aludido señaló quiénes eran los causantes de la asignación familiar, norma reite-

rada en el D.F.L. N<sup>º</sup> 150 ya mencionado, indicándose que sólo causará asignación familiar el cónyuge inválido. En efecto, la letra a) del artículo 3<sup>º</sup> del D.F.L. N<sup>º</sup> 150, norma que contiene las expresiones impugnadas en autos, dispone lo siguiente:

*“Serán causantes de asignación familiar:*

*La cónyuge y, en la forma que determine el reglamento, el cónyuge inválido;”;*

**SEXTO.** Que, tal como puede apreciarse de la disposición recién citada, resulta evidente la existencia de una diferencia de trato entre los cónyuges mujer y hombre. Para ser causante de asignación familiar, al cónyuge (hombre), a diferencia de la cónyuge (mujer), se le exige poseer una condición adicional: tener la calidad de inválido;

## II

### FINALIDAD DE LA NORMA

**SÉPTIMO.** Que la asignación familiar es una prestación pecuniaria que la sociedad otorga en forma periódica a la familia y que se paga en relación con las cargas que viven a expensas del proveedor o proveedora del hogar. El criterio esencial es que el causante viva a expensas del beneficiario;

**OCTAVO.** Que la noción de asignación familiar recién indicada puede desprenderse tanto de cierta literatura especializada como, fundamentalmente, de los mensajes presidenciales de los proyectos de ley que sirven de antecedente a la dictación del D.L. N<sup>º</sup> 307, de 1974;

**NOVENO.** Que, así, en el Mensaje del presidente Eduardo Frei Montalva con que se inició el primer proyecto de ley sobre asignaciones familiares se destacó que: “[p]rimariamente, el objetivo del otorgamiento de las asignaciones familiares es el de auxiliar económicamente a las familias, en razón de las cargas de familia que pesan sobre los jefes del hogar” (Actas de la Cámara de Diputados, Sesión N<sup>º</sup> 40, 4 de enero de 1966, p. 3862, citado en la p. 76 del tomo 9 de la transcripción de antecedentes de los Decretos Leyes dictados por la H. Junta de Gobierno);

**DÉCIMO.** Que, a su vez, durante el gobierno del presidente Salvador Allende Gossens se envió a tramitación un nuevo proyecto de ley sobre la materia. Éste, en su Mensaje, dejaba claro, en un sentido similar, que el objeto de la asignación familiar es “dar cobertura a un estado de necesidad que le produce al trabajador el crecimiento de la familia, la alimentación, la educación y el cuidado de los hijos y de las otras personas a su cargo.” (Actas de la Cámara de Diputados, Sesión N<sup>º</sup> 4, 26 de octubre de 1971, p. 315, citado en la p. 93 del tomo 9 de la transcripción de antecedentes de los Decretos Leyes dictados por la H. Junta de Gobierno);

**DECIMOPRIMERO.** Que no consta en las actas que dan cuenta de la tramitación legislativa del D.L. N<sup>º</sup> 307, de 1974, un cambio de criterio

en relación a los antecedentes mencionados en las dos consideraciones previas;

**DECIMOSEGUNDO.** Que, coincidentemente, Héctor Humeres Noguera sostiene que las asignaciones familiares son “*prestaciones pecuniarias que la comunidad otorga en forma periódica a la familia en relación con las cargas que viven a expensas del jefe del hogar*” (*Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Editorial Jurídica de Chile, 2010, tomo III, p. 374);

### III

#### FALTA DE RAZONABILIDAD DE LA NORMA EN RELACIÓN A SU FINALIDAD

**DECIMOTERCERO.** Que, habiéndose identificado la noción y objetivo de la asignación familiar, cabe evaluar si la diferencia de trato entre el cónyuge hombre y la cónyuge mujer que consagra la norma legal impugnada tiene o no una justificación razonable en atención, precisamente, a la finalidad de ésta;

**DECIMOCUARTO.** Que si el criterio esencial para el pago de una asignación familiar es el vivir a expensas de aquel cónyuge proveedor o proveedora de una familia, no se justifica realizar una distinción según el sexo del causante y del beneficiario. En este caso, la norma impugnada realiza una discriminación arbitraria entre la mujer que vive a expensas de un diplomático y el hombre que vive a expensas de una diplomática (en cuyo caso se le agrega la exigencia de invalidez para su pago). En otras palabras, la norma legal reprochada consagra una diferencia de trato carente de razonabilidad entre dos categorías de personas (cónyuge hombre y cónyuge mujer) que se encuentran en una condición similar;

**DECIMOQUINTO.** Que, desde el punto de vista constitucional, cuando el criterio para establecer la diferencia de trato sea el sexo, la razonabilidad de la justificación debe ser especialmente fuerte. En efecto, el artículo 19, N° 2°, de la Constitución no sólo establece la regla general que dispone que “[n]i la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias” (inciso segundo), sino que se declara expresamente que “[h]ombres y mujeres son iguales ante la ley” (oración final del inciso primero);

### IV

#### INCIDENCIA DEL IMPACTO ECONÓMICO (PRESUPUESTARIO) EN EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS CONSTITUCIONALES

**DECIMOSEXTO.** Que un eventual temor que podría producirse con la declaración de inaplicabilidad del precepto legal impugnado podría ser el impacto económico que existiría si el mismo razonamiento se utilizara a nivel general para los casos de prestaciones económicas de seguridad

social en que se hace la distinción entre mujer y hombre inválido. A este respecto se harán dos reflexiones: la primera dice relación con los datos numéricos recibidos en virtud de la medida para mejor resolver decretada en autos y la segunda se refiere a cuán determinante debe ser el tema presupuestario para el reconocimiento de derechos constitucionales;

**DECIMOSÉPTIMO.** Que respecto de los datos recibidos en virtud de la medida para mejor resolver, es posible sostener que éstos son de escasa ayuda para arribar a conclusiones. En efecto, las estimaciones resultan distorsionadas por el hecho de que éstas se construyen desconociendo a cuántos de los 791.615 causantes de asignación familiar se les paga realmente el beneficio (e incluso, más específicamente, a cuántos de los cónyuges varones inválidos se les paga el beneficio y a cuántos de los cónyuges varones –inválidos o no– se les pagaría el beneficio de verse alterada la norma general común). Distinto es el caso de los cálculos para los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, en donde el cálculo resulta más sencillo de hacer y el impacto presupuestario, como es esperable, resulta menor: US\$130.000 anuales (lo que se explica porque son pocas las mujeres que ingresan al servicio exterior);

**DECIMOCTAVO.** Que en cuanto a la incidencia del impacto presupuestario para el Estado en el reconocimiento de derechos constitucionales (como la igualdad ante la ley de hombres y mujeres), hay que hacer una distinción. Un asunto es la libertad o discreción que el legislador tiene para fijar el umbral de cobertura de la prestación (para lo cual no es indiferente la restricción presupuestaria que exista) y otro distinto es la prohibición constitucional de discriminación arbitraria. Ambas facetas pueden complementarse, de modo que lo primero no debiera ser incompatible con lo segundo. No es lo mismo cuidar el presupuesto fiscal vulnerando normas constitucionales (algo jurídicamente inadmisibles) que cuidar dicho presupuesto de manera directa, clara y sin vulneración de derechos. Esto último ocurriría, por ejemplo, si de acuerdo a parámetros constitucionales válidos se limitara el universo de beneficiarios de la asignación familiar según la remuneración que se tenga o si se rebajara el monto mismo del beneficio (aspectos, estos últimos, en que el legislador goza de un amplio margen de discrecionalidad);

**DECIMONOVENO.** Que conforme a la doctrina que ha sustentado este Tribunal con anterioridad, en el sentido de que habiendo acogido una causal de inconstitucionalidad para estimar un requerimiento no corresponde pronunciarse sobre la otra aducida, no se emitirá pronunciamiento sobre el otro vicio de inconstitucionalidad invocado por el requirente;

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en los artículos 19, N<sup>º</sup> 2<sup>º</sup>, 93, incisos primero, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, y undécimo, de la Constitución Política de la República y

en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional;

**SE RESUELVE:**

**Acoger el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas 1.**

Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 94. Oficiese al efecto a la Il.tra. Corte de Apelaciones de Santiago.

**Los Ministros Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino comparten la sentencia con la siguiente prevención:**

1°. Que es decisión del juez de fondo verificar la naturaleza de los derechos del requirente y la consideración acerca de si se encuentran prescritos o no. Por tanto, la determinación de esta Magistratura solamente se atiene a la gestión pendiente que fue estimada admisible por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional el día 8 de noviembre de 2012;

2°. Que el considerando decimoquinto establece que la razonabilidad de la justificación basada en criterios de sexo exige una fuerte argumentación que fundamente la diferencia. Por lo mismo, si bien el artículo 3°, letra a), del D.F.L. N° 150 carece de un poder autoexplicativo que logre justificar su disposición, esto es, que tratándose de una asignación familiar respecto de la cual dos trabajadores se hallen en la misma posición, adicionalmente, se le exija al hombre ser inválido para la percepción del beneficio. Sin embargo, cabe preguntarse si el estatuto funcionario del diplomático permite una justificación a un criterio que se desmarca de la norma constitucional del artículo 19, N° 2, que dispone que “*hombres y mujeres son iguales ante la ley*”;

3°. Que en el test de igualdad es esencial verificar alguna norma del estatuto del diplomático que habilite a un cumplimiento diferenciado de la percepción del beneficio de asignación familiar;

4°. Es así como el artículo 57 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares dispone que:

*“1. Los funcionarios consulares de carrera no ejercerán en provecho propio ninguna actividad profesional o comercial en el Estado receptor.*

*2. Los privilegios e inmunidades previstos en este capítulo no se concederán:*

*a) a los empleados consulares o a los miembros del personal de servicio que ejerzan una actividad privada de carácter lucrativo en el Estado receptor;*

*b) a los miembros de la familia de las personas a que se refiere el apartado a) de este párrafo, o a su personal privado;*

*c) a los miembros de la familia del miembro de la oficina consular que ejerzan una actividad privada de carácter lucrativo en el Estado receptor”;*

5°. Que, por tanto, esta legislación propia del estatuto del diplomático impide el ejercicio de actividades privadas lucrativas alcanzando, también, a los familiares de los representantes diplomáticos en el Estado re-



ceptor. Bajo estas reglas, la diferencia de trato se vuelve aún más patente. El dilema para el cónyuge del diplomático chileno en comisión de servicios en el exterior es claro: o viaja sin familia o la acompaña sin trabajo;

6°. Que, en tal sentido, la asignación familiar para el diplomático, por su conversión a moneda extranjera bajo reglas diversas a una asignación familiar de subsidio común, la transforma en una asignación *sui generis* cuya justificación adquiere pleno sentido a la luz del artículo 57 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares;

7°. Que la ausencia de este beneficio a favor del cónyuge varón impone un requisito nuevo para el despliegue del ejercicio de una libertad de la mujer en el plano laboral. Importa agregarle un costo añadido que, respecto de las funcionarias diplomáticas, se ha encargado de reconocer la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Es así como el artículo 8° de esta Convención dispone que:

*“Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar a la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre y sin discriminación alguna, la oportunidad de representar a su gobierno en el plano internacional y de participar en la labor de las organizaciones internacionales.”*

Asimismo, el artículo 11 de la mencionada Convención, en su aplicación al mundo del trabajo dispone que *“los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular:*

*(...) c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico;*

*d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo”;*

8°. Que, por tanto, cabe estimar que el ejercicio de un derecho laboral para una diplomática, por la ausencia de una asignación familiar bajo reglas no razonables, desproporcionadas y carentes de justificación se transforman en un sacrificio que no está fundada en ninguna norma constitucional y que constituye una vulneración del artículo 19, N<sup>º</sup> 2, de la Constitución.

**Acordada la sentencia con el voto en contra de los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado, Domingo Hernández Emparanza y señora María Luisa Brahm Barril**, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento por considerar que la norma impugnada no contraviene la Constitución Política, considerando las razones siguientes:

1°. Que, en nuestro país, las prestaciones familiares son parte del Sistema Único de Prestaciones Familiares (SUPF), regulado por el D.F.L. N° 150, de 1981, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, en donde el beneficio pecuniario asociado al reconocimiento de causante se paga mensualmente a los beneficiarios, cuyo ingreso mensual no exceda del máximo que anualmente se fija por ley. Destaca como mérito de este sistema, el haber establecido igualdad de requisitos o exigencias para conceder el beneficio.

Para el año 2012, la Ley N° 20.614 estableció que sólo reciben el pago del referido beneficio pecuniario quienes tienen ingresos de hasta \$495.047, existiendo tres tramos de asignación, los que alcanzan las sumas de \$7.744, \$5.221 y \$1.650, respectivamente;

2°. Que el personal del Servicio Exterior de la Planta A del Ministerio de Relaciones Exteriores (D.F.L. N° 33, de 1979), en materia de asignaciones familiares, está sujeto a un régimen especial, sin tope de remuneraciones, que tratándose de la requirente asciende a la suma de \$1.709.833. Es decir, más de tres veces lo previsto para el régimen general, lo que evidentemente constituye un privilegio de mayor magnitud al establecido para la generalidad de los trabajadores chilenos.

Lo anterior, no obstante, que para acceder al goce de las asignaciones familiares, los causantes deben reunir las calidades exigidas en el D.F.L. N° 150, ya citado, normativa de carácter general, considerando que el D.F.L. N° 33 no contiene normas que permitan determinar quiénes son beneficiarios y causantes de asignación familiar, como tampoco los requisitos que deben cumplirse para obtener tal beneficio;

3°. Que la expresión “inválido” del artículo 3°, letra a), del D.F.L. N° 150 que se impugna, es razonable, y su aplicación no genera mayores gravámenes sobre el derecho de igualdad ante la ley, cuya titular es la requirente, quien ya se encuentra en una situación más favorable frente al resto de las chilenas, tal como se ha señalado y que la presente sentencia privilegia aún más, perdiendo la razonabilidad original;

4°. Que a expresión “inválido” tampoco constituye una diferencia arbitraria, contraria a la Carta Fundamental, pues su finalidad es generar un ámbito de protección especial, respecto de las personas cuya condición física las sitúa en un estado de inferioridad respecto de la generalidad de ellas, orientado hacia la solidaridad. Usando para tal propósito una técnica de igualdad como diferenciación y estableciendo como titular del beneficio previsional exclusivamente a los que poseen una carencia física.

Es en dicho contexto que, dependiendo del objetivo y recursos disponibles, en determinados casos se ha favorecido a beneficiarias mujeres, estableciendo prestaciones de las que sólo ellas pueden ser titulares o contemplando normas que le reconocen la calidad de causante, estatuyendo menores exigencias que aquellas previstas en el caso de los hombres. Ya

lo señaló la STC Rol N<sup>º</sup> 1.710 de este mismo Tribunal: “*La igualdad entre hombres y mujeres no puede ser absoluta, incluso para resguardar el beneficio de la propia mujer*” (c. centesimoquinto), siguiendo un criterio recogido abundantemente en nuestra legislación;

5<sup>º</sup>. Que, a este criterio responden –además del SUPF, que reconoce a la cónyuge la condición de causante, mientras que el cónyuge debe ser inválido para ser carga–, entre otros, los siguientes precedentes legislativos:

1. El artículo 7<sup>º</sup> transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 20.405, que estableció una pensión sólo a favor de la cónyuge sobreviviente de los beneficiarios de pensión de reparación por víctimas de violaciones a los derechos humanos;
2. EL artículo 70 bis, inciso primero, de la Ley N<sup>º</sup> 18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile, que dispone que tienen derecho a montepío, en primer grado, la viuda del funcionario de Carabineros o, en su caso el viudo que siendo inválido absoluto o mayor de 75 años, no perciba pensión o rentas;
3. Una norma similar se contiene en el inciso primero del artículo 88 bis de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, N<sup>º</sup> 18.948, y
4. La Ley N<sup>º</sup> 16.744, sobre accidentes del trabajo, que ante la muerte del trabajador, concede una pensión vitalicia a la cónyuge superviviente mayor a 45 años o inválida de cualquier edad;

Además, la normativa aludida coincide con los criterios sustentados en la materia por el Derecho Internacional de la Seguridad Social: “*Las prestaciones monetarias en caso de fallecimiento del sostén de la familia consistirán en un pago periódico a las siguientes personas: a la viuda, de acuerdo con lo que prescriba la legislación nacional; al viudo a cargo e incapacitado (...)*”, prescribe el inciso primero del artículo 18, del Convenio N<sup>º</sup> 121 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Chile en 1999;

6<sup>º</sup>. Que, en definitiva, menos que acreditar el establecimiento de una “diferencia arbitraria”, la sentencia precedente nada más ha podido intuir que la ley reprochada adolecería en la actualidad de una “*omisión parcial*”: que, con el transcurso del tiempo, habría devenido inconstitucional por no favorecer a un segmento minoritario de funcionarios.

No es que el legislador, en este caso, frente a la presencia de unas mujeres trabajadoras con maridos viviendo a sus expensas, y pudiendo beneficiarlas, haya decidido –*ex profeso*– negarles el pago de la asignación familiar, tendenciosamente o por animadversión, acaso con el designio de privilegiar caprichosamente a otro tipo ideal de prole. Más bien se trata de una decisión legislativa que, puesta a distribuir recursos fiscales escasos, ha optado por focalizarlos en los sectores más mayoritarios de la población y sobre la base de un criterio que resulta atendible, sin perjuicio de las perfecciones que decida introducir a posteriori;

7°. Que, por último, el fallo de mayoría de esta Magistratura se extralimita en cuanto derechamente legisla, al extender un beneficio a personal de la Administración Pública que antes no tenía, por la vía de extraer una palabra (“inválido”) de la norma vigente.

Es más, ni siquiera el Congreso Nacional podría haber acordado una enmienda de tal naturaleza, sin el patrocinio del Presidente República, por corresponder a una materia de su iniciativa exclusiva, acorde con lo prescrito en el artículo 65, inciso cuarto, N<sup>os</sup> 4 y 6, de la Carta Fundamental.

Redactó la sentencia el Ministro señor Juan José Romero Guzmán, la prevención el Ministro señor Gonzalo García Pino y la disidencia la Ministra señora María Luisa Brahm Barril.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

### **Rol N° 2.320-2012**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta Subrogante, Ministra señora Marisol Peña Torres, y por los Ministros señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

## **ROL N° 2.321-2012**

### **REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 25, 25 BIS, 26 Y 26 BIS DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, DEDUCIDO POR EL PRIMER JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE SANTIAGO**

Santiago, cuatro de julio de dos mil trece.

#### **VISTOS:**

Con fecha 4 de octubre de 2012, el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago ha solicitado la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 25, 25 bis, 26 y 26 bis del Código del

Trabajo, en el marco de la causa RIT T-366-2012, RUC 12-4-0026239-8, bajo sustanciación en dicho tribunal.

Los preceptos legales cuya aplicación se impugna disponen:

*“Art. 25. La jornada ordinaria de trabajo del personal de choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana, de servicios interurbanos de transportes de pasajeros y del que se desempeña a bordo de ferrocarriles, será de ciento ochenta horas mensuales. En el caso de los choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana y de los servicios interurbanos de transporte de pasajeros, el tiempo de los descansos a bordo o en tierra y de las esperas que les corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, no será imputable a la jornada y su retribución o compensación se ajustará al acuerdo de las partes.*

*Todos los trabajadores aludidos en el inciso precedente deberán tener un descanso mínimo ininterrumpido de ocho horas dentro de cada veinticuatro horas.*

*Cuando los choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana y el personal que se desempeña a bordo de ferrocarriles arriben a un terminal, después de cumplir en la ruta o en la vía, respectivamente, una jornada de ocho o más horas, deberán tener un descanso mínimo en tierra de ocho horas.*

*En ningún caso el chofer de la locomoción colectiva interurbana podrá manejar más de cinco horas continuas, después de las cuales deberá tener un descanso cuya duración mínima será de dos horas.*

*El bus deberá contar con una litera adecuada para el descanso, siempre que éste se realice total o parcialmente a bordo de aquél.*

*Art. 25 bis. La jornada ordinaria de trabajo de choferes de vehículos de carga terrestre interurbana, no excederá de ciento ochenta horas mensuales, la que no podrá distribuirse en menos de veintidós días. El tiempo de los descansos a bordo o en tierra y de las esperas a bordo o en el lugar de trabajo que les corresponda no será imputable a la jornada, y su retribución o compensación se ajustará al acuerdo de las partes. La base de cálculo para el pago de los tiempos de espera, no podrá ser inferior a la proporción respectiva de 1,5 ingresos mínimos mensuales. Con todo, los tiempos de espera no podrán exceder de un límite máximo de ochenta y ocho horas mensuales.*

*El trabajador deberá tener un descanso mínimo ininterrumpido de ocho horas dentro de cada veinticuatro horas.*

*En ningún caso el trabajador podrá manejar más de cinco horas continuas, después de las cuales deberá tener un descanso cuya duración mínima será de dos horas. En los casos de conducción continua inferior a cinco horas el conductor tendrá derecho, al término de ella, a un descanso cuya duración mínima será de veinticuatro minutos por hora conducida. En todo caso, esta obligación se cumplirá en el lugar habilitado más próximo en que el vehículo pueda ser detenido, sin obstaculizar la vía pública. El camión deberá contar con una litera adecuada para el descanso, siempre que éste se realice total o parcialmente a bordo de aquél.*

*Art. 26. Si en el servicio de transporte urbano colectivo de pasajeros, las partes acordaren cumplir en turnos la jornada ordinaria semanal, éstos no excederán de*

*ocho horas de trabajo, con un descanso mínimo de diez horas entre turno y turno. En todo caso, los choferes no podrán manejar más de cuatro horas continuas.*

*Art. 26 bis. El personal que se desempeñe como chofer o auxiliar de los servicios de transporte rural colectivo de pasajeros se regirá por el artículo precedente. Sin perjuicio de ello, podrán pactar con su empleador una jornada ordinaria de trabajo de ciento ochenta horas mensuales distribuidas en no menos de veinte días al mes. En ambos casos, los tiempos de descanso a bordo o en tierra y de las esperas que les corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, no será imputable a la jornada, y su retribución o compensación se ajustará al acuerdo de las partes. En ningún caso los trabajadores podrán conducir por más de cinco horas continuas.*

*Se entenderá como servicios de transporte rural colectivo de pasajeros, aquellos que cumplan con los requisitos que determine reglamentariamente el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.”.*

La gestión invocada es un proceso laboral iniciado por demanda de tutela de derechos fundamentales, en el cual se formula subsidiariamente una demanda de cobro de prestaciones. En dicho proceso se acciona por 50 choferes del transporte urbano de Santiago, de la empresa Inversiones Alsacia S.A., y se solicita la declaración de que los tiempos de espera y descansos deben ser computados como jornada pasiva, debiendo ser pagados, cuestión que hoy no se hace. La parte demandante señala que tal circunstancia vulnera sus derechos fundamentales a la integridad física y síquica y la libertad de trabajo de los trabajadores, amparados por los numerales 1° y 16° del artículo 19 de la Carta Fundamental, además de normas de derecho internacional referidas al derecho al descanso, la remuneración y las condiciones de trabajo. A solicitud de la parte demandante, el tribunal que conoce de la gestión resolvió requerir de inaplicabilidad en la audiencia preparatoria, que rola a fojas 7 y 8 del presente expediente.

El juez requirente accedió a la solicitud de requerir de inaplicabilidad respecto de las normas ya referidas, la cual fue planteada dando por infringidas las garantías constitucionales de la integridad física y síquica y de la libertad de trabajo, contenidas en los numerales 1° y 16° del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Acogido a tramitación el requerimiento, se confirió traslado para resolver acerca de su admisibilidad y se ordenó la suspensión del procedimiento en la gestión invocada.

Oídas las partes y declarada la admisibilidad de la acción, se confirió traslado acerca del fondo del conflicto de constitucionalidad planteado.

La demandada de la gestión invocada, Inversiones Alsacia S.A., expone que la *litis* de fondo se refiere al régimen de jornada de un grupo de choferes, su conteo y su pago. Agrega que la empresa alegó el pleno cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 26 del Código del Trabajo, que es la norma legal que regula la actividad de los demandantes; sin

embargo, la parte contraria entiende que su jornada es de máximo 7.30 horas diarias en total, incluyendo las esperas, que a su juicio deben pagarse, excluyendo así del pago sólo el tiempo de colación contemplado por el artículo 34 del Código del Trabajo.

En razón de la materia sobre la que versa la gestión invocada, señala que los artículos 25, 25 bis y 26 bis no son atingentes a la causa, al referirse a otros rubros del transporte, por lo que una declaración de inaplicabilidad a su respecto no podría tener efecto en este caso, ya que dichas normas no guardan relación con la controversia *sub lite*.

Alude asimismo al sentido y contenido del artículo 26 del Código del Trabajo, especificando que la jornada totaliza un máximo de 8 horas diarias, que los demandantes construyen su tesis a partir de una supuesta modificación tácita verificada por la Ley N<sup>º</sup> 19.759 en el año 2001, para sostener una reducción de la jornada diaria a 7,5 horas, conformando un total de 45 horas semanales. Estima que lo argumentado en este sentido es una cuestión de interpretación de ley por una aparente omisión legislativa, consistente en no adecuar la norma especial a la nueva jornada semanal de 45 horas, todo lo cual está fuera de la órbita de competencia propia del conocimiento y resolución de una acción de inaplicabilidad.

Agrega que la reducción de la jornada ordinaria de 48 a 45 horas semanales se estableció por la propia Ley N<sup>º</sup> 19.759, que introdujo el texto actual del artículo 26, sin tocar en él el número de horas, por lo que tal tesis no tiene asidero, pues además se establece en él un tope o máximo legal de jornada, mas no una referencia a un régimen ordinario ni tampoco una norma sobre remuneración.

A pesar de concordar con que la jornada ordinaria es de 45 horas semanales, la parte requerida no concuerda con el tope máximo de 7,5 diarias que sostiene la demandante, pues no se funda en norma expresa, la que sólo establece el conjunto de 45 horas semanales, en un marco de entre cinco y seis días.

Por todo lo expuesto, solicita el rechazo del requerimiento.

Concluida la tramitación del proceso, se ordenó traer los autos en relación.

Con fecha 11 de abril de 2013 se verificó la vista de la causa, alegando, por los trabajadores demandantes, la abogada María Estrella Zúñiga Poblete y, por la empresa demandada, el abogado señor Benjamín Costa Navarro.

#### CONSIDERANDO:

**PRIMERO.** Que el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago conoce de una denuncia de tutela laboral de derechos fundamentales y, en subsidio, de una acción de cobro de prestaciones por “horas extraordinarias”, en cantidad indeterminada, promovida por don Jorge Soto So-

barzo, por sí y en conjunto con otros operadores de buses, puesto que –en su concepto– existirían períodos de descanso y espera que no habrían sido retribuidos conforme a la legislación vigente.

Dicho órgano jurisdiccional ofició a esta Magistratura (foja 1), accediendo a una petición de los demandantes y reproduciendo literalmente sus alegaciones verbales. De la transcripción de las mismas en el expediente laboral, aparece que objetan –sin distinguir– los artículos 25, 25 bis, 26 y 26 bis, todos del Código del Trabajo, por ser contrarios al artículo 19, N<sup>os</sup> 1 y 16, de la Constitución Política (fojas 7 vuelta y 8);

**SEGUNDO.** Que, según cabe observar, el Código del Trabajo regula separadamente la jornada laboral especial de diversos trabajadores, entre ellos de los choferes y, en su caso, de los auxiliares, que prestan servicios en las empresas de transporte colectivo de pasajeros o de carga. Los respectivos preceptos legales son, en razón de la materia acerca de la cual versan, independientes entre sí.

Así, el artículo 25 trata de la jornada de los choferes y auxiliares del transporte interurbano de pasajeros; el artículo 25 bis versa sobre aquella de los choferes de carga terrestre interurbana; el artículo 26 norma respecto al horario de los choferes del transporte urbano de pasajeros, y el artículo 26 bis regula aquel de los choferes y auxiliares del transporte rural de pasajeros;

**TERCERO.** Que compete en exclusiva a ese juez del fondo –y no al Tribunal Constitucional– elucidar previamente la condición laboral que revisten los demandantes, trabajadores de Inversiones Alsacia, sociedad anónima del giro empresa concesionaria del transporte público de pasajeros del Transantiago. Pudiendo ponderar, al efecto, si su actividad se desenvolvería en alguna de las hipótesis que prevé el Reglamento de los Servicios Nacionales de Transporte Público de Pasajeros, aprobado por Decreto Supremo N<sup>o</sup> 212, del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, de 1992 (artículo 6°).

Correspondiéndole, por ende, únicamente a dicho tribunal del fuero laboral subsumir las situaciones particulares del caso, una vez esclarecidas, en alguno de los diferentes supuestos normativos generales indicados en el considerando precedente. Siendo de acotar que exorbita las atribuciones que le asisten a esta Magistratura constitucional, entrar a seleccionar las premisas legales o a calificar los hechos que serían relevantes para dirimir la referida gestión judicial pendiente;

**CUARTO.** Que este Tribunal ya se ha pronunciado acerca de los mencionados artículos 25, 25 bis y 26 bis. Respecto al artículo 25, acogió la inaplicabilidad de una parte de su inciso primero, en las sentencias recaídas en los autos roles N<sup>os</sup> 2.110, 2.086, 2.197, 2.182 y 2.114, en tanto que rechazó la inaplicabilidad del inciso primero en los roles N<sup>os</sup> 2.186, 2.213 y 2.199, y asimismo desestimó la inaplicabilidad de todo el artículo en los



roles N<sup>OS</sup> 2.322 y 2.319. En relación al artículo 25 bis, rechazó su inaplicabilidad en los roles N<sup>OS</sup> 2.322 y 2.319.

Pronunciándose sobre el artículo 26 bis, acogió la inaplicabilidad de una parte de su inciso primero en el proceso constitucional Rol N<sup>º</sup> 1.852, mientras que denegó la inaplicabilidad de todo el artículo en los roles N<sup>OS</sup> 2.322 y 2.319;

**QUINTO.** Que, sin perjuicio de que cada una de estas sentencias se explica según su propio mérito, amén de que los ministros que las suscribieron han mantenido en general los criterios que dieron lugar a diferentes votaciones, es menester reiterar que la impugnación en cuya virtud este Tribunal podría declarar inaplicable por inconstitucional un determinado precepto legal, no puede presentarse en términos hipotéticos o teóricos, o aludiendo en citas meramente argumentativas a parte de su jurisprudencia, pero sin hacerse cargo de otros veredictos próximos que le puedan ser contradictorios.

En la especie, los fundamentos de hecho y de derecho y de cómo se habría producido la infracción constitucional del caso, debieron indicarse con mayor claridad en los antecedentes remitidos de la gestión ordinaria pendiente, o bien en el mismo requerimiento formulado en estos autos por el juez laboral, lo que no aparece medianamente satisfecho al mencionarse, en términos genéricos, una eventual vulneración a los derechos garantidos en los numerales 1<sup>º</sup> y 16<sup>º</sup> del artículo 19 de la Constitución;

**SEXTO.** Que, en otra parte de su alegación, los demandantes argumentan que el artículo 26 del Código del Trabajo es objetable, porque *“dicha disposición en forma tácita quedó modificada por el artículo único del [sic] la ley 19.759 del año 2001”*, a la par de señalar que *“dicha disposición a diferencia de muchas otras no fue modificada al incorporarse esta norma”* (foja 7 vuelta).

Lo anterior tampoco puede ser resuelto por este Tribunal, por incidir en un aspecto sobre vigencia de leyes en el tiempo, además de que en el mismo planteamiento subyace la objeción por una presunta omisión del legislador, al no adecuar la jornada especial de trabajo del citado artículo 26 a la norma más beneficiosa posterior de la Ley N<sup>º</sup> 19.759, artículo único N<sup>º</sup> 7, a) (que redujo la jornada ordinaria de trabajo de cuarenta y ocho a cuarenta y cinco horas semanales), cuyas consecuencias precisas tampoco se detallan. En todo caso, ambas cuestiones escapan a un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad;

**SÉPTIMO.** Que, en estas condiciones, no se han aportado antecedentes suficientes como para formar convicción, en orden a que en la especie se configuraría un conflicto cabal de constitucionalidad, susceptible de ser resuelto por este Tribunal, en los términos contemplados por el artículo 93, incisos primero, N<sup>º</sup> 6, y undécimo, de la Carta Fundamental, y por ello se desestimaré.

Y TENIENDO PRESENTE, además, las disposiciones pertinentes de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

**Que se rechaza el requerimiento deducido a fojas 1.** Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada en autos, debiendo oficiarse al efecto.

**Acordada la presente sentencia con la prevención de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake y Gonzalo García Pino** quienes, adicionalmente a lo razonado, estiman que:

1°. Que la regla aplicable en esta causa es resorte de la resolución del juez de fondo y en esa instancia se verificará la aparente contradicción en este proceso constitucional relativo al estatuto específico del servicio de transporte urbano colectivo de pasajeros en relación con precedentes diversos existentes ante esta Magistratura. Por tanto el efecto del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sobre una norma parcialmente atingente y otras derechamente no atingentes al caso mismo, requiere una dilucidación previa acerca del efecto inconstitucional que impide, por ahora, ejercer las competencias del propio Tribunal Constitucional en esta materia;

2°. Que las prácticas empresariales, las conductas anti-sindicales y el grado de cumplimiento sobre el sistema de turnos de los choferes de algunas líneas del sistema público de transporte, denominado “Transantiago”, constituyen un conflicto de legalidad propiamente tal;

3°. Que, finalmente, la naturaleza de este servicio específico, se orienta a “*satisfacer una necesidad pública, de manera regular y permanente, finalidad propia de órganos destinados al cumplimiento de la función administrativa del mismo Estado*” (STC Rol Nº 1.153, c. trigesimoséptimo), lo cual redundando en el otorgamiento de relevantes subsidios públicos para su funcionamiento y que tienen como supuesto una regularidad de la relación laboral que compromete el interés público.

Redactó la sentencia el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y la prevención, el Ministro señor Gonzalo García Pino.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

### **Rol Nº 2.321-2012**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y por los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino,

Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril. Autoriza el Secretario Subrogante del Tribunal Constitucional, señor Rodrigo Pica Flores.

### ROL N<sup>º</sup> 2.322-2012

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 25, 25 BIS  
Y 26 BIS DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, DEDUCIDO POR  
MIGUEL ANTONIO MUÑOZ CARTAGENA

SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 2013, EN EL MISMO SENTIDO A  
SENTENCIA ROL N<sup>º</sup> 2.319-2012.

### ROL N<sup>º</sup> 2.323-2012

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 277, INCISO  
SEGUNDO, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, DEDUCIDO POR  
EDUARDO PEDRO RAMÓN ZEGERS LARRAÍN

Santiago, nueve de enero de dos mil catorce.

**VISTOS:**

Con fecha 8 de octubre de 2012, don Eduardo Zegers Larraín ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal, para que surta efectos en el proceso por delito de amenazas RIT 9056-2012, RUC 1200578139-4, sustanciado ante el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago.

El texto del precepto legal objetado en autos dispone: *“El auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el ministerio público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente. Este recurso será concedido en ambos efectos. Lo dispuesto en este inciso se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales.”.*

En el marco del aludido proceso judicial, el conflicto planteado a este sentenciador consiste en determinar si es constitucional o no el que sólo el Ministerio Público pueda apelar el auto de apertura del juicio oral en la hipótesis dispuesta en el inciso tercero del artículo 276 –al que remite la norma cuestionada–, a saber, cuando en esa resolución se excluye prueba por provenir de diligencias o actuaciones declaradas nulas o por haber sido obtenida con inobservancia de garantías fundamentales. Lo anterior, por cuanto ello podría infringir el derecho a la igualdad y los derechos a la defensa jurídica y al debido proceso, que reconocen los numerales 2° y 3° del artículo 19 constitucional.

A efectos de fundamentar su requerimiento, el actor expone los hechos que dieron origen a la gestión penal pendiente invocada, para luego desarrollar las fundamentaciones en derecho que sustentan las infracciones constitucionales que denuncia.

En cuanto a los aludidos hechos, el peticionario señala que tuvo una relación de pareja con doña Marcela Berríos, entre los años 2004 y 2011, fruto de la cual nacieron dos hijos.

Posteriormente, en el mes de mayo de 2012, su ex pareja hizo una denuncia por las supuestas amenazas que él le habría proferido. El Tribunal de Familia, que recibió la denuncia, se declaró incompetente, por lo que los antecedentes pasaron al Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago. En julio del mismo año, su ex pareja se querelló en su contra, alegando que la había agredido y amenazado con futuras agresiones si ella no accedía a sus peticiones referidas a los alimentos y al régimen de visitas de los hijos.

En el curso del proceso penal operó la figura de sustitución de procedimiento, por lo que el proceso, que era sustanciado según las reglas del juicio penal ordinario, pasó a tramitarse según las normas del procedimiento simplificado. Por este motivo tuvo lugar lo dispuesto en el artículo 395 del Código Procesal Penal, fijándose audiencia para consultarle, en su calidad de querellado, si admitirá o no responsabilidad en el delito de amenazas proferidas en el contexto de violencia intrafamiliar.

Afirma el actor que él no admitirá responsabilidad alguna en esa audiencia. Por ello, se procederá de inmediato a realizar la preparación del juicio oral, en la que las partes deberán rendir sus probanzas. Si el juez lo estima necesario, podría excluir alguna de ellas en el auto de apertura, por considerar que provienen de diligencias o actuaciones declaradas nu-

las o que han sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. Sin embargo, por la aplicación del precepto objetado, en el caso de que el Magistrado excluya alguna de las pruebas que él pretende presentar, no podrá apelar la exclusión, pues esta disposición sólo faculta al ente persecutor para impugnar la resolución excluyente. De esta forma, se generará una desigualdad de armas procesales, cuestión que da lugar a la infracción de los derechos a la igualdad ante la ley, a la defensa jurídica y al debido proceso, reconocidos en los numerales 2<sup>º</sup> y 3<sup>º</sup> del artículo 19 de la Constitución.

En cuanto a los fundamentos de derecho que sustentan las infracciones constitucionales precedentemente aludidas, el actor alega que la disposición genera esas inconstitucionalidades aduciendo dos argumentaciones.

En primer lugar, se refiere a los efectos de la aplicación del precepto objetado que vulnera sus derechos. Primero: no le permitirá a su defensa apelar la eventual exclusión de prueba que efectúe el juez de garantía competente –fundada, como se señalara, en que la prueba proviene de diligencias o actuaciones declaradas nulas o ha sido obtenida con inobservancia de garantías fundamentales–. Segundo: no le permitirá apelar la resolución que deniegue su posible solicitud de exclusión de la prueba que presente el Ministerio Público.

Explica, en relación con la facultad de apelar que demanda, que la posibilidad de que otros intervinientes del proceso penal, distintos del Ministerio Público, puedan apelar el aludido auto de apertura no afecta los principios cardinales del sistema procesal penal. Precisa que no afecta el principio de inmediatez, pues el debate de la prueba también puede desarrollarse directamente ante el tribunal de alzada. A su vez, tampoco toca el principio y derecho a ser juzgado en un plazo razonable, toda vez que ya existe la posibilidad de impugnar el auto de apertura por el Ministerio Público, de manera que el proceso siempre puede extenderse a una segunda instancia.

En segundo lugar, el actor se refiere a las conculcaciones de derechos planteadas, sustentándolas fundamentalmente en las siguientes dos argumentaciones.

Alega que la norma reprochada, al efectuar la restricción reseñada de la legitimación para apelar, crea un privilegio en favor del Ministerio Público, que constituye una discriminación arbitraria contraria a la Constitución, pues ésta no tiene fundamento alguno.

A su vez aduce que lo anterior conlleva la segunda infracción denunciada, esto es, la vulneración de los derechos a la defensa y al debido proceso, pues el imputado no tiene las mismas herramientas para defender sus intereses que aquellas que tiene el Ministerio Público. En efecto, la defensa del imputado queda en una situación desmedrada, pues sólo tiene

la posibilidad de aceptar la exclusión de sus probanzas, en circunstancias que el ente persecutor puede apelar de la exclusión que a él le afecte. Así, por lo demás, lo señaló el Tribunal Constitucional en su sentencia Rol N° 1.535.

Finalmente, pide, en virtud de todo lo argumentado, que el Tribunal Constitucional declare inaplicable el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal y, a su vez, declare que es aplicable el artículo 370 del mismo código de enjuiciamiento.

Por resolución de fojas 18, la Primera Sala de esta Magistratura admitió a tramitación el requerimiento y, en la misma oportunidad, decretó la suspensión de la gestión judicial en que incide. Luego de ser declarado admisible por la aludida Sala y pasados los autos al Pleno, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, el requerimiento fue comunicado a la Cámara de Diputados, al Senado y al Presidente de la República y notificado a las partes requeridas de la gestión judicial invocada, a efectos de que pudieran hacer valer sus observaciones y acompañar los antecedentes que estimaren convenientes.

Por escrito presentado el 3 de enero de 2013, el Ministerio Público formuló sus observaciones al requerimiento, desarrollando las siguientes dos cuestiones que se describen a continuación.

En primer lugar, el organismo fiscal hace una advertencia en orden a que, en las diversas ocasiones en que ha debido presentar sus descargos respecto de solicitudes de inaplicabilidad sobre la misma disposición que fuera impugnada en estos autos, no ha hecho oposición a las reflexiones de esta Magistratura atinentes a la inconstitucionalidad de la disposición.

En segundo lugar, el Ministerio Público fundamenta el rechazo de la acción de autos exponiendo dos argumentos fundamentalmente.

Primero, afirma que en el procedimiento deberá acontecer una serie de cuestiones para llegar a un estado en que la norma pueda ser aplicada y, a su vez, el requirente no aporta elemento de juicio alguno que permita presumir que serán excluidas pruebas, según el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal. Por este motivo su requerimiento es de carácter abstracto, ya que no es posible saber si efectivamente la norma será aplicada y tendrá el carácter de decisiva en la gestión penal invocada. Ello pugna con el fin del control concreto, propio de la acción de inaplicabilidad.

Segundo, el organismo requerido aduce que lo que pretende el requirente no se aviene con el objeto de la acción de inaplicabilidad, esto es, la inaplicación de un precepto por la inconstitucionalidad de sus efectos. Lo anterior, pues, por una parte, no sólo pide la inaplicabilidad de un precepto, sino que, además, solicita se ordene la aplicación de una determinada norma en el juicio pendiente. Por otra parte, el actor pretende

que se le conceda un recurso para apelar una resolución que rechace su solicitud de exclusión de la prueba presentada por la entidad fiscal, cuestión que tampoco se aviene con el reseñado objeto, ya que es el legislador el que determina el régimen recursivo.

Habiéndose traído los autos en relación, se procedió a la vista de la causa el día 25 de junio de 2013, oyéndose los alegatos del abogado Gonzalo Lobos, por el requirente, y del abogado Hernán Ferrera, por el Ministerio Público.

#### CONSIDERANDO:

### I LA IMPUGNACIÓN

**PRIMERO.** Que en el marco de un proceso penal, radicado en el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, iniciado por querrela de Marcela Berríos Zegers, que se sigue en contra de Eduardo Zegers Larraín, por el delito de amenazas del artículo 296, N<sup>º</sup> 3, del Código Penal, en procedimiento simplificado, se ha presentado por el imputado un recurso de inaplicabilidad contra parte del inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal.

Dicho precepto establece lo siguiente:

*“El auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el ministerio público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente. Este recurso será concedido en ambos efectos. Lo dispuesto en este inciso se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales.”;*

**SEGUNDO.** Que el reproche de inconstitucionalidad que se formula se funda en dos tipos de argumentos. Por una parte, a juicio del requirente, se afecta la igualdad ante la ley, otorgando un trato privilegiado al Ministerio Público, pues sólo éste puede presentar el recurso de apelación por la exclusión de pruebas que se hubiere producido en el auto de apertura del juicio oral. Por la otra, se afecta el debido proceso, toda vez que la exclusión de pruebas también puede afectar a los otros intervinientes del proceso penal. Al no poder reclamar contra dicha exclusión, se afecta el derecho a defensa del imputado;

### II CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN

**TERCERO.** Que, antes de examinar el cuestionamiento que se formula en la presente inaplicabilidad, es necesario señalar algunos criterios

de interpretación que nos van a guiar al momento de examinar la norma impugnada.

En primer lugar, el artículo 277 regula el auto de apertura del juicio oral. La exclusión de prueba se encuentra establecida en el artículo 276. Ahí se consagra que la exclusión de pruebas puede provenir de imperpetinencia, de actuaciones o diligencias declaradas nulas o porque fueron obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

Respecto de dicho auto, el artículo 277 regula la procedencia de a lo menos dos recursos. De un lado, el de apelación. Del otro, el recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral;

**CUARTO.** Que la apelación está concebida con cuatro características. Por de pronto, es un recurso único. El Código habla de que “*sólo será susceptible de recurso de apelación*” el auto de apertura del juicio oral. El recurso de nulidad no es contra el auto de apertura, sino contra la sentencia definitiva. Este recurso queda salvado por el Código, pues la apelación “*se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva*”.

Enseguida, se trata de un recurso que sólo lo puede interponer el Ministerio Público.

Asimismo, es un recurso que sólo procede cuando la exclusión de pruebas dispuesta por el juez de garantía se hizo no por su impertinencia, sino porque se trata de prueba derivada de actuaciones o diligencias declaradas nulas u obtenida con inobservancia de garantías fundamentales. Se trata, en consecuencia, de causales regladas y estrictas; no procede por el mero agravio.

Finalmente, el recurso de apelación se concede en ambos efectos. La regla general en materia de apelación en el CPP (Código Procesal Penal) es que se concede en el solo efecto devolutivo, “*a menos que la ley señale expresamente lo contrario*” (artículo 368);

**QUINTO.** Que, en segundo lugar, la apelación en el CPP es excepcional. Por de pronto, porque son inapelables las resoluciones dictadas por un tribunal de juicio oral en lo penal (artículo 364).

Enseguida, porque respecto de las resoluciones dictadas por el juez de garantía, el Código señala los dos casos en que cabe dicho recurso. De un lado, “*cuando pusieren término al procedimiento, hicieren imposible su prosecución o la suspendieren por más de treinta días*”. Del otro, “*cuando la ley lo señale expresamente*” (artículo 370);

**SEXTO.** Que dicho carácter excepcional de la apelación en materia procesal penal ha sido reconocido por esta Magistratura, la que ha justificado dicha excepcionalidad en las siguientes circunstancias:

“*primero, que se ha separado la actividad de investigar y juzgar... En el sistema procesal antiguo, la apelación se justificaba en el hecho de que el tribunal de alzada era verdaderamente independiente del acusador, es decir, del juez de*



primera instancia. Tal fundamento desaparece hoy en día, pues la independencia de ambas funciones está asegurada desde la primera etapa del proceso”. Segundo, “no tiene sentido tener un tribunal colegiado en primera instancia para luego duplicar el juicio en la Corte o fallar en base a actas, perdiendo la intermediación necesaria que debe tener el tribunal...”. A lo que se agrega que “los principios de intermediación y oralidad impiden que se pueda “hacer de nuevo” el juicio...”. Para concluir que “la oralidad del procedimiento requiere que el tribunal que conoce el juicio tenga el máximo poder de decisión. Si, en vez de darle el poder de decisión final, salvo excepciones, al tribunal que asiste al juicio oral, se le otorga a otro tribunal, que conocerá de la causa por la vía de la lectura del expediente, se estaría poniendo el centro del debate en la lectura del expediente y no en el juicio oral. No sólo se pondría el énfasis en la lectura del expediente, sino que se terminaría privilegiando la opinión del tribunal menos informado por sobre la opinión del tribunal más informado”. Tercero, “se privilegió el control horizontal por sobre el jerárquico. Se confió en que el establecimiento de un tribunal colegiado otorga las garantías de independencia y control que, bajo el sistema antiguo, entregaba el conocimiento de la apelación por el Tribunal de Alzada” (STC Rol N<sup>º</sup> 1.432);

**SÉPTIMO.** Que dicho carácter excepcional, en que sólo la ley cuando “lo señalare expresamente” (artículo 370, letra b)) hace procedente la apelación, es importante considerarlo, toda vez que a esta Magistratura no le corresponde “crear” ni “otorgar” recursos. Esa es una decisión del legislador, quien debe ponderar el impacto que la apertura de los recursos genera en el sistema.

Lo anterior es relevante porque mediante la presente inaplicabilidad no sólo se busca que este Tribunal suprima del universo normativo que debe considerar el juez al momento de tomar su decisión, sobre si procede o no la apelación, el precepto impugnado, sino también se busca que por tal supresión se habilite a presentar un recurso de apelación por un sujeto procesal no previsto por el legislador. En la parte petitoria del recurso se busca “declarar inaplicable para dicha gestión la norma referida, permitiendo expresamente la aplicación del artículo 370 del Código Procesal Penal, y concediéndole a esta parte el respectivo recurso de apelación” (fojas 7);

**OCTAVO.** Que, en tercer lugar, el hecho de que sólo sea el Ministerio Público quien puede apelar, tiene una doble sustentación.

Por una parte, el sistema procesal penal concilia los principios de legalidad y eficiencia. Es decir, la obligación que pesa sobre el Ministerio Público de perseguir todos los ilícitos que lleguen a su conocimiento, se matiza por la necesidad de que lo haga sólo cuando la persecución pueda resultar efectiva. Como ha resuelto esta Magistratura, “(p)ara maximizar la eficiencia de la utilización de los recursos públicos por parte del Ministerio Público, se han ideado distintas fórmulas. Primero, se establecen herramientas procesales idóneas para ese objetivo. Luego, se aspira a un diseño organizacional adecuado

*para el logro del mismo. Y, por último, se le permite al Ministerio Público organizar la persecución penal de un modo eficiente, priorizando algunos casos y delitos por sobre otros. (Tavolari Oliveros, Raúl; Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y Casos; Editorial Jurídica; Santiago, 2005; pág. 48).*” (STC Rol N° 1.341). El Ministerio Público debe perseguir las conductas constitutivas de delito, pero debe hacerlo en la medida que ello resulte eficiente. Debe contar con pruebas suficientes y pertinentes. Por eso, si se excluyen del juicio, la ley le otorga el derecho de apelar.

Por la otra, a diferencia de lo que ocurre con el Ministerio Público, el imputado goza de una protección, que la legislación ha elevado a la calidad de derecho: la presunción de inocencia (artículo 4° del Código Procesal Penal). El imputado no tiene que probar nada en el proceso. La carga de la prueba recae en el acusador. El imputado sólo tiene que defenderse. Por eso, se explica que no tenga necesidad de apelar de la resolución que abre el juicio oral, toda vez que no le corresponde presentar prueba. Es más: la norma está pensada para proteger al imputado. Tanto es así que es el mismo artículo 277, en su inciso final, el que prevé que el Ministerio Público, frente a la exclusión de prueba que considere determinante, puede optar por solicitar el sobreseimiento definitivo. O sea, si al Ministerio Público se le excluye prueba que pretendía presentar, si esa prueba era esencial para acusar, el proceso penal se termina. No es necesario ir a un juicio que será inútil. Finalmente, si el juicio prosigue, es el imputado quien se beneficia por la exclusión de prueba: sin prueba no puede haber condena, pues, de acuerdo al artículo 340 del CPP, el tribunal sólo puede imponer una condena si adquiere una convicción que vaya más allá de “toda duda razonable”;

**NOVENO.** Que, finalmente, el recurso de inaplicabilidad no es un recurso abstracto ni hipotético, sino que concreto. Además, tiene que existir un grado de inminencia en la aplicación de la norma reprochada;

### III LOS PRECEDENTES

**DÉCIMO.** Que, entrando al fondo del asunto, es necesario hacerse cargo, antes que nada, de la invocación de dos sentencias previas de esta Magistratura: STC Rol N° 1.535 y STC Rol N° 1.502;

**DECIMOPRIMERO.** Que la primera de estas sentencias se originó en un recurso de inaplicabilidad presentado por un querellante particular. Y este Tribunal, por cinco votos a tres, declaró la inaplicabilidad del mismo precepto impugnado.

La segunda sentencia (STC Rol N° 1.502) fue motivada por un requerimiento presentado por el imputado. Y por cinco votos a cuatro, se acogió la inaplicabilidad;

**DECIMOSEGUNDO.** Que dichas sentencias presentan diferencias en los hechos con el presente requerimiento. El asunto es relevante por la característica de control concreto que tiene la inaplicabilidad.

La principal de estas diferencias es que en esos casos se había producido una exclusión de prueba. En este caso, nada de eso ha sucedido. No hay ninguna exclusión de prueba;

**DECIMOTERCERO.** Que, en efecto, el requerimiento está construido sobre una estrategia procesal, pues se sostiene que en la audiencia del procedimiento simplificado, a que se refiere el artículo 395 del Código Procesal Penal, el requirente sostiene que negará su participación en los hechos. Por lo mismo, se deberá proceder a la preparación del juicio simplificado (artículo 395 bis). En dicha audiencia, agregará, pedirá incorporar diversos medios de prueba. Si éstos son excluidos, concluye, no podrá apelar. El requerimiento se sostiene sobre “*una eventual exclusión de prueba*” (fojas 3).

Si bien en el escrito del requerimiento se indica que se pedirá incorporar diversos medios de prueba (testimonial, documental y otros medios) (fojas 3), en estrados se dijo que se solicitaría acompañar una grabación;

**DECIMOCUARTO.** Que, por tanto, hay una diferencia radical entre las sentencias invocadas y el presente caso. Estas diferencias del caso concreto justifican una no aplicación automática de dichos precedentes;

**DECIMOQUINTO.** Que, además, es evidente que el requerimiento está construido sobre la base de una hipótesis, consistente en que va a presentar determinadas pruebas y que éstas van a ser excluidas.

Lo anterior, en primer lugar, pugna con la naturaleza concreta del recurso de inaplicabilidad. Éste no está diseñado como una consulta que pueden hacer las partes o el juez en un juicio determinado. La Constitución exige que el precepto “*pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto*”. Ello implica no sólo que el precepto reprochado sea pertinente de ser aplicado en la controversia, sino también que se den los supuestos que lo hacen procedente. En este caso, aún no se sabe si se van a presentar o no las pruebas, si van o no a ser excluidas, y si la causal de exclusión es la que habilita al Ministerio Público para apelar. De no existir esta inminencia de la aplicación del precepto, la inaplicabilidad se transforma en un control abstracto e hipotético.

En segundo lugar, esta Magistratura ha declarado inadmisibles requerimientos de inaplicabilidad contra el mismo precepto reprochado, sobre la base de que la causal de exclusión de prueba no era de aquellas que permiten apelar al Ministerio Público (STC roles N<sup>OS</sup> 2.239, 2.331, 2.476 y 2.507). Por lo mismo, acoger un recurso de inaplicabilidad obligaría a este Tribunal a ser especulativo, lo que pugna con la naturaleza del recurso de inaplicabilidad;

IV

LA NORMA IMPUGNADA NO VULNERA LA CONSTITUCIÓN

**DECIMOSEXTO.** Que si bien el carácter hipotético del presente requerimiento bastaría para rechazarlo, queremos entrar al fondo del asunto. Recordemos que el requerimiento se sustenta en que el precepto impugnado vulnera la igualdad ante la ley (artículo 19, N° 2°, constitucional) y el debido proceso (artículo 19, N° 3°, constitucional);

**1. No se vulnera la igualdad ante la ley**

**DECIMOSÉPTIMO.** Que no consideramos que se vulnere la igualdad ante la ley. Para ello utilizaremos el test que esta Magistratura ha definido al efecto, el que comprende tres variables: la situación de hecho diferente, la situación distinta razonable y objetiva y, finalmente, que la medida no sea desmedida (STC roles N°s 986, 1.365 y 1.584).

En relación al primer elemento, es cierto que un sujeto procesal (el Ministerio Público) puede apelar y no los otros sujetos, incluido en este caso el imputado;

**DECIMOCTAVO.** Que, sin embargo, tal diferenciación tiene fundamento. Éste está dado por varias razones.

En primer lugar, por el rol que le corresponde al Ministerio Público en el proceso penal. Por de pronto, éste ejercita y sustenta la acción penal (artículo 77 del CPP). También le corresponde promover la persecución penal (artículo 166 del CPP). Por eso, dirige la investigación en forma exclusiva (artículo 3° del CPP); le corresponde cerrarla (artículo 247 del CPP) y definir el curso de acción posterior (solicitar sobreseimiento, acusar o comunicar la decisión de no perseverar) (artículo 248 del CPP).

En segundo lugar, en que el imputado goza de una presunción de inocencia (artículo 4° del CPP). En consecuencia, corresponde al Ministerio Público desvirtuar dicha presunción. Para ello debe, en la acusación, señalar los medios de prueba de que piensa valerse en el juicio (artículo 259, letra f), del CPP). De ahí que si se confirma la exclusión de la prueba que él considera esencial para sustentar su acusación, el fiscal puede solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa (artículo 277, inciso final, del CPP).

En tercer lugar, como a él corresponde compilar la prueba, puede incurrir en la causal de exclusión de prueba consistente en “inobservancia de garantías fundamentales” (artículo 276, inciso tercero, del CPP).

En consecuencia, dada esa diferencia de roles y deberes, el Ministerio Público se encuentra facultado para apelar si le excluyen prueba;

**DECIMONOVENO.** Que, además, cabe considerar que en el caso particular las pruebas no han sido presentadas. Lo anterior es importante, porque si bien el Ministerio Público puede apelar, lo puede hacer sólo

ante ciertas causales de exclusión. Estas son las que regula el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal. Estas causales dicen relación con que la exclusión provenga de “*actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.*” No puede apelar si la causal fue la impertinencia, que regula el inciso segundo del artículo 276;

**VIGÉSIMO.** Que no se trata, por otra parte, de una medida desproporcionada. Por de pronto, porque es un juez el que declara la exclusión de la prueba, después de una audiencia en que hay oportunidad de debatir y controvertir. No hay un acto unilateral, sino que un tercero imparcial es el que decidió.

Enseguida, porque la apelación es excepcional en el sistema, como ya ha quedado asentado en este fallo.

También, porque el resto de los afectados puede reclamar mediante el recurso de nulidad contra la sentencia definitiva;

## **2. No se afecta el debido proceso**

**VIGESIMOPRIMERO.** Que tampoco consideramos que se vulnere el debido proceso por afectar la dimensión del derecho al recurso.

En primer lugar, porque el imputado no queda indefenso. La ley otorga medios para que se cautele el debido proceso. No es efectivo que se le esté privando del derecho a impugnar el auto de apertura del juicio oral y, específicamente, la decisión de excluir prueba, porque él siempre tiene a salvo la facultad de interponer ante el tribunal competente, de acuerdo con las reglas generales, el recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva. Concordante con ello, el mismo artículo 277, en su inciso segundo, dispone que la apelación del Ministerio Público se entiende “*sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva*”. Precisamente, el recurso de nulidad tiene entre sus causales el que esta resolución se haya dictado con infracción sustantiva de derechos o garantías asegurados por la Constitución o por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (artículo 373, letra a), del CPP). Por lo mismo, si el imputado considera que se han pasado a llevar sus derechos, puede interponer dicho recurso;

**VIGESIMOSEGUNDO.** Que no se nos escapa que pueda sostenerse que si bien tiene derecho a este recurso de nulidad, por el principio de economía procedimental no tiene sentido esperar hasta la dictación de la sentencia de término para reclamar. La reclamación se puede hacer antes, mediante el recurso de apelación.

Al respecto, cabe señalar que, en base al mismo principio invocado, un cuestionamiento a la sentencia definitiva puede ser más eficaz, porque ahí se mide con claridad el impacto que pudo haber tenido en sus derechos la exclusión de prueba.

Además del principio de economía procedimental, el procedimiento penal se rige por el orden consecutivo legal. Ello obliga a sujetarse a que sólo se puede recurrir “*por los medios y en los casos expresamente establecidos en la ley*” (artículo 352 del CPP);

**VIGESIMOTERCERO.** Que, para esta Magistratura, la inexistencia de la apelación debe ser enjuiciada en el contexto de si existen o no otros recursos que permitan alcanzar la misma finalidad. Lo relevante es que no haya indefensión (STC Rol N° 1.432) y que los recursos sean efectivos (STC Rol N° 1.432). No está envuelto en la garantía del debido proceso un derecho a un recurso específico. De haberlo querido involucrar, lo tendría que haber señalado expresamente. Por tanto, al existir otros recursos, no se afecta el derecho a recurrir;

**VIGESIMOCUARTO.** Que, en segundo lugar, atendido lo anterior, o sea que el imputado goza del derecho a deducir el recurso de nulidad contra la sentencia definitiva, se concluye que el único recurso del que se está privando al requirente es el recurso de apelación. Entonces, lo que el requerimiento sostiene es que la única manera de garantizar el derecho al debido proceso es otorgando siempre y en toda circunstancia el acceso al recurso de apelación;

**VIGESIMOQUINTO.** Que ello contradice lo que esta misma Magistratura ha resuelto respecto a que el legislador tiene discrecionalidad para establecer procedimientos en única o en doble instancia, de acuerdo a la naturaleza del conflicto que pretende regular (STC roles N°s 576, 519, 821, 1.373, 1.432, 1.443 y 1.535). Asimismo, esta Magistratura ha sostenido que la Constitución no garantiza el derecho al recurso de apelación. Es decir, no asegura la doble instancia (STC roles N°s 986, 1.432, 1.458). No hay una exigencia constitucional de equiparar todos los recursos al de apelación, como un recurso amplio que conduce al examen fáctico y jurídico (STC Rol N° 1.432). Si bien el derecho al recurso es esencial al debido proceso, éste no es equivalente al recurso de apelación (STC 1.432);

**VIGESIMOSEXTO.** Que, por tanto, no consideramos que se afecte el debido proceso (artículo 19, N° 3°, constitucional);

**VIGESIMOSÉPTIMO.** Que, en mérito de todo lo anterior, este Tribunal está por rechazar el presente requerimiento.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en los artículos 19, números 2° y 3°, y 93, inciso primero, número 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura,

**SE RESUELVE:**

**1°. Que se rechaza el requerimiento deducido a fojas 1.**

2°. Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 18, oficiándose al efecto.

3°. Que no se condena en costas a la parte requirente por haber tenido motivo plausible para litigar.

**Se previene que la Ministra señora Marisol Peña Torres (Presidenta) y el Ministro señor Domingo Hernández Emparanza** concurren al rechazo del requerimiento deducido, únicamente en base a lo razonado en los considerandos decimoprimeros a decimoquinto de la sentencia de autos.

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Iván Aróstica Maldonado y Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril** quienes estuvieron por acoger el requerimiento respecto de la oración “*cuando lo interpusiere el Ministerio Público*”, contenida en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal, por las consideraciones siguientes:

### I. EN RELACIÓN A LA OBJECCIÓN DE FORMA

1°. Que se ha objetado que el actual requerimiento está construido sobre la base de la hipótesis consistente en que el imputado va a presentar determinadas pruebas y que éstas van a ser excluidas. Así, dado que la Constitución exige que el precepto impugnado “*pueda resultar decisivo en la resolución del asunto*”, se sostiene que la acción es especulativa y, por ende, carente de la necesaria inminencia en su aplicación;

2°. Que estimamos que la oportunidad procesal en la cual se ha intentado el actual requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es apropiada, toda vez que, de seguirse el juicio simplificado, lo cual es inminente, en la misma audiencia el juez de garantía realizará la sustitución del procedimiento, preparará el juicio oral simplificado, revisando la admisibilidad de los medios de prueba, luego recibirá la prueba y, finalmente, dictará sentencia definitiva;

3°. Que, resultando plausible la aplicación de la norma del artículo 277 del Código Procesal Penal en este caso, procede rechazar las alegaciones de forma contra el requerimiento;

### II. EN RELACIÓN AL FONDO

4°. Que una primera postura general parece rechazar toda posibilidad de agravio constitucional para el imputado en virtud de que el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal no admitiría la exclusión de prueba de descargo, esto es, aquella presentada por el imputado.

Incluso más, bajo este predicamento se puede llegar a sostener que el mecanismo de exclusión de prueba ilícita está dispuesto en beneficio del mismo imputado, siendo, por ende, irrelevante la discusión constitucional sobre la imposibilidad legal para el imputado de apelar ante la exclusión de prueba ilícita (posibilidad que sí tiene el Ministerio Público);

5°. Que si bien tales aseveraciones pueden tener algún respaldo teórico basado en la idea de que el sentido de la exclusión de una prueba ilícita radica en la preservación de la legitimidad de un acto de fuerza estatal, como es el ejercicio del *ius puniendi*, resulta indesmentible que ha habido interpretaciones de nuestros tribunales que han respaldado la posibilidad de exclusión de prueba presentada por imputados. De hecho, la fundamentación del voto a favor del rechazo del presente requerimiento no discurre por la vía de argumentar que en virtud del inciso tercero del artículo 276 sólo puede excluirse prueba del Ministerio Público;

6°. Que, asumiéndose que sí puede excluirse una prueba de descargo presentada por la defensa del imputado en virtud de la aplicación del artículo 276, inciso tercero, del Código Procesal Penal, cabe preguntarse si tiene justificación constitucional el artículo 277, inciso segundo, de dicho Código, el cual, en su parte pertinente, dispone que “*el auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el ministerio público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente*”. En otras palabras, corresponde analizar, si es admisible constitucionalmente (desde el punto de vista de los derechos a la igualdad ante la ley y el debido proceso) la diferencia de trato establecida por el legislador entre el persecutor público y el imputado en orden a privar al segundo del derecho a impugnar un aspecto tan relevante para el resultado de un proceso como es la decisión de un juez de garantía de excluir una prueba ofrecida con el fin de acreditar su no culpabilidad. Así, pues, a continuación se abordará la interrogante aludida desde la perspectiva del derecho a un procedimiento racional y justo establecido por el artículo 19, Nº 3°, de la Constitución, para, luego, desarrollarlo en consideración al artículo 19, Nº 2°, de la Carta Fundamental, esto es, el derecho a no ser objeto de diferencias arbitrarias por parte de la ley;

#### **II.A). Vulneración al artículo 19, Nº 3°, de la Constitución Política de la República.**

7°. Que la igualdad de armas entre las partes para poder desplegar la prueba, elemento fundamental para la determinación del resultado del juicio, es de la esencia de un procedimiento racional y justo. Así como se justifica que el Ministerio Público tenga el derecho a apelar de la resolución del Juez de Garantía que excluya alguna prueba en consideración a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal



Penal, resulta igualmente justificable que el imputado pueda tener igual derecho. Para controvertir nuestra posición de que el precepto legal impugnado vulnera el inciso sexto del artículo 19 N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup> de la Constitución Política de la República, la resolución de la mayoría de este Tribunal ha desplegado dos argumentos centrales, los cuales se examinan a continuación;

*II.A).1. Acerca del argumento de la excepcionalidad de la apelación en el procedimiento penal.*

8<sup>º</sup>. Que se ha argumentado que el solo hecho de que no exista la posibilidad de apelar no contraviene la racionalidad y justicia de un procedimiento penal, debido a que dicho recurso es de carácter excepcional en el diseño legislativo del Código de Procedimiento Penal. Se proporcionan argumentos para justificar por qué, en términos generales, el recurso de apelación se encuentra más restringido que en el modelo procesal previo, en especial (entendemos), respecto de la sentencia definitiva, en el que tal recurso no existe;

9<sup>º</sup>. Que consideramos que el ámbito analítico relevante, sin embargo, se reduce a uno en que sí existe apelación, pero ésta se concede sólo a una de las partes. De hecho, nadie ha puesto en duda la pertinencia de que exista la posibilidad de apelar frente a la determinación de un juez de garantía que procede a excluir una prueba del Ministerio Público por aplicación del inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal. Por consiguiente, no es relevante la constatación global de que el modelo que sustenta el procedimiento penal cuenta con menos posibilidades de apelación. Lo esencial de la discusión es si, asumiéndose la necesidad de contemplar el recurso de apelación respecto de una situación específica, es justificable o no que sea procedente para una de las partes, mas no lo sea para la otra;

10<sup>º</sup>. Que sin perjuicio de lo manifestado previamente, cabe aclarar que un análisis del Código Procesal Penal deja de manifiesto que la posibilidad de impugnación de una resolución judicial en materia penal (sea por la vía del recurso de apelación o de nulidad) es la regla general en nuestro sistema. La necesidad de resguardar una doble conformidad en el ejercicio del *ius puniendi*, o en las resoluciones que servirán de base para él, así lo exige;

*II.A).2. Acerca del argumento de la suficiencia del recurso de nulidad.*

11<sup>º</sup>. Que se plantea que el imputado no queda indefenso frente a la decisión del juez de garantía de excluir prueba, ya que él siempre tiene a salvo la facultad de interponer ante el tribunal competente, de acuerdo con las reglas generales, el recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva. Así, se sostiene que la inexistencia de la apelación debe ser

enjuiciada en el contexto de si existen o no otros recursos que permitan alcanzar la misma finalidad. Lo relevante, se dice, es que no haya indefensión y, al existir otro recurso, no se afecta el derecho a recurrir;

**12°.** Que el inconveniente con la argumentación recién expuesta radica en que la interpretación que se ha dado a esta norma en la jurisprudencia de los tribunales de justicia no garantiza la posibilidad impugnación ante una exclusión de prueba. Es más, la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema no permite desvirtuar la incertidumbre sobre la procedencia, en este caso, del recurso de nulidad. Tal situación puede apreciarse, a modo ilustrativo, en lo que se manifiesta a continuación;

**13°.** Que es efectivo que la Excma. Corte Suprema, a veces, ha acogido nulidades de juicios orales por haberse excluido prueba con infracción a garantías fundamentales. Por ejemplo, en el considerando 23° de la sentencia rol N° 8637-2011, dicho tribunal señaló que “(...) *el acusado (...) fue puesto en una posición evidentemente desventajosa, afectando su derecho al debido proceso, ya que con la irregular exclusión ya anotada de su prueba ofrecida, experimentó el perjuicio trascendente requerido por la nulidad procesal, con quebranto de las normas relativas a la garantía ya aludida, consagrada en el artículo 19, N° 3°, inciso 5°, de la Carta Fundamental, por lo que es forzoso concluir que la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal aparece revestida de la relevancia necesaria para acoger el recurso, que sólo es reparable con la declaración de nulidad del juicio oral y del dictamen impugnado, por ser esta la única vía que permite legalmente la realización de un nueva audiencia de preparación de un nuevo juicio oral, en el que se respeten las reglas del debido proceso y se resguarden adecuadamente las garantías de los contendientes.*”;

**14°.** Que, sin embargo, dicha sentencia fue acordada con dos votos disidentes de la Excma. Corte Suprema en relación a la posibilidad de acoger la nulidad por la causal del 373, letra a), del Código Procesal Penal; y en consecuencia, existe una plausibilidad que, al negarse el control de la motivación de exclusión de prueba tanto por la apelación como por nulidad, pueda no existir en la práctica la posibilidad de revisar de la decisión del juez de garantía, pese a que la exclusión haya sido realizada con infracción a garantías fundamentales, como en el caso antes citado;

**15°.** Que la propia Excma. Corte Suprema, en otro caso similar, confirmó que tiene una interpretación restrictiva de la causal de nulidad del artículo 373, letra a), en cuanto a la revisión de la exclusión de prueba por parte del juez de garantía. Por ejemplo, la sentencia rol N° 2333, del año 2010, dice en su considerando tercero que la revisión de la legalidad de la exclusión de prueba “(...) *se trata de una materia que, a juicio de estos sentenciadores, no es factible de ser objeto de una nueva discusión en esta sede, ya que ella está entregada de modo privativo al juez de garantía y al tribunal de alzada, debiendo darse por concluido el debate sobre ese tópico*”. (En el mismo sentido SCS rol N° 1741, de 25 de mayo de 2010).”;

16°. Que, siguiendo una línea argumental similar, la Excma. Corte Suprema, en una reciente sentencia (rol N<sup>º</sup> 2170, de 2013), ha rechazado por extemporáneo un recurso de nulidad por infracción a las garantías fundamentales interpuesto por la defensa de un condenado por no haberse excluido una prueba ilícita del Ministerio Público en un juicio seguido en su contra, pese a que en la audiencia de preparación al juicio oral se hizo presente el vicio alegado, con posterioridad, en el recurso de nulidad. Ésta es una interpretación restrictiva del recurso de nulidad que ha tenido y puede tener la Excma. Corte Suprema, y que, por lo mismo, hace incierta la viabilidad de una impugnación por parte de la defensa de la decisión del juez de garantía de excluir una prueba por la causal del artículo 276, inciso tercero, del Código Procesal Penal, como es el caso concreto sometido a nuestra consideración;

#### **II.B). Vulneración al artículo 19, N<sup>º</sup> 2<sup>º</sup>, de la Constitución Política de la República.**

17°. Que, como se ha señalado, el precepto impugnado estableció una diferenciación entre el ministerio público y el imputado en relación a la apelación de la exclusión de prueba por el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal. Ante igual situación, la norma impugnada privilegia al persecutor público por sobre el imputado. Al primero se le concede el derecho a apelar, mas no al segundo. Este tratamiento diferenciado establecido por la ley es arbitrario y, por consiguiente, incompatible con el artículo 19, N<sup>º</sup> 2<sup>º</sup>, de la Constitución. No existe, como se verá, justificación razonable alguna que sustente la discriminación señalada;

18°. Que este tratamiento legal diferente de aquellos que se encuentran en igual situación ha intentado justificarse siguiéndose, básicamente, dos líneas argumentales. Por un lado, se ha pretendido demostrar que quienes han sido objeto de un tratamiento opuesto por parte del precepto legal impugnado no se encontrarían en la misma situación si se mira el proceso en su globalidad, pues las partes tienen roles y exigencias diferenciadas. Por otro lado, a un nivel aún más general, se aspira a justificar la diferencia de trato en virtud de la importancia del valor de la eficiencia en la actividad del Ministerio Público. A continuación se examinarán dichas argumentaciones;

*II.B).1. Acerca del argumento de la distinción de roles y de la inutilidad de la actividad probatoria del imputado.*

19°. Que se ha planteado que debido a que las partes en el proceso penal tienen roles distintos, se justificaría que frente al evento de una exclusión de pruebas en razón de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal sólo una de ellas (el Ministerio

Público) pueda apelar. En oposición a lo recién manifestado, estimamos que en un proceso contradictorio es de la esencia que el persecutor y el imputado tengan roles distintos, lo cual en modo alguno justifica quebrantar la necesaria igualdad para impugnar que debe existir frente a un aspecto clave de todo proceso como es la admisibilidad o exclusión de una prueba;

**20°.** Que parece sugerirse, asimismo, que la presunción de inocencia establecida en el artículo 4 del Código Procesal Penal compensaría, de alguna forma, la diferencia de trato consagrada en la norma impugnada, lo cual daría lugar a una situación que, desde una perspectiva global, no sería desmedida. Bajo este predicamento se argumenta, incluso, que el tema de la exclusión de prueba no es de relevancia para el imputado que goza de la presunción aludida, en quien no recae la carga de la prueba y, por lo tanto, no tiene que probar nada en el proceso (ver, en este sentido, el tercer párrafo del considerando octavo del voto por rechazar);

**21°.** Que, al contrario de lo argumentado precedentemente, es posible sostener, en primer lugar, que la presunción de inocencia, más que un privilegio del imputado susceptible de poder compensarse con un desigual trato en cuanto al recurso en cuestión, es una exigencia mínima de cualquier proceso penal que sea racional y justo. Y, en segundo lugar, la actividad probatoria del imputado que se defiende no puede considerarse inútil en atención a dicha presunción;

**22°.** Que, en relación a la última afirmación, es importante tener presente, primero, lo regulado por el propio Código Procesal Penal. En efecto, el artículo 263 establece que señalar medios de prueba de descargo es una *facultad del acusado*. Además, dicho Código le da particular importancia al ejercicio de esta facultad, dado que permite que sean presentados los medios de prueba del acusado hasta el inicio de la audiencia de preparación de juicio oral, verbalmente, e incluso – como señala el artículo 278 del Código procesal Penal – el juez de garantía puede suspender la audiencia de preparación de juicio oral cuando comprobare que el acusado no hubiere ofrecido oportunamente prueba por causas que no le fueren imputables. Finalmente, el Código Procesal Penal señala, expresamente, que el acusado debe señalar los medios de prueba *en los mismos términos* que el ministerio público. Entonces, no parece correcto señalar que el imputado no tenga que probar nada en el proceso, o que no le corresponda presentar prueba. El mismo Código Procesal Penal prevé dicha posibilidad y la regula en su presentación en igualdad de condiciones que la prueba del Ministerio Público;

**23°.** Que la segunda consideración a tener presente respecto de la supuesta inutilidad de la actividad probatoria del imputado de cara a la presunción de inocencia dice relación con el tipo de situaciones probatorias. En un contexto en donde la determinación judicial de los he-

chos no se plantea en términos de la certidumbre fáctica absoluta (el estándar en materias penales es aquel en que la prueba permite arribar a un grado de convicción más allá de toda duda razonable), las posibilidades probatorias no tienen por qué reducirse a la comprobación o no de hipótesis simples por parte de quienes acusan. Una defensa activa también puede intentar probar hipótesis que permitan, al menos, acreditar que sí existe una duda razonable. Por ejemplo, se pueden probar, en primer lugar, hipótesis contrarias. Esto ocurrirá cuando la hipótesis afirmativa sobre un hecho pretende ser desvirtuada probando una hipótesis negativa sobre la existencia del mismo hecho. En segundo lugar, también puede probarse una hipótesis incompatible: se prueban hechos distintos, pero que resultan incompatibles con la hipótesis de la parte acusadora. Y, en tercer lugar, la defensa puede intentar probar una hipótesis sobre hechos que sin ser incompatibles están jurídicamente vinculados. Esto ocurre cuando la defensa, por ejemplo, alega e intenta probar la existencia de hechos extintivos, modificatorios o impeditivos que permiten incidir en la calificación jurídica del supuesto de hecho sustancial;

*II.B).2. Acerca del argumento general de la eficiencia en la actividad del Ministerio Público.*

**24°.** Que, finalmente, se ha pretendido sustentar la posición de que sólo el Ministerio Público puede apelar en la necesidad de contar con pruebas suficientes y pertinentes para maximizar la eficiencia en la utilización de recursos públicos por parte de dicho ente;

**25°.** Que, al respecto, cabe hacer los siguientes alcances. En primer lugar, la necesidad de una de las partes de contar con pruebas suficientes y pertinentes puede justificar el derecho de apelación ante la exclusión de pruebas por parte del juez de garantía, pero no constituye una justificación de por qué debe facilitarse la actividad probatoria de quien acusa en desmedro de quien se defiende, quien no contaría con igual derecho de acuerdo a lo dispuesto en el precepto legal impugnado;

**26°.** Que, en segundo lugar, el argumento por rechazar aludido coloca el foco de la argumentación en las tareas del Ministerio Público (una de las partes del proceso) y no en la administración de justicia por parte de los Tribunales. No compartimos el argumento de que es admisible un desigual tratamiento de la ley sobre la base de privilegiar la eficiencia y eficacia en la persecución de delitos a costa del objetivo central del sistema del cual la actividad del Ministerio Público es sólo un componente: resolver conflictos, respetando el debido proceso, para la consecución de un resultado justo;

**27°.** Que, por tanto, consideramos que el precepto legal impugnado atenta en contra del derecho constitucional a un procedimiento racional

y justo (artículo 19, N° 3°), así como al derecho constitucional a que la ley no establezca diferencias arbitrarias (artículo 19, N° 2°), lo cual es coincidente con lo argumentado por este Tribunal en las STC roles N° 1.502, N° 1.535, y en el voto por acoger en la STC Rol N° 2.330;

**28°.** Que, en consecuencia, en mérito de todo lo anterior y de lo preceptuado, además, en los incisos primero, número 6°, e inciso decimoprimero, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal, estos Ministros están por acoger el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas 1, disintiendo de lo resuelto.

Redactó la sentencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander, la prevención, la Presidenta, Ministra señora Marisol Peña Torres, y la disidencia, el Ministro señor Juan José Romero Guzmán.

Notifíquese, comuníquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 2.323-2012**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora Marisol Peña Torres, y por los Ministros señores 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 y señora María Luisa Brahm Barril. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

ROL N<sup>º</sup> 2.324-2012CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO  
DE LEY QUE ESTABLECE EL SISTEMA DE ELECCIONES  
PRIMARIAS PARA LA NOMINACIÓN DE CANDIDATOS  
A PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, PARLAMENTARIOS  
Y ALCALDESLey N<sup>º</sup> 20.640, de 6 diciembre de 2012

Santiago, veinte de noviembre de dos mil doce.

## VISTOS Y CONSIDERANDO:

**PRIMERO.** Que, por oficio N<sup>º</sup> 10.394, de 4 de octubre de 2012 –ingresado a esta Magistratura el día 8 del mismo mes y año–, la Cámara de Diputados ha remitido copia autenticada del **proyecto de ley**, aprobado por el Congreso Nacional, que establece el **Sistema de Elecciones Primarias para la nominación de candidatos a Presidente de la República, Senadores, Diputados y Alcaldes** (Boletín N<sup>º</sup> 7911-06), con el objeto de que este Tribunal Constitucional, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 1<sup>º</sup>, de la Constitución Política de la República, ejerza el control de constitucionalidad respecto de la totalidad del proyecto;

**SEGUNDO.** Que el N<sup>º</sup> 1<sup>º</sup> del inciso primero del artículo 93 de la Carta Fundamental establece que es atribución de este Tribunal Constitucional: *“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 las normas del proyecto de ley remitido que estén comprendidas dentro de las materias que el Constituyente ha reservado a una ley orgánica constitucional;

## I

NORMAS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA QUE ESTABLECEN  
EL ÁMBITO DE LAS LEYES ORGÁNICAS CONSTITUCIONALES  
RELACIONADAS CON EL CONTENIDO DEL PROYECTO  
DE LEY REMITIDO

**CUARTO.** Que el artículo 18 de la Constitución Política dispone:  
*“Habrá un sistema electoral público. Una ley orgánica constitucional determinará su organización y funcionamiento, regulará la forma en que se realizarán los procesos electorales y plebiscitarios, en todo lo no previsto por esta Constitución*

y garantizará siempre la plena igualdad entre los independientes y los miembros de partidos políticos tanto en la presentación de candidaturas como en su participación en los señalados procesos. Dicha ley establecerá también un sistema de financiamiento, transparencia, límite y control del gasto electoral.

Una ley orgánica constitucional contemplará, además, un sistema de registro electoral, bajo la dirección del Servicio Electoral, al que se incorporarán, por el solo ministerio de la ley, quienes cumplan los requisitos establecidos por esta Constitución.

El resguardo del orden público durante los actos electorales y plebiscitarios corresponderá a las Fuerzas Armadas y Carabineros del modo que indique la ley.”;

**QUINTO.** Que el artículo 19, Nº 15, inciso quinto, de la Constitución Política establece que “[l]os partidos políticos no podrán intervenir en actividades ajenas a las que les son propias ni tener privilegio alguno o monopolio de la participación ciudadana; la nómina de sus militantes se registrará en el servicio electoral del Estado, el que guardará reserva de la misma, la cual será accesible a los militantes del respectivo partido; su contabilidad deberá ser pública; las fuentes de su financiamiento no podrán provenir de dineros, bienes, donaciones, aportes ni créditos de origen extranjero; sus estatutos deberán contemplar las normas que aseguren una efectiva democracia interna. Una ley orgánica constitucional establecerá un sistema de elecciones primarias que podrá ser utilizado por dichos partidos para la nominación de candidatos a cargos de elección popular; cuyos resultados serán vinculantes para estas colectividades, salvo las excepciones que establezca dicha ley. Aquellos que no resulten elegidos en las elecciones primarias no podrán ser candidatos, en esa elección, al respectivo cargo. Una ley orgánica constitucional regulará las demás materias que les conciernan y las sanciones que se aplicarán por el incumplimiento de sus preceptos, dentro de las cuales podrá considerar su disolución. Las asociaciones, movimientos, organizaciones o grupos de personas que persigan o realicen actividades propias de los partidos políticos sin ajustarse a las normas anteriores son ilícitos y serán sancionados de acuerdo a la referida ley orgánica constitucional.”;

**SEXTO.** Que el inciso primero del artículo 95 de la Constitución Política dispone:

“Un tribunal especial, que se denominará Tribunal Calificador de Elecciones, conocerá del escrutinio general y de la calificación de las elecciones de Presidente de la República, de diputados y senadores; resolverá las reclamaciones a que diere lugar y proclamará a los que resulten elegidos. Dicho Tribunal conocerá, asimismo, de los plebiscitos, y tendrá las demás atribuciones que determine la ley.

## II

### NORMAS DEL PROYECTO DE LEY SOMETIDAS A CONTROL PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDAD

**SÉPTIMO.** Que el proyecto de ley sometido a control de constitucionalidad dispone:



**PROYECTO DE LEY:****“TÍTULO PRELIMINAR**

*Artículo 1°. La presente ley establece y regula un sistema de elecciones primarias a ser usado por los partidos políticos para la nominación de candidatos a los cargos de elección popular que determina la ley, en virtud de lo dispuesto en el número 15° del artículo 19 de la Constitución Política.*

*Artículo 2°. Los partidos políticos, cuando así lo determinen sus organismos internos, en conformidad a sus estatutos y a las disposiciones de la ley N<sup>º</sup> 18.603, Orgánica Constitucional de Partidos Políticos, podrán participar en procesos de elecciones primarias para la nominación de candidatos a cargos de Presidente de la República, Senador, Diputado y Alcalde en la forma y condiciones que establece esta ley.*

**TÍTULO I****DE LAS ELECCIONES PRIMARIAS****Párrafo 1°****De la Realización de las Elecciones Primarias y su Fecha**

*Artículo 3°. El Servicio Electoral deberá organizar una elección primaria conjunta para la nominación de los candidatos a los cargos de Presidente de la República y de Parlamentarios, y otra para el cargo de Alcalde.*

*La elección primaria para la nominación de candidatos a los cargos de Presidente de la República y de Parlamentarios será de carácter nacional y deberá realizarse el vigésimo domingo anterior a la fecha de la elección de Presidente de la República.*

*La elección primaria para la nominación de candidatos al cargo de Alcalde deberá realizarse el vigésimo domingo anterior a la fecha de las elecciones municipales.*

*Las elecciones primarias se realizarán simultáneamente en las fechas indicadas para todos los candidatos de los partidos políticos y pactos electorales que participen en ellas.*

*Artículo 4°. Lo señalado en el artículo anterior regirá siempre y cuando algún partido político o pacto electoral de partidos políticos, haya declarado candidaturas para las elecciones primarias para la nominación de candidatos a los cargos de Presidente de la República, de Parlamentarios o de Alcaldes, según corresponda, de conformidad a lo señalado en los artículos 14 y 15, y éstas hayan sido aceptadas por el Servicio Electoral.*

*Las elecciones primarias se realizarán sólo en los territorios electorales donde se hayan declarado candidatos.*

*Para efecto de esta ley, se entenderá como territorio electoral, en el caso de la elección de Presidente de la República, a todas las circunscripciones electorales existentes; en el caso de la elección de Senadores, al territorio comprendido por las circunscripciones senatoriales; en el caso de la elección de Diputados, al territorio*

*comprendido por el distrito electoral; y en el caso de la elección de Alcaldes, al territorio de la comuna.*

*Artículo 5°. No procederá la realización de elecciones primarias para la nominación de candidatos al cargo de Presidente de la República, cuando las elecciones presidenciales sean convocadas en virtud de las situaciones señaladas en el inciso cuarto del artículo 26, el inciso segundo del artículo 28 y el inciso cuarto del artículo 29 de la Constitución Política de la República.*

*Artículo 6°. Para las elecciones primarias reguladas por esta ley, en todo lo que no sea contrario a ella y en lo que le sea aplicable, regirán las disposiciones de la ley N° 18.700, Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios; de la ley N° 18.556, Orgánica Constitucional de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral, de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades y de la ley N° 18.603, Orgánica Constitucional de Partidos Políticos.*

### **Párrafo 2°**

#### **De la Decisión de Participar en las Elecciones Primarias**

*Artículo 7°. Los partidos políticos podrán participar en la elección primaria para la nominación de candidatos a los cargos de Presidente de la República y de Alcalde, en forma individual o en conjunto con otros partidos y candidatos independientes conformando un pacto electoral, y con el objeto de nominar un candidato para cada cargo en el territorio electoral que corresponda.*

*En la elección primaria para la nominación de candidatos a los cargos de Parlamentarios, para cada territorio electoral, los partidos políticos podrán participar:*

- a) En forma individual, sin haber suscrito un pacto electoral con otros partidos, y con el objeto de determinar sus dos candidatos.*
- b) En forma individual, habiendo suscrito un pacto electoral con otros partidos, y con el objeto de determinar su propio candidato dentro del pacto.*
- c) En conjunto con otros partidos con los cuales ha suscrito un pacto electoral, y con el objeto de determinar los dos candidatos de dicho pacto.*

*En la elección conjunta de Presidente y de Parlamentarios podrá haber un pacto electoral para las elecciones presidenciales y otro diferente para las elecciones parlamentarias.*

*El pacto para las elecciones parlamentarias deberá ser común, abarcando todas las circunscripciones senatoriales y distritos.*

*El pacto para las elecciones de Alcaldes deberá ser común, abarcando todas las comunas.*

*Los independientes podrán participar en las elecciones primarias ya sea nominados por un partido político o como integrantes de un pacto electoral.*

*Artículo 8°. Corresponderá al Consejo General de cada partido político la decisión de participar en una elección primaria para la nominación de su candidato a Presidente de la República, el hacerlo en forma individual o por medio de un pacto electoral, y la nominación de los candidatos para dicha elección.*

*El Consejo General deberá pronunciarse respecto de las decisiones señaladas en este artículo, cuando así lo solicite la Directiva Central del partido o un 10% de los miembros de dicho Consejo.*

*Artículo 9°. Corresponderá al Consejo General de cada partido político la decisión de participar en elecciones primarias para la nominación de candidatos a los cargos de Parlamentarios y de Alcaldes, los territorios electorales en que se participará, el hacerlo en forma individual o por medio de un pacto electoral, y la nominación de los candidatos para dichas elecciones.*

*El Consejo General deberá pronunciarse respecto de las decisiones señaladas en este artículo, cuando así lo solicite la Directiva Central del partido o el Consejo Regional que corresponda.*

*Artículo 10. La decisión de realizar el proceso de elecciones primarias podrá hacerse en forma separada para la nominación del candidato o candidatos de cada cargo de elección popular, no siendo obligatorio someter al mismo proceso a todos los cargos que se eligen en una misma elección.*

*El proceso de elecciones primarias deberá abarcar todo el territorio electoral que corresponda al cargo cuyos candidatos se quieren nominar.*

*Artículo 11. Será requisito para participar en las elecciones primarias que el partido político o pacto electoral declare, al menos, un número superior de candidatos a los cargos a definir.*

*Artículo 12. El pacto electoral para la elección de Presidente de la República deberá formalizarse ante el Director del Servicio Electoral, antes del vencimiento del plazo para efectuar las declaraciones de candidaturas de las elecciones primarias, mediante la presentación de los siguientes documentos:*

*a) Declaración suscrita por los presidentes y secretarios de los partidos políticos y por los independientes integrantes del pacto, que deberá indicar la decisión de concurrir en pacto electoral para la elección primaria de Presidente de la República, de apoyar en la elección definitiva al candidato que resulte nominado de este proceso y las demás exigencias señaladas en el inciso cuarto del artículo 3° bis de la ley N<sup>º</sup> 18.700, sobre Votaciones Populares y Escrutinios, y*

*b) Declaración de las candidaturas para la nominación al cargo de Presidente de la República para la elección primaria.*

*El pacto electoral para la elección de Presidente de la República se entenderá constituido a contar de la fecha de su formalización. Los partidos políticos e independientes que hubieren constituido un pacto electoral no podrán acordar otro, a menos que aquél fuere dejado sin efecto. Sólo se podrá dejar sin efecto este pacto electoral antes del vencimiento del plazo para declarar candidaturas, siempre y cuando los partidos que lo integren hayan dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 29, inciso primero, de la ley N<sup>º</sup> 18.603, y exista acuerdo unánime entre ellos. Este acuerdo deberá ser comunicado al Director del Servicio Electoral, mediante una declaración suscrita por los presidentes y secretarios de los partidos políticos y por los independientes de que se trate, antes del vencimiento del plazo para declarar candidaturas.*

*El pacto electoral para las elecciones presidenciales también se podrá dejar sin efecto antes del vencimiento del plazo para declarar candidaturas señalado en el artículo 6° de la ley N° 18.700, a requerimiento de uno de los partidos políticos integrantes del mismo, presentado ante el Director del Servicio Electoral, siempre que se cumpla alguna de las circunstancias señaladas en la letra a) del artículo 39.*

*Los independientes que integren un pacto electoral constituido en conformidad con este artículo podrán hacerse representar por una o dos personas que actuarán en forma conjunta, las que serán designadas por escritura pública. Dicha escritura deberá presentarse junto con los documentos a los que se refiere el inciso primero.*

*Artículo 13. En el caso que dos o más partidos políticos decidan participar en las elecciones de parlamentarios o alcaldes conformando un pacto electoral, y decidan resolver la nominación de alguno de sus candidatos parlamentarios o alcaldes por elecciones primarias, el pacto electoral deberá formalizarse ante el Director del Servicio Electoral dentro del plazo a que se refiere el artículo 14 y en forma previa a las declaraciones de candidaturas de las elecciones primarias, mediante la presentación de una declaración suscrita por los presidentes y secretarios de los partidos políticos e independientes integrantes del pacto, que deberá indicar la decisión de concurrir en pacto electoral para la elección primaria, de apoyar en la elección definitiva a los candidatos que resulten nominados de este proceso y las demás exigencias señaladas en el inciso cuarto del artículo 3° bis de la ley N° 18.700, Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios.*

*Los pactos electorales suscritos con ocasión de estas elecciones primarias de Parlamentarios o de Alcaldes, se entenderán constituidos a contar de la fecha de su formalización y tendrán validez hasta el término de la elección definitiva de Parlamentarios o de Alcaldes y concejales según se trate. No será necesaria la formalización del pacto conforme al artículo 3° bis de la ley N° 18.700, o al artículo 110 de la ley N° 18.695, con ocasión de la declaración de candidaturas a Parlamentarios o a Alcaldes y concejales, cuya nominación no se haya hecho por medio de elecciones primarias, bastando en tal caso la declaración de candidaturas suscrita por los presidentes y secretarios de los partidos integrantes del pacto. Los subpactos electorales para la elección de concejales que contemple un pacto electoral, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 109 de la ley N° 18.695, podrán efectuarse con posterioridad a las elecciones primarias de alcalde y dentro del plazo establecido en el artículo 107 de la misma ley.*

*Los partidos políticos que hubieren constituido un pacto electoral no podrán acordar otro, a menos que aquél fuere dejado sin efecto. Sólo se podrá dejar sin efecto este pacto electoral antes del vencimiento del plazo para declarar candidaturas para las elecciones primarias, siempre y cuando los partidos que lo integren hayan dado cumplimiento a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 29 de la ley N° 18.603, y exista acuerdo unánime entre ellos. Este acuerdo deberá ser comunicado al Director del Servicio Electoral, mediante una declaración suscrita por los presidentes y secretarios de los partidos políticos de que se trate, antes del vencimiento del plazo para declarar candidaturas.*

### **Párrafo 3º**

#### **De la Declaración de Candidaturas**

*Artículo 14. Las declaraciones de candidaturas a Presidente de la República, a Parlamentario y a Alcalde para participar en las elecciones primarias, sólo podrán hacerse hasta las veinticuatro horas del sexagésimo día anterior a aquél en que deba realizarse la elección primaria.*

*Ningún candidato podrá figurar en más de una declaración de candidaturas.*

*Artículo 15. Los candidatos nominados por un partido político para participar en las elecciones primarias podrán ser afiliados a dicho partido o independientes.*

*En todo caso, los candidatos nominados por un partido político que participe en forma individual en las elecciones primarias para la nominación de candidatos a los cargos de Diputado o Senador deberán ser siempre afiliados a dicho partido, de conformidad a lo señalado en el inciso segundo del artículo 4º de la ley N<sup>º</sup> 18.700, Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios.*

*No podrán participar en las elecciones primarias candidaturas independientes que no sean nominadas por partidos políticos o que no integren pactos electorales.*

*Artículo 16. Junto con cada declaración de candidatura, el partido político o el pacto electoral deberá adjuntar una norma para determinar el padrón electoral que se señala en el artículo 20, que podrá ser diferente según se trate de elecciones presidenciales, parlamentarias o municipales.*

*Los partidos políticos cuyos estatutos dispongan medidas de acción afirmativa procederán conforme a ellas al seleccionar sus candidaturas para las elecciones primarias.*

*Artículo 17. La declaración de encargados de trabajos electorales y de nombramientos de apoderados, señalada en el artículo 7º de la ley N<sup>º</sup> 18.700, podrá hacerse en forma separada por cada candidato, aún en los casos en que ellos fueran del mismo partido político o pacto electoral.*

*Artículo 18. Los candidatos independientes nominados para participar en las elecciones primarias por los partidos políticos o que integren pactos electorales no requerirán de los patrocinios señalados en los artículos 8º y 13 de la ley N<sup>º</sup> 18.700 y 112 de la ley N<sup>º</sup> 18.695.*

*Artículo 19. El Servicio Electoral deberá verificar el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales de las candidaturas para postular a cada cargo.*

*El cumplimiento de los requisitos para ser candidato se evaluará siempre en relación a la fecha de la elección definitiva y, en ningún caso, en relación a la fecha de la elección primaria.*

*El plazo para que el Director del Servicio Electoral acepte o rechace las declaraciones de candidaturas para participar en las elecciones primarias de conformidad al artículo 17 de la ley N<sup>º</sup> 18.700, será de cinco días.*

### **Párrafo 4º**

#### **De los Padrones Electorales**

*Artículo 20. Cada partido político o pacto electoral que participe en las elecciones primarias, deberá presentar al Servicio Electoral para cada tipo de prima-*

ria, ya sea presidencial, parlamentaria o de alcalde, junto con la declaración de candidaturas, la norma de cómo se determinará el padrón electoral de los electores habilitados para sufragar en cada una de ellas.

La norma deberá contemplar una de las siguientes opciones de electores:

a) Sólo los afiliados al partido habilitados para ejercer el derecho a sufragio, en el caso que el partido participe en forma individual.

b) Sólo los afiliados al partido, e independiente sin afiliación política, habilitados para ejercer el derecho a sufragio, en el caso que el partido participe en forma individual.

c) Sólo los afiliados a los partidos integrantes del pacto habilitados para ejercer el derecho a sufragio, en el caso de un pacto electoral.

d) Sólo los afiliados a los partidos integrantes del pacto e independientes sin afiliación política habilitados para ejercer el derecho a sufragio, en el caso de un pacto electoral.

e) Todos los electores habilitados para sufragar.

En el caso de elecciones primarias para Presidente de la República en que exista una candidatura independiente según la forma señalada en el inciso final del artículo 7°, los partidos políticos o pactos electorales participantes del proceso sólo podrán elegir como norma para determinar el padrón electoral las contenidas en las letras b), d) o e) del presente artículo.

Artículo 21. El Servicio Electoral confeccionará el padrón electoral de cada mesa receptora de sufragios que contendrá a los electores habilitados para sufragar en cada elección primaria que cumplan con los requisitos necesarios para ejercer el derecho a sufragio, conforme a los antecedentes conocidos por dicho Servicio al sexagésimo día anterior a aquél que deba realizarse la elección primaria. Para estos efectos, no será aplicable lo dispuesto en los Títulos II y III de la ley N° 18.556, Orgánica Constitucional de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral.

El padrón electoral contendrá los nombres y apellidos de cada elector y su número de rol único nacional.

Respecto de los electores habilitados para sufragar en las elecciones primarias, el padrón señalará las primarias de los partidos o pactos electorales en que pueda sufragar, según lo señalado en el artículo anterior. El padrón contemplará, además, un espacio para la firma y número de serie de la cédula, respecto de cada una de las primarias que se realicen en el territorio electoral al que corresponde la mesa receptora de sufragios.

### **Párrafo 5°**

#### **De las Cédulas Electorales y del Derecho a Sufragio de los Electores**

Artículo 22. Para la elección primaria conjunta para la nominación de candidatos a los cargos de Presidente y de Parlamentarios, habrá cédulas electorales diferentes, existiendo una para la elección de Presidente de la República, y otra para la de Senadores y de Diputados.

*Existirá una cédula electoral diferente para cada elección primaria de un partido político o pacto electoral.*

*Las cédulas electorales serán confeccionadas por el Servicio Electoral, en número suficiente para que puedan sufragar todos los electores indicados por los partidos políticos o pactos electorales en la norma señalada en el artículo 20.*

*El orden de los candidatos y partidos políticos en la cédula y sus códigos de identificación serán determinados por el Servicio Electoral, mediante sorteo.*

*Artículo 23. Cuando, de acuerdo con el padrón electoral de la mesa receptora de sufragios, un elector se encuentre habilitado para sufragar en las elecciones primarias de más de un partido político o pacto electoral, deberá libremente elegir en cuál de ellas desea sufragar.*

*En virtud de lo dispuesto en el inciso anterior, el elector recibirá para emitir su sufragio una sola cédula electoral para la elección primaria para la nominación de candidatos al cargo de Presidente de la República; una sola para la elección primaria para la nominación de candidatos al cargo de Senador; una sola para la elección primaria para la nominación de candidatos al cargo de Diputado, y una para la elección primaria para la nominación de candidatos al cargo de Alcalde, siempre que estas elecciones primarias se realicen en la circunscripción electoral a que corresponde la mesa receptora de sufragios.*

*Artículo 24. En el caso de las elecciones primarias para la nominación de candidatos a los cargos de Presidente de la República, de Parlamentario y de Alcalde, el elector deberá sufragar marcando la preferencia por uno solo de los candidatos que aparecen en la cédula electoral.*

### **Párrafo 6º**

#### **Mesas Receptoras de Sufragios, Vocales de Mesa, Acto Electoral y Aporados**

*Artículo 25. El Servicio Electoral determinará el número de mesas receptoras de sufragios y el número de urnas que se instalarán por cada mesa; dispondrá los útiles electorales; y dictará las normas que rigen la propaganda electoral, la votación, el escrutinio y, en general, todo aquello relativo al acto eleccionario, en conformidad con las disposiciones que se establecen en este párrafo.*

*Artículo 26. El Director del Servicio Electoral podrá aplicar la facultad señalada en el artículo 37 de la ley N<sup>º</sup> 18.700, referente a reunir dos o más mesas receptoras de sufragios, en forma transitoria y sólo para las elecciones primarias, cuando así lo considere necesario en base a la experiencia relativa a la participación y concurrencia de electores a votar en otras elecciones primarias. Las mesas fusionadas podrán superar los 350 electores.*

*La determinación del número de mesas receptoras de sufragios se realizará el quincuagésimo día anterior al de la elección primaria.*

*Artículo 27. En las elecciones primarias las mesas estarán constituidas por tres vocales, sin perjuicio de que la mesa pueda funcionar con un mínimo de dos, que serán designados por la Junta Electoral respectiva, por medio de un sorteo, de entre*

*aquéllos que se hayan desempeñado como vocal en la última elección general, ya sea de parlamentarios o municipal.*

*En el caso que se aplique lo señalado en el artículo anterior, la Junta Electoral procederá a elegir tres vocales por sorteo, de entre todos los que correspondan a las mesas que se reunieron en una sola.*

*Artículo 28. El sufragio será personal, igualitario, secreto, informado y voluntario.*

*Artículo 29. En las elecciones primarias no procederá la identificación de los electores conforme al artículo 63 de la ley N° 18.700.*

*Artículo 30. La facultad conferida a los partidos políticos para designar sedes y apoderados, contenida en los artículos 157 y 159 de la ley N° 18.700, se entenderá también conferida a cada uno de los candidatos que participen en una elección primaria.*

### **Párrafo 7°**

#### **De la Calificación de la Elección Primaria**

*Artículo 31. Resultará nominada para la elección definitiva, en el caso de las elecciones Presidenciales o de Alcalde, aquella o aquellas candidaturas que hubieren obtenido la mayor votación individual.*

*En el caso de las elecciones parlamentarias, será elegida la o las mayores votaciones individuales, según corresponda.*

*Artículo 32. El Tribunal Calificador de Elecciones proclamará como candidatos nominados para la elección definitiva de Presidente de la República o de Parlamentarios, en cada territorio electoral, a los candidatos de cada partido político o pacto electoral que haya participado en las elecciones primarias, en conformidad a lo señalado en el artículo anterior. En el caso de las elecciones primarias para la nominación de candidatos al cargo de Alcalde, dicha proclamación corresponderá al Tribunal Electoral Regional respectivo.*

*Artículo 33. Para el caso de las elecciones primarias de Presidente de la República y Parlamentarios, el proceso de calificación y la determinación de los candidatos nominados deberá quedar concluido dentro de los veinticinco días siguientes de la elección primaria, aún en el caso que se hayan presentado reclamaciones de nulidad o solicitudes de rectificación, en virtud de lo señalado en los artículos 96 y 97 de la ley N° 18.700.*

*Para el caso de las elecciones primarias de Alcaldes, el proceso de calificación y la determinación de los candidatos nominados deberán quedar concluidos dentro de los quince días siguientes de la elección primaria en primera instancia, y dentro de los veinticinco días siguientes de la elección primaria en caso de apelación. Lo anterior, aún en el caso que se hayan presentado reclamaciones de nulidad o solicitudes de rectificación, en virtud de lo señalado en los artículos 96 y 97 de la ley N° 18.700.*

*Artículo 34. En el caso que el Tribunal Calificador de Elecciones o el Tribunal Electoral Regional, según corresponda, declaren por cualquier causa la nulidad de una elección primaria, ya sea de Presidente de la República, de Parlamentarios o*



*de Alcaldes, ésta no podrá repetirse. En tal caso, no habrá candidatos proclamados como nominados, debiendo los partidos políticos o pactos electorales proceder conforme a lo señalado en las letras a) o b) del artículo 39, según corresponda.*

*Artículo 35. El acuerdo del Tribunal Calificador de Elecciones o del Tribunal Electoral Regional, según corresponda, por el que se proclame a cada candidato nominado, se comunicará por escrito al Servicio Electoral, al partido político que lo declaró como candidato, o a todos los partidos políticos integrantes del pacto electoral que lo declararon como candidato, si correspondiere, y al candidato nominado.*

### **Párrafo 8º**

#### **De los Efectos Vinculantes de las Elecciones Primarias**

*Artículo 36. Los candidatos nominados por el Tribunal Calificador de Elecciones o por el Tribunal Electoral Regional, según corresponda, en virtud de una elección primaria, serán considerados por el Servicio Electoral como candidaturas aceptadas para todos los efectos legales, deberán ser inscritos en el registro señalado en el artículo 19 de la ley N<sup>º</sup> 18.700 y en el artículo 116 de la ley N<sup>º</sup> 18.695, y no podrán ser objeto de reclamación alguna.*

*Artículo 37. Si en la elección primaria para la nominación de candidatos a los cargos de Presidente de la República o de Alcalde de un partido político o pacto electoral, hubiere resultado un candidato nominado de conformidad a lo señalado en el artículo 31, los demás candidatos que hubieran participado en dicha elección primaria y que no hubieren resultado nominados, no podrán presentarse como candidatos en la elección definitiva por el mismo cargo y territorio electoral, ni el partido político o pacto electoral podrá declarar otros candidatos. Lo anterior es sin perjuicio de la excepción contenida en el artículo 39.*

*Artículo 38. Si en la elección primaria para la nominación de candidatos a los cargos de parlamentarios de un partido político o pacto electoral, hubieren resultado nominados como candidatos, según lo dispuesto en el artículo 31, la totalidad de los cargos que se decidió someter a elecciones primarias, conforme a lo señalado en el inciso segundo del artículo 7º, los demás candidatos que hubieren participado en dicha elección primaria y que no hubieren resultado nominados, no podrán presentarse como candidatos en la elección definitiva por el mismo cargo y territorio electoral, ni el partido político o pacto electoral podrá declarar otros candidatos por el mismo territorio electoral. Lo anterior es sin perjuicio de la excepción contenida en el artículo 39.*

*Artículo 39. Si un candidato nominado según lo dispuesto en el artículo 31, fallece, o renuncia a su candidatura por medio de una declaración efectuada ante notario y presentada al Servicio Electoral, después de su nominación y antes de la fecha de la declaración de candidaturas señaladas en el artículo 6º de la ley N<sup>º</sup> 18.700, y en el artículo 107 de la ley N<sup>º</sup> 18.695, se procederá como sigue:*

*a) Si se trata de un candidato Presidencial o a Alcalde, el partido político, el pacto electoral y los partidos que lo integran, quedarán liberados para designar sus candidatos, en forma individual o en pacto electoral, de acuerdo a sus estatutos*

y a lo dispuesto en las leyes N<sup>os</sup> 18.603, 18.700 y 18.695, pudiendo en tal caso nominar a cualquiera de los candidatos que participaron en la elección primaria, o a otra persona si así lo deciden.

b) Si se trata de un candidato al Congreso Nacional, el partido político o el pacto electoral quedará liberado para designar al candidato faltante, de acuerdo a sus estatutos y a lo dispuesto en las leyes N<sup>os</sup> 18.603 y 18.700, pudiendo en tal caso nominar a cualquiera de los candidatos que participó en la elección primaria, o a otra persona, si así lo deciden.

## **TÍTULO II PLAZOS**

*Artículo 40. Los plazos de días establecidos en esta ley serán de días corridos.*

## **TÍTULO III DEL GASTO ELECTORAL**

*Artículo 41. A las elecciones primarias les serán aplicables las disposiciones contenidas en la ley N<sup>o</sup> 19.884, en todo lo que no sea contrario a esta ley y, en lo que le sea aplicable, salvo lo señalado en el párrafo 2<sup>o</sup> del Título II y en el Título Final de esa ley, y considerando las excepciones que se señalan en los artículos siguientes de este título.*

*Artículo 42. Se entenderá por período de campaña electoral aquel comprendido entre el día que venza el plazo para declarar candidaturas para elecciones primarias y el de la elección primaria.*

*Artículo 43. Los límites al gasto electoral que se aplicarán en el caso de las elecciones primarias serán equivalentes al 10% de los valores señalados en el artículo 4<sup>o</sup> de la ley N<sup>o</sup> 19.884, según el tipo de elección. Cada candidato deberá realizar una declaración jurada del gasto electoral efectuado.*

*En el caso de los candidatos nominados, el monto del gasto electoral efectivamente realizado por el candidato se rebajará del gasto máximo autorizado para la elección respectiva.*

*Para efectos de los límites de los aportes que constituyen financiamiento privado de las campañas, de acuerdo a lo señalado en el artículo 9<sup>o</sup> de la mencionada ley, las elecciones primarias se considerarán parte de la elección definitiva.*

## **TÍTULO IV SANCIONES**

*Artículo 44. Los actos en contravención a esta ley se sancionarán de conformidad a lo señalado en el Título VII de la ley N<sup>o</sup> 18.700, en lo que fuere procedente.*

*Artículo 45. A los partidos políticos que no den cumplimiento a lo establecido en esta ley, o en sus estatutos, respecto de la realización de elecciones primarias, les serán aplicables las disposiciones contenidas en los Títulos VIII y IX de la ley N<sup>o</sup> 18.603, en lo que corresponda.*

## **TÍTULO V**

### **OTRAS DISPOSICIONES**

*Artículo 46. Sustitúyese el artículo 137 de la ley N<sup>º</sup> 18.700, Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, por el siguiente:*

*“Artículo 137. El que en cualquier elección popular, primaria o definitiva, solicitare votos por paga, dádiva o promesa de dinero u otra recompensa o cohechare en cualquier forma a un elector, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio, multa de 10 a 50 unidades tributarias mensuales y la inhabilitación absoluta y perpetua para el desempeño de cargos y oficios públicos.*

*El que en cualquier elección popular, primaria o definitiva, vendiere su voto o sufragare por dinero u otra dádiva, sufrirá la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 1 a 3 unidades tributarias mensuales. Se presumirá que ha incurrido en esta conducta el elector que, en el acto de sufragar, sea sorprendido empleando cualquier procedimiento o medio encaminado a dejar constancia de la preferencia que pueda señalar o haya señalado en la cédula.*

*En cualquier elección popular, primaria o definitiva, se presumirá, además, que incurre en alguna de estas conductas el que, después de entregada la cédula, acompañare a un elector hasta la mesa, salvo que se trate de discapacitados que hubieren optado por ser asistidos en el acto de votar; con excepción de los casos de delito flagrante.”.*

*Artículo 47. Reemplázase, en el inciso segundo del artículo 4<sup>º</sup> de la ley N<sup>º</sup> 19.884, sobre transparencia, límite y control del gasto electoral, la palabra “inscritos”, las tres veces que aparece, por “electores”.*

### **ARTÍCULOS TRANSITORIOS**

*Artículo primero. La presente ley comenzará a regir a partir del día de su publicación, siempre que a esa fecha faltaren, al menos, 210 días para la realización de la próxima elección general. De lo contrario, regirá a partir del primer día del mes siguiente de realizada la última elección.*

*Artículo segundo. El gasto fiscal que irroque la puesta en marcha de la presente iniciativa durante el primer año de su vigencia, se financiará con cargo a reasignaciones del presupuesto del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y, en lo que faltare, con cargo a la Partida Tesoro Público.”;*

### **III**

#### **NORMAS DEL PROYECTO DE LEY REMITIDO SOMETIDAS A CONTROL PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDAD QUE REVISTEN NATURALEZA DE LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL**

**OCTAVO.** Que, conforme con la interpretación que deriva de su texto, con la naturaleza de las leyes orgánicas constitucionales dentro de nuestra normativa jurídica y con el espíritu del constituyente al incorporarlas a

nuestra Carta Fundamental, las disposiciones del proyecto consultadas que se indicarán en los considerandos siguientes de esta sentencia están comprendidas, según corresponda, dentro de las materias que el Poder Constituyente ha encomendado que sean reguladas por las leyes orgánicas constitucionales a que se refieren los incisos cuarto a sexto de esta sentencia;

**NOVENO.** Que las disposiciones contenidas en los artículos 1° a 47, y primero transitorio del proyecto de ley sometido a control de constitucionalidad, son propias de las leyes orgánicas constitucionales sobre Sistema Electoral Público; sobre Sistema de financiamiento, transparencia, límite y control del gasto electoral, y sobre Sistema de Registro Electoral a que se refiere el artículo 18 de la Constitución Política; y de la Ley Orgánica Constitucional sobre Sistema de elecciones primarias que podrá ser utilizado por los partidos políticos para la nominación de candidatos a cargos de elección popular, a que se refiere el artículo 19, N° 15, inciso quinto, de la Constitución Política;

**DÉCIMO.** Que las disposiciones contenidas en los artículos 32 a 36 del proyecto de ley remitido, son, asimismo, propias de la Ley Orgánica Constitucional sobre el Tribunal Calificador de Elecciones a que se refiere el inciso primero del artículo 95 de la Ley Fundamental;

#### IV

### NORMAS ORGÁNICAS CONSTITUCIONALES DEL PROYECTO DE LEY REMITIDO QUE EL TRIBUNAL DECLARARÁ CONSTITUCIONALES

**DECIMOPRIMERO.** Que las disposiciones contenidas en los artículos 1° a 3°; 4°, salvo su inciso final; 5° a 24; 25, salvo en la parte que dispone “; y *dictará las normas que rigen la propaganda electoral, la votación, el escrutinio y, en general, todo aquello relativo al acto eleccionario*”; 26 a 28; 30 a 43; 46; 47 y primero transitorio del proyecto de ley sometido a control de constitucionalidad, no son contrarias a la Constitución Política;

#### V

### NORMA ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DEL PROYECTO DE LEY REMITIDO QUE EL TRIBUNAL DECLARARÁ CONFORME A LA CONSTITUCIÓN EN EL ENTENDIDO QUE SE INDICA

**DECIMOSEGUNDO.** Que la disposición contenida en el inciso final del artículo 4° del proyecto de ley remitido se declarará conforme con la Constitución, en el entendido de que, para efectos de la elección de Alcaldes, el territorio electoral comprende el territorio de la comuna o agrupación de comunas que son administradas por la respectiva Municipi-

palidad, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 118 de la Constitución Política y en el artículo 1<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades;

## VI

### NORMAS ORGÁNICAS CONSTITUCIONALES DEL PROYECTO DE LEY REMITIDO QUE EL TRIBUNAL DECLARARÁ INCONSTITUCIONALES

**DECIMOTERCERO.** Que la disposición contenida en el artículo 25 del proyecto de ley remitido establece que *“el Servicio Electoral determinará el número de mesas receptoras de sufragios y el número de urnas que se instalarán por cada mesa; dispondrá los útiles electorales; y dictará las normas que rigen la propaganda electoral, la votación, el escrutinio y, en general, todo aquello relativo al acto eleccionario, en conformidad con las disposiciones que se establecen en este párrafo.”*;

**DECIMOCUARTO.** Que, como se observa, la norma entrega una potestad normativa al Servicio Electoral para regular ciertos aspectos de la elección.

Dichos aspectos son definidos de dos maneras. Por una parte, de manera específica. La normativa que debe dictar el Servicio Electoral se refiere a *“la propaganda electoral”*, *“la votación”* y *“el escrutinio”*. Por la otra, de manera genérica, el proyecto señala que le corresponde al Servicio Electoral dictar normas sobre, *“en general, todo aquello relativo al acto eleccionario”*;

**DECIMOQUINTO.** Que este Tribunal Constitucional no encuentra reproche en que se entregue potestad normativa a un servicio público. Diversas normas de la Constitución se refieren a esta posibilidad. Por de pronto, el artículo 65, inciso cuarto, N<sup>º</sup> 2, establece que es materia de ley, de iniciativa exclusiva del Ejecutivo, determinar *“las atribuciones de los servicios públicos”*. Entre esas facultades puede estar la de dictar normas. La Constitución faculta, entonces, a la ley para conferir esta potestad a dicho servicio. La potestad normativa, por tanto, requiere texto expreso. No es inherente a la jefatura, como puede ser la de dictar instrucciones. Enseguida, la Constitución se refiere a esta potestad normativa cuando regula la toma de razón. Esta recae en decretos y resoluciones (artículo 99). Estas son las órdenes escritas, sobre asuntos de su competencia, que dictan las autoridades dotadas de poder de decisión (artículo 3<sup>º</sup>, inciso quinto, Ley N<sup>º</sup> 19.880). Finalmente, la Constitución se refiere a la potestad normativa de órganos distintos al Presidente de la República cuando regula la potestad normativa de los municipios (artículo 119, inciso segundo) y de los gobiernos regionales (artículo 113);

**DECIMOSEXTO.** Que, como toda potestad normativa secundaria, debe sujetarse a la Constitución, a la ley y a la normativa reglamentaria

que dicte el Presidente de la República. También sólo puede pormenorizar o detallar, sin innovar, lo establecido en la ley;

**DECIMOSÉPTIMO.** Que tampoco considera esta Magistratura que haya inconveniente en que exista esta potestad normativa para pormenorizar o detallar asuntos que están regulados en una ley orgánica. Estas leyes, si bien deben abordar ciertas materias y, en tal sentido, se rigen por el principio de competencia, y están sujetas a una superlegalidad de forma, por requerir un quórum más alto de aprobación que las leyes comunes, y estar sujetas al control preventivo de constitucionalidad de esta Magistratura, no dejan de ser leyes, pues emanan de la potestad legislativa. En tal sentido, pueden requerir de pormenorización o detalle a cargo de una normativa secundaria;

**DECIMOCTAVO.** Que, por otra parte, la norma analizada establece ciertas restricciones al Servicio Electoral. Desde luego, la normativa secundaria debe dictarse *“en conformidad con las disposiciones que se establecen en este párrafo”*. También la facultad se encuentra dentro de un párrafo específico (el 6° del Título I del proyecto);

**DECIMONOVENO.** Que, sin embargo, esta potestad normativa conferida al Servicio Electoral se da en un contexto especial, dada la forma en que el proyecto definió el marco jurídico que rige a las elecciones primarias, en el artículo 6°. Ahí se remitió *“en todo lo que no sea contrario a ella y en lo que le sea aplicable”*, a las leyes N<sup>os</sup> 18.700, 18.556, 18.695 y 18.603. Por lo mismo, deja un amplio margen para que dicha potestad normativa pueda definir lo que sea aplicable de ellas;

**VIGÉSIMO.** Que, en este sentido, tal potestad normativa, que permite que se pueda regular por el Servicio Electoral, entre otras materias, *“en general todo aquello relativo al acto electoral”*, vulnera la Constitución;

**VIGESIMOPRIMERO.** Que tal vulneración se produce, en primer lugar, porque la Constitución manda que sea *“una ley orgánica constitucional”* la que establezca *“un sistema de elecciones primarias”*. En tal sentido, el legislador orgánico debe precisar qué normas son las que regulan estas elecciones. Es la ley orgánica la que debe establecer el régimen jurídico de las primarias, no dejando en manos del Servicio Electoral definir ese marco jurídico en aspectos esenciales. El legislador puede establecer ese todo armónico y sistemático directamente o remitiendo a otras disposiciones legales. Pero no puede confiar esa tarea a la autoridad administrativa. En segundo lugar, tal potestad deslegaliza un ámbito que la Constitución reservó a la competencia del legislador orgánico. Cuando la Constitución encarga a la ley orgánica regular algo, el legislador debe hacerlo, sin que quepa que la potestad normativa secundaria pueda llenar ese vacío, pues ésta es de pormenorización o detalle de un contenido que la ley, en lo medular, ya reguló. Recordemos que ni siquiera el decreto con fuerza de ley cabe en materias propias de ley orgánica constitucional (artículo 64

de la Ley Suprema). Menos puede hacerlo una normativa que no es ni siquiera de rango legal;

**VIGESIMOSEGUNDO.** Que, en consecuencia, para este Tribunal la frase: “; y dictará las normas que rigen la propaganda electoral, la votación, el escrutinio y, en general, todo aquello relativo al acto eleccionario”, es inconstitucional, y así se declarará;

**VIGESIMOTERCERO.** Que la disposición contenida en el artículo 29 del proyecto de ley remitido excluye la aplicación del artículo 63 de la Ley N<sup>º</sup> 18.700, relativo a la identificación de electores, al proceso de primarias;

**VIGESIMOCUARTO.** Que el artículo 63 citado, en lo pertinente, dispone que:

*“Si a juicio de la mesa existiere disconformidad notoria y manifiesta entre las indicaciones del padrón de mesa y la identidad del elector, se recabará la intervención del experto de identificación que habrá en cada local de votación. El experto hará que el elector estampe su huella dactilar derecha al lado de su firma y la cotejará con la estampa en su cédula nacional de identidad o cédula de identidad para extranjeros”.*

Adicionalmente, dicho precepto dispone la modalidad en que este problema debe ser resuelto;

**VIGESIMOQUINTO.** Que consideramos que dicha exclusión es inconstitucional, en primer lugar, porque no es razonable que el peso de la organización electoral en la mesa de sufragio resida en ciudadanos en el ejercicio de una carga pública (los vocales) y, al mismo tiempo, se exonerare a un organismo del Estado de un deber crucial de identificación del elector;

**VIGESIMOSEXTO.** Que, en segundo lugar, la norma permite la ausencia de un órgano del Estado en un momento crítico de un proceso electoral: reconocerle a ciudadanos el derecho a sufragio dispuesto en los artículos 13 y 14 de la Carta Fundamental;

**VIGESIMOSÉPTIMO.** Que, en tercer lugar, la necesidad de identificarse mediante recursos técnicos es más relevante en elecciones primarias simultáneas, que necesariamente llevan a que la persona pueda votar una sola vez, excluyéndose de las otras;

**VIGESIMOCTAVO.** Que, en síntesis, consideramos que la norma establece una exclusión que puede afectar el ejercicio de derechos políticos inherentes a la condición de ciudadano, establecidos en la Constitución;

**VIGESIMONOVENO.** Que las disposiciones contenidas en los artículos 44 y 45 del proyecto de ley remitido, respectivamente, disponen:

*“Artículo 44. Los actos en contravención a esta ley se sancionarán de conformidad a lo señalado en el Título VII de la ley N<sup>º</sup> 18.700, en lo que fuere procedente.”*

*“Artículo 45. A los partidos políticos que no den cumplimiento a lo establecido en esta ley, o en sus estatutos, respecto de la realización de elecciones primarias, les*

*serán aplicables las disposiciones contenidas en los Títulos VIII y IX de la ley N<sup>o</sup> 18.603, en lo que corresponda.”;*

**TRIGÉSIMO.** Que, como se observa, dichos preceptos regulan las sanciones que pueden aplicarse durante el proceso eleccionario de las elecciones primarias y las sanciones que puedan aplicarse a los partidos políticos.

Pero lo hacen de una manera especial, porque remiten a lo señalado en la Ley N<sup>o</sup> 18.700, en los artículos 124 a 153 A, o a lo establecido en los Títulos VIII y IX de la Ley N<sup>o</sup> 18.603. En estas disposiciones se establecen faltas y delitos y el procedimiento para perseguir la responsabilidad consiguiente.

Sin embargo, esa remisión no es íntegra, sino que es *“en lo que fuere procedente”* o *“en lo que corresponda”*;

**TRIGESIMOPRIMERO.** Que no le incumbe a esta Magistratura establecer si determinados hechos son o no constitutivos de falta o delito;

**TRIGESIMOSEGUNDO.** Que, sin embargo, sí le compete examinar si esa remisión es lícita.

En efecto, si bien es posible que una ley remita a otra ley para los efectos de definir la conducta prohibida y su sanción (leyes penales en blanco impropias), no es lícito constitucionalmente que no se precise con claridad cuáles son las conductas lícitas y las prohibidas de esa remisión.

Esto es lo que ocurre en la remisión que se hace al Título VII de la Ley N<sup>o</sup> 18.700, al utilizar la expresión *“en lo que fuere procedente”*. Y lo que se hace con la remisión a los Títulos VIII y IX de la Ley N<sup>o</sup> 18.603, *“en lo que corresponda”*;

**TRIGESIMOTERCERO.** Que los destinatarios de una norma que establece sanciones por faltas y delitos, deben saber con antelación y con seguridad jurídica qué conductas se les pueden reprochar si las llegan a cometer; deben poder obtener del texto normativo la representación cabal de la conducta. La tipicidad exige el conocimiento anticipado por las personas del comportamiento que la ley sanciona. La legalidad de la sanción y la tipicidad son garantías que no pueden obviarse, ni aun en este tipo de leyes. Más todavía si entre las disposiciones remitidas hay algunas que configuran delitos. La función garantista de una ley cierta y expresa, en que la conducta que se sanciona esté no solamente descrita sino que pueda ser identificada con total claridad, se vería seriamente afectada si las personas no saben con precisión la conducta punible.

Las normas contenidas en los artículos 44 y 45 del proyecto de ley bajo análisis tampoco cumplen con el requisito constitucional tantas veces declarado por este Tribunal Constitucional en el sentido de que todo tipo penal debe establecer, a lo menos, el núcleo esencial de la conducta punible, cuestión que no acontece en la especie, toda vez que las normas referidas no determinan suficientemente dicha conducta punible, ni siquiera en sus rasgos esenciales;



**TRIGESIMOCUARTO.** Que el legislador no puede realizar una remisión de la naturaleza de la contenida en la norma que se analiza, que introduce una incertidumbre, insubsanable, al disponer que se van a sancionar delitos y faltas “*en lo que fuere procedente*”.

Si bien el legislador puede permitir que el juez desentrañe el sentido de una norma, incluso, interpretando los elementos normativos del tipo penal, no puede no establecer de manera cierta cuáles son las conductas reprochables. En tal sentido, debe precisar qué disposiciones se aplican y cuáles no de la ley remitida, sin incorporar en la norma de remisión elementos abiertos, que pueden generar confusión, ambigüedad o incertidumbre en la configuración de la conducta punible;

**TRIGESIMOQUINTO.** Que, por los motivos señalados, consideramos que los artículos 44 y 45 del proyecto infringen el inciso final del artículo 19, N<sup>º</sup> 3, de la Constitución Política y, en consecuencia, son, en su integridad, inconstitucionales y, por lo tanto, deben ser suprimidos del proyecto de ley.

## VII

### NORMA DEL PROYECTO DE LEY REMITIDO QUE NO ES PROPIA DE LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL

**TRIGESIMOSEXTO.** Que esta Magistratura no emitirá pronunciamiento, en examen preventivo de constitucionalidad, respecto de la disposición contenida en el artículo segundo transitorio del proyecto de ley remitido, por no ser propia de las leyes orgánicas constitucionales señaladas en los considerandos cuarto a sexto de esta sentencia, ni de otras leyes orgánicas constitucionales establecidas por la Constitución Política de la República;

## VIII

### CUMPLIMIENTO DE LOS QUÓRUM DE APROBACIÓN DE LAS NORMAS DEL PROYECTO DE LEY EN EXAMEN

**TRIGESIMOSÉPTIMO.** Que consta que las normas sobre las cuales este Tribunal emite pronunciamiento fueron aprobadas en ambas Cámaras del Congreso Nacional con las mayorías requeridas por el inciso segundo del artículo 66 de la Carta Fundamental.

**Y TENIENDO PRESENTE,** además, lo dispuesto en los artículos 66, inciso segundo; 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 1<sup>º</sup>, e inciso segundo, y demás disposiciones citadas de la Constitución Política de la República y lo prescrito en los artículos 48 a 51 de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura,

**SE RESUELVE:**

**1°.** Que las disposiciones contenidas en los artículos 1° a 3°; 4°, salvo su inciso final; 5° a 24; 25, salvo en la parte que dispone “; y *dictará las normas que rigen la propaganda electoral, la votación, el escrutinio y, en general, todo aquello relativo al acto eleccionario*”; 26 a 28; 30 a 43; 46; 47, y primero transitorio del proyecto de ley remitido, **son constitucionales.**

**2°.** Que la disposición contenida en el inciso final del artículo 4° del proyecto de ley remitido, **es constitucional, en el entendido** de que, para efectos de la elección de Alcaldes, el territorio electoral comprende el territorio de la comuna o agrupación de comunas que son administradas por la respectiva Municipalidad.

**3°.** Que las disposiciones contenidas en los **artículos 25**, en la parte que dispone “; y *dictará las normas que rigen la propaganda electoral, la votación, el escrutinio y, en general, todo aquello relativo al acto eleccionario*”; **29, 44 y 45** del proyecto de ley remitido, **son inconstitucionales y, en consecuencia, deben eliminarse de su texto.**

**4°.** Que este Tribunal Constitucional **no emite pronunciamiento**, en examen preventivo de constitucionalidad, respecto de la disposición contenida en el artículo segundo transitorio del proyecto de ley remitido, por **no ser dicho precepto propio de ley orgánica constitucional.**

**Acordada la declaración de conformidad con la Constitución del artículo 27 del proyecto de ley sometido a control, con el voto en contra de los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios (Presidente subrogante) y Hernán Vodanovic Schnake**, quienes estuvieron por declararlo inconstitucional.

Hicieron presente que, para fundar su voto, reiteraban los motivos que expresaran en sentencia de 19 de enero de este año (STC Rol N° 2.152), cuando sostuvieron igual posición al considerar que resulta contrario a la voluntariedad del sufragio, consagrada en el artículo 15 de la Carta Fundamental, imponer a las personas la carga de desempeñarse como vocal de una mesa receptora de sufragios, sin admitirse, al mismo tiempo, que puedan excusarse de desempeñar dicha función ejerciendo su derecho a no tomar parte del respectivo proceso eleccionario, objeción que se ve reforzada, en esta ocasión, por tratarse de elecciones primarias, restringidas al quehacer de uno o más partidos políticos, cuya existencia está fundada en la libertad de asociación, asegurada por el numeral 15 del artículo 19 de la Constitución, que garantiza que nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación ni, consecuentemente, a trabajar para el cumplimiento de sus fines.

**Acordada la declaración de inconstitucionalidad de la frase “; y dictará las normas que rigen la propaganda electoral, la votación, el escrutinio**

*y, en general, todo aquello relativo al acto eleccionario”, contenida en el artículo 25 del proyecto de ley remitido, con el voto en contra de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado, quienes estuvieron por declarar que dicho precepto legal es orgánico y constitucional, sobre la base de las siguientes razones:*

1°. Que, en efecto, con posterioridad a la sentencia Rol N<sup>º</sup> 279, donde este Tribunal razonó en la materia sobre la base del artículo 15 constitucional, es posible advertir que la Constitución y las pertinentes leyes derivadas han sido objeto de consecuentes reformas, encaminadas a regular de manera separada dos especies diferentes dentro del género común de las “*votaciones populares*”: unas que son definitivas y otras que son primarias.

Mientras a las elecciones definitivas les alcanza íntegramente el artículo 18, inciso primero, de la Carta Fundamental, a las elecciones primarias se les aplica la segunda oración del párrafo quinto del N<sup>º</sup> 15 del artículo 19 del texto supremo, en los términos incorporados por la Ley de Reforma Constitucional N<sup>º</sup> 20.414;

2°. Que el precitado artículo 18, inciso primero, prevé que una ley orgánica constitucional determinará la “*organización y funcionamiento*” de un sistema electoral público, la que asimismo regulará “*la forma en que se realizarán los procesos electorales y plebiscitarios, en todo lo no previsto por esta Constitución*”.

En su virtud, y tal como entendió este Tribunal en STC Rol N<sup>º</sup> 53 (cc. tercero al quinto), la Ley N<sup>º</sup> 18.700, Orgánica Constitucional sobre Votaciones y Escrutinios, con todo detalle “*regula los procedimientos para la preparación, realización, escrutinio y calificación de los plebiscitos y de las elecciones de Presidente de la República y Parlamentarios*” (artículo 1°, en lo que interesa).

3°. Que, por ende, debiendo bastarse a sí misma en estos aspectos, la Ley N<sup>º</sup> 18.700 trata minuciosamente de los “*Actos Preparatorios de las Elecciones*” (Título I) para acceder a aquellos cargos públicos que son de elección popular. Reglando, entre otros asuntos, “*la Propaganda y Publicidad*” (Párrafo 6°, artículos 30-35), “*las Mesas Receptoras de Sufragios*” (Párrafo 7°, artículos 36-38), “*la Constitución de las Mesas receptoras*” (Párrafo 9°, artículos 48-51), “*los Locales de Votación*” (Párrafo 10°, artículos 52-54), y “*los Útiles Electorales*” (Párrafo 11°, artículos 55-56).

Aborda a continuación todos los pormenores relativos al “*Acto Electoral*” (Título II), tales como los concernientes a “*la instalación de las Mesas Receptoras de Sufragios*” (Párrafo 1°, artículos 57-59), a “*la Votación*” (Párrafo 2°, artículos 60-68), y al “*Escrutinio por Mesas*” (Párrafo 3°, artículos 69-74);

4°. Que, con menos amplitud respecto a las materias que encomienda legalizar, el mencionado artículo 19, N<sup>º</sup> 15, en la segunda oración del

párrafo quinto, solo dispone que “Una ley orgánica constitucional establecerá un sistema de elecciones primarias que podrá ser utilizado por dichos partidos para la nominación de candidatos a cargos de elección popular, cuyos resultados serán vinculantes para estas colectividades, salvo las excepciones que establezca dicha ley. Aquellos que no resulten elegidos en las elecciones primarias no podrán ser candidatos, en esa misma elección, al respectivo cargo”.

Porque este tipo de comicios facultativos no posee igual trascendencia que aquellas elecciones periódicas que comprometen las bases de la institucionalidad (STC Rol N° 53, cc. cuarto y quinto), es que el constituyente optó aquí por confiar al desarrollo posterior de la ley solo lo concerniente al “sistema” de elecciones primarias, vale decir, sus principios básicos y reglas generales, pero –por contraste con el citado inciso primero del artículo 18 constitucional– sin hacer extensiva esta ley a la “organización” ni a “la forma en que se realizarán” tales procesos;

5°. Que, dentro de este amplio margen y sin una experiencia previa que fuera prudente petrificar en una ley orgánica constitucional, el artículo 3° del proyecto, en el Párrafo 1° sobre “la realización” de las elecciones primarias, encarga al Servicio Electoral “organizar” dichas votaciones, esto es, ordenar las actividades conducentes a su efectiva concreción dentro del aludido marco constitucional y legal.

De donde se entiende claramente que, más adelante, el artículo 25 faculte al mismo organismo para dictar las normas administrativas e instrucciones que permitan materializar estos procesos de nominación, tal como puede hacerlo actualmente el Consejo Directivo del Servicio Electoral, de conformidad con el artículo 67, letra e), de la Ley N° 18.556. Atribución ésta que, por lo demás, puede recibir plena aplicación y que no se ve menoscabada por la inconstitucionalidad con que se disiente, habida cuenta de la remisión que a dicho cuerpo legal efectúa el artículo 6° del proyecto;

6°. Que, por último, no puede sostenerse la inconstitucionalidad del artículo 25 del proyecto por ser incongruente con el artículo 6° del mismo. Menos cuando se entiende que este último se remite a la Ley N° 18.700, precisamente porque –de suyo– las elecciones primarias no se rigen por dicha ley, desde que sería superfluo e innecesario hacer aplicable un régimen jurídico a situaciones que por sí mismas están afectas a él.

En esta lógica del proyecto, entonces, las elecciones primarias se habrían de “organizar” por el Servicio Electoral conforme a las normas de esta ley dictada en virtud del N° 15 del artículo 19 constitucional (artículo 1°); a las disposiciones de la remitida Ley N° 18.700, en lo compatible e inútil de repetir por razones de economía legislativa (artículo 6°), y a las reglas adoptadas por el directorio de esa institución, en los aspectos administrativos específicos para las que han sido habilitadas (artículo 25°).

**Acordada la declaración de inconstitucionalidad del artículo 29 del proyecto de ley remitido, con el voto en contra de la Ministra señora Marisol Peña Torres y de los Ministros señores José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado**, quienes estuvieron por declarar que dicho precepto legal es orgánico y constitucional, sobre la base de las siguientes razones:

1°. Que la mayoría hace residir la inconstitucionalidad del artículo 29 del proyecto de ley sometido a control en la circunstancia de que asigna el peso de la organización electoral referente a las elecciones primarias en las Mesas Receptoras de Sufragios exonerando a un organismo del Estado de un deber crucial como es la identificación del elector;

2°. Que el argumento indicado no pasa de ser una consideración de mérito sobre la obra del legislador que no puede ser cuestionada por esta Magistratura Constitucional, porque conforme a su jurisprudencia reiterada, *“el control jurisdiccional que ejerce limita en el mérito del acto impugnado o controlado. En efecto, en este contexto, esta Corte ha afirmado que el Tribunal Constitucional no legisla ni administra (...)”* (STC roles N<sup>OS</sup> 616, c. vigesimosegundo y 786, c. trigesimoprimer);

3°. Que, por lo demás, este Tribunal no objetó la constitucionalidad de una norma similar, incluida en la Ley N<sup>º</sup> 20.183, que incorporó a la Ley N<sup>º</sup> 18.700 el denominado “voto asistido”, según la cual *“en caso de duda respecto de la naturaleza de la discapacidad del sufragante, el presidente (de la mesa receptora de sufragios) consultará a los vocales para adoptar su decisión final”* (artículo 61, inciso tercero, parte final). En efecto, en sentencia recaída en el Rol N<sup>º</sup> 745, este Tribunal aprobó la constitucionalidad de la norma citada *“en el entendido que el presidente de la mesa receptora de sufragios respectiva sólo podrá autorizar que un elector sea asistido en el acto de votar en la cámara secreta cuando su discapacidad sea de tal entidad que le impida realizar tal acto de manera autónoma.”* (Énfasis agregado). En dicho supuesto, si el Presidente de la Mesa Receptora de Sufragios no otorga tal autorización, podría estimarse afectado el ejercicio del derecho de sufragio, lo que el Tribunal no observó en aquella oportunidad, por lo que estos Ministros disidentes estiman que no cabe aplicar criterios diferentes para situaciones similares;

4°. Que, precisamente, la mayoría de esta Magistratura considera que la ausencia de un órgano del Estado, que permita la identificación del elector, en caso de disconformidad notoria y manifiesta entre las indicaciones del padrón de mesa y la identidad del elector, puede afectar el ejercicio de derechos políticos inherentes a la condición de ciudadano, que establece la Constitución, como es el caso del derecho de sufragio;

5°. Que, sobre el particular, debe tenerse presente que la posible arbitrariedad con que pudiera actuar la Mesa Receptora de Sufragios en esta materia se ve claramente contrarrestada con las sanciones que esta-

blece, para los miembros de dichas Mesas, el artículo 132, especialmente en sus numerales 4) y 8), de la Ley N° 18.700, expresamente aplicable en la especie por disposición del artículo 44 del proyecto de ley examinado, lo que, en concepto de quienes suscriben este voto es suficiente garantía del cabal y adecuado ejercicio del derecho de sufragio sin que se vea afectada la constitucionalidad del artículo 29 del proyecto de ley de que se trata.

6°. Que, a mayor abundamiento, debe consignarse que la decisión de excluir a los expertos en las elecciones primarias ha sido tomada por los poderes colegisladores dentro del ejercicio de sus facultades constitucionales, de modo tal que, no obstante que pueda hacerse un juicio de mérito acerca de la conveniencia o inconveniencia de la opción adoptada por el legislador orgánico constitucional, ello no constituye una cuestión de constitucionalidad ni transforma al precepto en comentario en contrario a la Carta Fundamental;

7°. Que, por último, no está demás tener presente que el mismo legislador ha establecido en el proyecto bajo examen un procedimiento para la determinación de los padrones electorales en que intervienen los partidos políticos o pactos electorales respectivos y el Servicio Electoral, debiendo éste último configurar el padrón definitivo. Luego, por ejemplo, el proyecto dispone que el padrón contendrá sólo los nombres y apellidos del elector y su número de rol único nacional, simplificando así el padrón y aplicando una regla especial por sobre las normas de la Ley N° 18.556, Orgánica Constitucional sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral. Ello, al igual que la exclusión de los expertos en identificación, es una decisión soberana del legislador que persigue simplificar los procesos de elecciones primarias, opción que cuestionable o no en su mérito, no acarrea efectos inconstitucionales.

**Los Ministros señora Marisol Peña Torres y señores Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino** estuvieron por declarar la inconstitucionalidad de la oración del artículo 37 del proyecto, que señala “y *territorio electoral*”, por las siguientes razones:

1°. Que el artículo 37 del proyecto sometido a control establece los efectos vinculantes de las elecciones primarias. Estos se traducen en que los resultados producen dos efectos. Por una parte, los candidatos que participaron en la primaria y que no resultaron nominados, no pueden presentarse como candidatos a la elección definitiva por el mismo cargo. Hay en este efecto una dimensión positiva y otra negativa. La positiva es que el ganador del proceso es el candidato del partido o del pacto. La negativa es que el perdedor no puede ser candidato. Por la otra, el partido político o el pacto electoral puede declarar como candidatos otros distintos a los que resultaron ganadores del proceso eleccionario;

2°. Que la Constitución, al momento de regular el sistema de elecciones primarias, lo hace de dos maneras. De un lado, establece directamente ciertos elementos. Del otro, remite a una ley orgánica establecer dicho sistema.

Entre los elementos que la Constitución regula expresamente está el de los efectos vinculantes. El artículo 19, N<sup>º</sup> 15, inciso quinto, establece que *“aquellos que no resulten elegidos en las elecciones primarias, no podrán ser candidatos, en esa elección, al respectivo cargo.”*;

3°. Que, como se observa, la Constitución establece una serie de restricciones para el efecto negativo de participar en una primaria. La primera es que el candidato perdedor (*“aquellos que no resulten elegidos”*) no pueden ser candidatos. La segunda es que el efecto negativo se limita a la elección que sucede a la primaria, no a otras que pueden venir después. La Constitución dice que la prohibición es *“en esa elección”*. La tercera restricción es que el perdedor no puede ser candidato *“al respectivo cargo”*;

4°. Que el proyecto de ley, en el artículo 37, agrega otra limitación a la señalada. Consiste en que el candidato perdedor no puede ser candidato no sólo en esa elección y al cargo que postuló, sino también únicamente en el *“territorio electoral”* correspondiente;

5°. Que, como se constata de una simple lectura, la expresión *“territorio electoral”* no está entre las restricciones que establece la Constitución;

6°. Que la expresión *“territorio electoral”* es definida por el inciso final del artículo 4° del proyecto. Expresamente, la norma señala:

*“Para efecto de esta ley, se entenderá como territorio electoral, en el caso de la elección de Presidente de la República, a todas las circunscripciones electorales existentes; en el caso de la elección de Senadores, al territorio comprendido por las circunscripciones senatoriales; en el caso de la elección de Diputados, al territorio comprendido por el distrito electoral; y en el caso de la elección de Alcaldes, al territorio de la comuna.”*;

7°. Que el efecto de agregar esta expresión en el artículo 37 es que el candidato perdedor puede ser candidato en las elecciones definitivas en otro territorio electoral, distinto a aquél en que participó en primaria. Ello tiene aplicación tratándose de pre-candidatos a senadores, a diputados y alcaldes. Estos, si pierden una primaria en la respectiva circunscripción, distrito o comuna, podrán ser candidatos en otra distinta. No se aplica al precandidato a Presidente de la República, porque en su caso el territorio electoral es todo el país. No tiene, por tanto, un territorio alternativo donde postular;

8°. Que para analizar si este agregado que hace la norma en análisis es legítimo desde el punto de vista constitucional, hay que considerar ciertas variables del sistema de primarias que el proyecto define. En primer lugar, participar o no en las primarias en un acto voluntario, tanto para los partidos como para los candidatos (artículos 1° y 2°). En segundo lugar,

las primarias son simultáneas para todos los candidatos de los partidos y pactos que participen en ellas. Es decir, se realizan de manera conjunta en todo el país (artículo 3º). En tercer lugar, la elección primaria es una votación popular. Así lo estableció esta Magistratura en la STC Rol N° 279; y así lo consagra el propio proyecto, al distinguir, en su artículo 46, dos tipos de elecciones populares: la primaria y la definitiva. Eso explica muchos de los elementos del sistema de elecciones primarias, como que intervengan organismos públicos en su organización (el Servicio Electoral y el Tribunal Calificador de Elecciones) (artículos 3º y 31), así como que se establezca la existencia de vocales con función obligatoria (artículo 27), etc.;

9º. Que, así las cosas, consideramos que el agregado que el artículo hace a la norma constitucional, la vulnera, en primer lugar, porque relativiza la inhabilidad. Mientras la Constitución establece que no pueden ser candidatos, en esa elección, al respectivo cargo, la ley agrega que esa prohibición es solamente aplicable en el territorio electoral en que el candidato participó en primaria. Es decir, la norma permite que quien perdió en una elección primaria en una determinada circunscripción, distrito o comuna, pueda ir en la elección definitiva como candidato, si lo hace en otro territorio electoral.

En segundo lugar, afecta la seriedad del proceso, al que se ingresa voluntariamente, utilizando bienes y recursos del Estado. Si la Constitución establece que no pueden ser candidatos los perdedores, la ley no puede abrir una puerta para que sí puedan hacerlo por otra vía.

El respeto hacia la inhabilidad de los perdedores es uno de los pilares del sistema de elecciones primarias. No puede permitirse que el legislador perfore dicho sistema, estableciendo una variable que la Constitución no contempla, pues ello equivaldría a su reforma sin cumplir el quórum requerido al efecto;

10º. Que, en mérito de lo anterior, consideramos que dicho precepto es inconstitucional.

**Acordada la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 44 y 45 del proyecto de ley remitido, con el voto en contra de los Ministros señora Marisol Peña Torres y señor José Antonio Viera-Gallo Quesney, quienes estuvieron por declarar que dichos preceptos legales son orgánicos y constitucionales, sobre la base de las siguientes razones:**

1º. Que las oraciones “*Los actos en contravención a esta ley se sancionarán de conformidad a lo señalado en el Título VII de la Ley N° 18.700, en lo que fuere procedente*” y “*A los partidos políticos que no den cumplimiento a lo establecido en esta ley, o en sus estatutos, respecto de la realización de elecciones primarias, les serán aplicables las disposiciones contenidas en los Título VIII y IX de la Ley N° 18.603, en lo que corresponda*”, contenidas en los artículos 44 y 45 del proyecto de ley examinado, no carecen de la tipicidad necesaria para cumplir



el estándar constitucional. En efecto, de la lectura de los preceptos contenidos en el proyecto de ley de que se trata se desprenden los distintos deberes que se asignan a los partidos políticos que opten por realizar elecciones primarias para la nominación de los candidatos a los cargos de Presidente de la República, de parlamentarios y de alcaldes, por lo que queda claro que es la infracción de esos deberes la que será conocida, en su caso, por un miembro del Tribunal Calificador de Elecciones designado por sorteo, por aplicación del artículo 56 de la Ley N<sup>º</sup> 18.603, a la que se remite expresamente el artículo 45 que se comenta. En lo que se refiere al artículo 44, por su parte, es clara asimismo la remisión al Título VII de la Ley N<sup>º</sup> 18.700 que establece las diferentes sanciones para quienes intervengan en los actos electorales incumpliendo los deberes inherentes a su actuación;

2<sup>º</sup>. Que las expresiones “*en lo que fuere procedente*” y “*en lo que corresponda*”, incluidas en los artículos 44 y 45 aludidos, sólo tienen por objeto clarificar que la remisión a las normas de las leyes N<sup>OS</sup> 18.700 y 18.603 se efectuará teniendo presente las particularidades de las elecciones primarias en forma concordante con lo dispuesto en el artículo 6<sup>º</sup> del mismo proyecto de ley consultado, lo que no merece a estos disidentes objeciones de constitucionalidad;

3<sup>º</sup>. Que, a mayor abundamiento, quienes suscriben este voto consideran que las remisiones normativas que efectúan los artículos 44 y 45 del proyecto de ley consultado se realizan a otras normas con el mismo rango de ley –Leyes N<sup>OS</sup> 18.700 y 18.603–, tanto para la determinación de las penas correspondientes como del tribunal y del procedimiento aplicable para imponerlas, lo que no infringe la Carta Fundamental, en la medida que el principio de legalidad que debe imperar en materia penal se encuentra bien resguardado,

4<sup>º</sup>. Que, por lo expresado, estos Ministros estuvieron por declarar la constitucionalidad de los artículos 44 y 45 del proyecto de ley de que se trata.

**Los Ministros señores Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino estuvieron por declarar la inconstitucionalidad del artículo 6<sup>º</sup> del proyecto, por las siguientes razones:**

1<sup>º</sup>. Que la Constitución establece que sea una ley orgánica la que establezca “*un sistema de elecciones primarias*”;

2<sup>º</sup>. Que, para cumplir ese mandato, el proyecto recurre a dos mecanismos. Por una parte, establece él mismo, directamente, una regulación. Por la otra, establece indirectamente una regulación, por la vía de remitir a otras leyes vigentes;

3<sup>º</sup>. Que la remisión a las leyes vigentes se hace por dos vías. En primer lugar, se remite específicamente a ciertos párrafos o artículos de ciertas

leyes para hacerlos aplicables o para excluirlos. En segundo lugar, remite genéricamente a ciertas leyes, pero estableciendo cláusulas de salvaguardia (“*en todo lo que no sea contrario a ella*” o “*en lo que le sea aplicable*”);

4°. Que, entonces, el sistema de elecciones primarias que la Constitución le encarga a la ley orgánica regular, el proyecto lo hace sobre normas propias y normas remitidas;

5°. Que el hecho de recurrir a la remisión no es una excepción en este tipo de legislación electoral. Por ejemplo, la Ley Orgánica de Municipalidades, en su artículo 105, remite íntegramente a las disposiciones de la Ley de Votaciones Populares y Escrutinios, a la Ley Orgánica de Partidos Políticos y a la Ley Orgánica Constitucional sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral. Y también utiliza la excepción genérica de “*en todo lo que no sea contrario a esta ley*”;

6°. Que tal remisión, incluso con la excepción genérica, se justifica en la medida que la elección de alcaldes y concejales es una elección popular definitiva. Por lo mismo, se aplica en plenitud la Ley Orgánica Constitucional de Votaciones Populares y Escrutinios;

7°. Que no sucede lo mismo con el sistema de elecciones primarias. Estas, si bien son elecciones populares, no son exactamente iguales a las elecciones populares definitivas;

8°. Que el artículo 6° del proyecto establece lo siguiente:

“*Artículo 6°. Para las elecciones primarias reguladas por esta ley, en todo lo que no sea contrario a ella y en lo que le sea aplicable, regirán las disposiciones de la ley N° 18.700, Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios; de la ley N° 18.556, Orgánica Constitucional de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral, de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades y de la ley N° 18.603, Orgánica Constitucional de Partidos Políticos.*”;

9°. Que, como se observa, la disposición establece el régimen jurídico que rige a las elecciones primarias, pues establece cuáles son las normas supletorias de lo que el proyecto no regula expresamente;

10°. Que mientras en una serie de disposiciones el mismo proyecto va remitiendo para incluir o excluir a ciertas disposiciones específicas de dichos cuerpos normativos (por ejemplo, respecto de la Ley N° 18.700, los artículos 13, 15, 17, 18, 19, 26, 29, 30, 33, 36, 39 y 44 remiten a normas precisas de ella. En relación a la Ley N° 18.695, hay remisiones expresas en los artículos 13, 18, 36 y 39. Respecto de la Ley N° 19.884, hay remisiones expresas en los artículos 41 y 43), en la disposición que se analiza la remisión es genérica, pues se aplican dichos cuerpos normativos “*en todo lo que no sea contrario a ella y en lo que le sea aplicable*”;

11°. Que consideramos que dicha remisión no se ajusta a la Constitución. En primer lugar, porque no cumple el mandato del artículo 19, N° 15, de la misma Carta Fundamental, que obliga a la ley orgánica a establecer un sistema de elecciones primarias. Ello exige que el marco

jurídico que lo regule no pueda generar incertidumbre. No puede haber un marco claro y preciso si no se conoce con precisión qué preceptos de las leyes remitidas lo regularán o quién va a decidir qué precepto de estas leyes no es contrario o le resulta aplicable.

En segundo lugar, cuando la Constitución establece una ley orgánica, define las materias que puede abordar. Esta definición puede ser abierta o cerrada. Pero el legislador debe abordar la regulación de esas materias en lo medular. De lo contrario, no cumple el encargo de la Constitución de complementar sus mandatos de manera armónica y sistemática;

12°. Que, por lo antes expuesto, consideramos que el artículo 6° del proyecto es inconstitucional.

**Los Ministros señores Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino estuvieron por declarar la inconstitucionalidad** de la remisión parcial que el artículo 41 del proyecto analizado hace a la Ley N<sup>º</sup> 19.884, por las siguientes razones:

1°. Que el proyecto establece tres tipos de regulaciones diferentes para el gasto electoral en las elecciones primarias. En primer lugar, hay aspectos que el proyecto regula directamente. Así sucede con lo que se entiende por “*período de campaña electoral*” (artículo 42) y el “*límite del gasto electoral*” (artículo 43). En segundo lugar, hay normas que excluye de su aplicación expresamente. Así sucede con el párrafo 2°, del Título II de la Ley N<sup>º</sup> 19.884. En dicho párrafo se establece el financiamiento público de las campañas. Por lo mismo, éste no existe en las elecciones primarias. En tercer lugar, están las disposiciones de la Ley N<sup>º</sup> 19.884, que se aplican “*en todo lo que no sea contrario a esta ley*” y “*en lo que le sea aplicable*”;

2°. Que, para estos disidentes, la remisión que se hace a la Ley N<sup>º</sup> 19.884, “*en todo lo que no sea contrario a esta ley*” y “*en lo que le sea aplicable*”, es inconstitucional, en primer lugar, porque no cumple el mandato del artículo 19, N<sup>º</sup> 15, de la misma Carta Fundamental, que obliga a la ley orgánica a establecer un sistema de elecciones primarias. Ello exige que el marco jurídico que la regule no pueda generar incertidumbre. No puede haber un marco claro y preciso si no se conoce con precisión qué precepto de la ley remitida la regulará o quién va a decidir qué precepto de esta ley es o no contrario o le es aplicable. Más todavía, si hay sanciones por eventuales incumplimientos de reglas que no han sido definidas con precisión y claridad.

En segundo lugar, cuando la Constitución establece una ley orgánica, define las materias que puede abordar. Esta definición puede ser abierta o cerrada. Pero el legislador debe abordar la regulación de esas materias en lo medular. De lo contrario, no cumple el encargo de la Constitución de complementar sus mandatos de manera armónica y sistemática.

En tercer lugar, no puede existir incertidumbre sobre el marco jurídico que rige a una elección popular. Sobre todo, si consideramos que las

primarias son un tipo especial de elección popular, sin precedentes en nuestra práctica política. Nunca antes se ha hecho una elección primaria reglada por el legislador. Por lo mismo, no existen usos, prácticas o costumbres que ayuden a delinear las disposiciones que la rigen;

3°. Que, por las razones señaladas, estos disidentes consideran que la remisión que hace el artículo 41 a la Ley N° 19.884, para que se aplique “*en todo lo que no sea contrario a esta ley y en lo que le sea aplicable*”, es inconstitucional.

**Acordada con el voto en contra de los Ministros Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino**, quienes estuvieron por estimar inconstitucional la parte final del inciso primero del artículo 43 del proyecto de ley, en virtud de las siguientes razones:

1°. Que la disposición reprochada de inconstitucionalidad indica que cada “*candidato deberá realizar una declaración jurada del gasto electoral efectuado*”. La norma completa dispone que la elección primaria es parte de una elección definitiva. Para ello sitúa en un 10% el límite al gasto electoral en relación a la elección definitiva y dependiendo de su naturaleza, según lo establece la LOC N° 19.884, sobre transparencia, control y gasto electoral;

2°. Que la parte medular de esta disposición no puede ser objetada de inconstitucional, puesto que constituye una ventaja para un candidato nominado en primaria el hecho de haber participado electoralmente en ella, con todas las consecuencias que ello implica en el libre ejercicio de oportunidades electorales, que luego se compensa con la rebaja de los límites máximos de gasto electoral.

Sin embargo, para estos Ministros es inconstitucional la disposición mediante la cual se establece un mecanismo de rendición unilateral de gasto realizada por cada candidato por declaración jurada, pues elimina, en los hechos, la compensación del 10%;

3°. Que, en efecto, este mecanismo de rendición de gasto electoral es contrario a la regla general de la Ley N° 19.884, que establece un sistema de rendición de gastos realmente efectuados. El método por el cual este proyecto de ley pretende hacer efectiva la rendición de gasto electoral en la elección primaria, es opaco en sí mismo, puesto que basta la sola voluntad manifestada del candidato para dar por cierto un determinado gasto electoral efectuado;

4°. Que esta objeción no importa un reproche previo y subjetivo a la rendición de gasto que realizarán los candidatos que participarán en primarias, sino que es la disposición misma la que los pone en una posición de opacidad, no tolerada por la Carta Fundamental;

5°. Que la disposición es inconstitucional, en primer lugar, porque excluye la regla general de gasto electoral de la Ley N° 19.884 en materia de rendición de cuentas. Se crea, por tanto, un régimen privilegiado;

6°. Que, en segundo lugar, la norma afecta el artículo 18 de la Carta Fundamental, en cuanto se debe garantizar siempre “*la plena igualdad entre los independientes y los miembros de partidos políticos tanto en la presentación de candidaturas como en su participación en los señalados procesos*”. En efecto, un independiente y un candidato de partidos o pactos electorales que no hayan participado en primarias, tiene un límite de gasto definido en el 100% de los valores que establece la Ley N<sup>º</sup> 19.884. En cambio, un candidato nominado en primarias tendrá un límite real de un 90% de autorización máxima de gasto. Esta diferencia justificada se diluye si es que la rendición de gasto depende sólo de la voluntad del candidato seleccionado en primarias afectando, con ello, la justicia de las reglas de competencia en igualdad de condiciones entre los respectivos candidatos en la elección definitiva;

7°. Que, para graficar lo anterior, baste el siguiente ejemplo. El límite del gasto electoral en una elección para Presidente de la República es de 0,03 unidades de fomento por cada elector perteneciente al territorio electoral, sumado a lo que el respectivo partido político que respalda la candidatura puede aportar, que es igual a un tercio del gasto de su candidato. Que, consideradas estas variables y los datos disponibles de los electores inscritos a nivel nacional en la última elección de alcaldes y concejales, según datos del Servicio Electoral, el límite máximo que puede gastar un candidato a Presidente de la República es aproximadamente de \$12.206.625.496.

Esta norma, *per se*, puede implicar una autorización legal para rendir fictamente aproximadamente \$1.220.662.549. Esta cifra es un indicador de gasto y no hay norma que permita comprobar si ese fue el gasto efectivamente realizado por el candidato en primarias, más que su propia manifestación de voluntad establecida en una declaración jurada;

8°. Que, en tercer lugar, se vulnera el artículo 18 de la Constitución, que establece “*un sistema de financiamiento, transparencia, límite y control del gasto electoral*”. El constituyente, en la ley de reforma constitucional N<sup>º</sup> 20.337, dispuso, al acentuar el concepto de transparencia, que el mandato legislativo fuera amplio pero respetuoso de esa condición de transparencia y exigiendo “*su control*”. Entonces, el constituyente enmarca la *interpositio legislatoris* con el deber de respetar su contenido mínimo. Y cuando una norma permite total opacidad, impidiendo el control de transparencia, no puede sino ser contraria a lo que la Constitución manda;

9°. Que, por todas estas razones, consideramos que la regla del artículo 43, que permite una declaración de cuentas vía una declaración jurada, es inconstitucional.

**Los Ministros señores José Antonio Viera-Gallo Quesney y Domingo Hernández Empanza estuvieron por aprobar como orgánico y consti-**

tucional el artículo 2° del proyecto, previniendo que la presente ley no agota el mandato constitucional del artículo 19, N° 15, pues sólo se refiere a ciertos cargos de elección popular y no a todos ellos, como ordena ese precepto. Efectivamente, en el cuerpo legal no hay normas de primarias relativas a la elección de los concejales y los consejeros regionales, lo que deberá ser abordado por una ley orgánica constitucional de carácter complementario.

**Los Ministros señores José Antonio Viera-Gallo Quesney y Domingo Hernández Emparanza estuvieron por aprobar** como orgánico y constitucional el artículo 4°, inciso primero, del proyecto, en el entendido que cuando la norma se refiere a los pactos de los partidos políticos, comprende a todas las especies de tales pactos, o sea, a los pactos que los partidos políticos pueden suscribir entre sí y a los que ellos pueden establecer con independientes.

**Los Ministros señores José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino estuvieron por aprobar** como orgánico y constitucional el artículo 7°, incisos cuarto y quinto, del proyecto, en el entendido que dichos incisos, al exigir que los pactos para las elecciones parlamentarias y de Alcaldes deban ser de carácter nacional abarcando todas las circunscripciones y distritos o bien todas las comunas, no puede excluir los pactos que un partido o agrupación de partidos pueda establecer con un partido de carácter regional en los territorios en que éste tenga vigencia legal, o con independientes.

**El Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney estuvo por aprobar** como orgánico y constitucional el artículo 8°, inciso primero, del proyecto, en el entendido que el Consejo General de un partido político puede postular a las primarias para elegir al candidato a la Presidencia de la República a varias personas, sean militantes suyos o de otros partidos con los cuales tenga un pacto electoral, o un independiente.

**El Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney estuvo por declarar inconstitucional** el artículo 15, inciso segundo, del proyecto, toda vez que, siendo los partidos políticos una especie de cuerpos intermedios de especial relevancia para el funcionamiento de la democracia, ellos deben ser respetados en su autonomía y la ley debe regular sólo aquellas materias que sean indispensables para que puedan cumplir bien su función, y teniendo, además, en cuenta que el artículo 18 de la Constitución Política prescribe que la ley orgánica que regule el sistema electoral público *“garantizará siempre la plena igualdad entre los independientes y los miembros de partidos políticos, tanto en la presentación de candidaturas como en*

*su participación en los señalados procesos*”, resulta contraria a la Carta Fundamental la restricción estipulada por el inciso segundo del artículo 15, al señalar que cuando un partido individualmente someta a primarias la elección de sus candidatos a senadores y diputados, pueda presentar sólo postulantes que pertenezcan a sus filas, excluyendo arbitrariamente a los independientes. Permitir esta limitación puede traer como consecuencia, en muchos casos, que se cierre una puerta de entrada para que un independiente pueda competir en igualdad de condiciones con militantes de partidos para ser elegido en definitiva senador o diputado, con lo cual se contraviene la Constitución Política.

**El Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney estuvo por aprobar** como orgánico y constitucional el artículo 16, inciso segundo, del proyecto, en el entendido que lo prescrito en dicho precepto en orden a que los partidos deben proceder conforme a sus estatutos cuando éstos dispongan medidas de acción afirmativa al seleccionar sus candidatos, debe entenderse en el contexto de la normativa legal sobre partidos políticos, en especial el artículo 28 de la Ley N<sup>º</sup> 18.603, que prescribe que, en caso de controversia, es el Tribunal Supremo del partido el órgano llamado a resolver tales disputas o desacuerdos, ya que forma parte de su competencia interpretar los estatutos y reglamentos y controlar el correcto desarrollo de las elecciones y votaciones partidistas.

**El Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney estuvo por aprobar** como orgánico y constitucional el artículo 39 del proyecto, en el entendido que se procederá en igual modo en caso de que a un candidato que hubiese sido electo en una primaria, le sobreviniera un impedimento legal para postular en definitiva al cargo para el cual fue designado candidato, todo ello por lo dispuesto en el artículo 6<sup>º</sup> de la presente ley.

Redactaron la sentencia y sus prevenciones y disidencias los Ministros que, respectivamente, las suscriben.

Comuníquese a la Cámara de Diputados, regístrese y archívese.

### **Rol N<sup>º</sup> 2.324-2012**

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

ROL Nº 2.325-2012

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL NUMERAL NOVENO,  
PARTE FINAL, DEL ARTÍCULO 8º DE LA LEY Nº 18.101,  
MODIFICADA POR LA LEY Nº 19.866, DEDUCIDO POR  
SERVILIBROS S.A.

Santiago, veinticinco de abril de dos mil trece.

VISTOS:

Mediante presentación de fecha 8 de octubre de 2012, don Nicolás Berliner Duque, en representación de la sociedad Servilibros S.A., ha deducido un requerimiento a fin de que esta Magistratura Constitucional declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 8º, numeral 9º, segundo párrafo, parte final, de la Ley Nº 18.101, que Fija Normas Especiales sobre Arrendamiento de Predios Urbanos, en lo relativo a la improcedencia de la concesión de orden de no innovar por parte del Tribunal de segunda instancia, en el marco de los recursos de apelación y casación en la forma que se encuentran actualmente pendientes ante la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, en la causa caratulada “La RIOJA S.p.A. CON SERVILIBROS S.A.”, Rol I.C. Nº 5.813-2012.

La disposición impugnada establece, en lo pertinente:

“**Artículo 8º.** *Los juicios a que se refiere el artículo anterior se registrarán por las reglas siguientes:*

9) *Todas las apelaciones se concederán en el solo efecto devolutivo; tendrán preferencia para su vista y fallo **y durante su tramitación, no se podrá conceder orden de no innovar.***” (Párrafo segundo)

En lo medular, funda su solicitud en que la norma impugnada infringe lo dispuesto en el artículo 19, Nº 3º, inciso quinto (alusión que debe entenderse referida al inciso sexto), de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, además del Nº 26º del mismo artículo 19 de la Carta Fundamental, toda vez que, según indica, la aplicación al caso concreto del precepto legal impugnado importaría coartar el derecho constitucional de su representada a ser juzgada a través de un justo y racional procedimiento.

Argumenta que el debido proceso comprende el derecho a ser juzgado oportunamente, razón por la cual la mayor parte de los cuerpos normativos procesales incorporan la posibilidad de suspender temporalmente los efectos de una resolución judicial, en tanto el órgano jurisdiccional llamado a dirimir como instancia superior resuelva el conflicto sometido



a su decisión, lo que expresamente excluye la disposición impugnada al establecer que durante la tramitación de un recurso de apelación en materia de arrendamiento de predios urbanos no se podrá conceder orden de no innovar, criterio que estima representa una situación anómala en nuestro ordenamiento jurídico, que deja en evidencia la vulneración a la garantía del debido proceso, excediéndose el legislador en el resguardo de la esencia del derecho contenido en ella, conculcándolo.

Sostiene que la orden de no innovar no es otra cosa sino una medida de naturaleza cautelar establecida a favor del recurrente de una resolución que causa ejecutoria, derecho que niega el precepto impugnado en el presente requerimiento, lo que indica afecta o dificulta ostensiblemente el conocimiento y decisión oportuna de la controversia, desde el momento en que tal resolución, en caso de ser revocatoria y favorable a los intereses de su representada, será a todas luces extemporánea, ya que, considerando los plazos habituales de espera en la Corte de Apelaciones de Santiago, lo más probable es que a la fecha de la vista de los recursos, su representada ya haya sido conminada a abandonar el inmueble arrendado, por medio de la fuerza pública, lo que deja en la indefensión los derechos relativos a la tutela efectiva de sus pretensiones judiciales.

Agrega que el legislador, al vedar la procedencia de la orden de no innovar en estos recursos de apelación, no se puso en el caso de arrendamiento de inmuebles urbanos destinados a un uso distinto del habitacional, como es el caso del giro que desarrolla su representada, ni tampoco en el caso de rentas altas como la pactada en el caso *sub lite*, sino que sólo tuvo en vista la situación de un inmueble destinado a casa-habitación frente al evento de que el arrendatario no pagase sus rentas, que, expresa, no es el caso de su representada, que ha pagado las rentas por varios años, incluso en exceso al momento de la interposición de la demanda.

Indica que las circunstancias del caso concreto imponen la necesidad de amparar el derecho de solicitar medidas cautelares, máxime si un examen somero de la sentencia permite colegir que en la especie median comprobantes que constituyen antecedentes graves del derecho que se reclama.

En cuanto a la vulneración del N<sup>º</sup> 26<sup>º</sup> del artículo 19 de la Constitución Política, sostiene que en virtud de la actividad desplegada por el legislador la esencia del derecho ha sido restringida, produciendo indefensión frente a la factibilidad de requerir a la justicia.

En cuanto a la gestión pendiente indica que ante el Vigésimoséptimo Juzgado Civil de Santiago se siguió en contra de su representada la causa por terminación de contrato de arrendamiento, Rol 27.644-2011, por supuesto incumplimiento contractual consistente en el no pago de rentas de arrendamiento, respecto de la cual dedujo demanda reconvenzional, argumentando que la arrendadora no había cumplido con la obligación

de entregar y mantener la cosa arrendada en el estado de servir al fin para el que se había arrendado ni tampoco libró a su representada de los embarazos sufridos en el goce de la misma, obligación que le correspondía, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1924 del Código Civil, agregando que, en cuanto al fondo, se alegó que se había pagado un exceso por concepto de rentas de arrendamiento, fundado en que el canon fijado y pagado hasta esa fecha se había acordado en función de los metros cuadrados que de acuerdo a la normativa de construcciones podían usarse legalmente, existiendo una cantidad de metros no regularizados por el propietario, lo que no hizo posible explotar el servicio de café en la superficie exterior considerada para dicha actividad. Solicitó, además, el cumplimiento forzado de la obligación de entregar la cosa en forma completa y en estado de servir a los fines para los que fue arrendada, con indemnización de perjuicios.

Señala que, con fecha 31 de mayo de 2012, la sentencia definitiva de primera instancia, junto con acoger la demanda principal y declarar terminado el contrato de arrendamiento, acogió, asimismo, la demanda reconvencional, disponiendo una reducción o rebaja en la renta de 214 a 152 Unidades de Fomento mensuales, en contra de la cual dedujo recursos de apelación y casación en la forma, por haber incurrido en una serie de errores de hecho y de derecho, recursos que constituyen la gestión pendiente.

Indica que la materia que trata el presente requerimiento fue conocida y fallada por esta Magistratura en la causa Rol N° 1.907, citando al efecto votos de minoría y haciendo presente que, a diferencia de dicho requerimiento, solicitó a la Corte de Apelaciones que concediera orden de no innovar, invocando al efecto el artículo 192 del Código de Procedimiento Civil, petición que fue rechazada por improcedente, en virtud de lo dispuesto en la norma que impugna en este requerimiento.

Agrega que con fecha 5 de julio del año pasado se solicitó ante el tribunal de primera instancia el cumplimiento incidental de la sentencia y que, pese a la oposición de su parte, con fecha 23 de agosto del mismo año se decretó el lanzamiento de su representada, con citación.

Por resolución de fecha 18 de octubre de 2012, escrita a fojas 69 y siguientes, se acogió a trámite el requerimiento y, con fecha 5 de noviembre del mismo año se decretó la suspensión del procedimiento de la gestión pendiente en que incide, según consta a fojas 135.

Con fecha 8 de noviembre del mismo año, se declaró admisible el requerimiento, resolución que rola a fojas 141 y siguientes.

Por resolución de fecha 29 de noviembre de 2012, escrita a fojas 149 y siguiente, se dio traslado sobre el fondo de la cuestión a los órganos constitucionales interesados y a la otra parte en la gestión pendiente, la sociedad LA RIOJA SpA., la que evacuando dicho traslado con fecha 28

de diciembre del año 2012, solicitó el rechazo del requerimiento con “*expresa y didáctica condena en costas*”, por no ser efectivos los hechos en que se funda. Precisa que, en cuanto a los antecedentes de la gestión pendiente, con fecha 21 de julio de 2009, su representada dio en arrendamiento a la requirente de autos el inmueble ubicado en Avenida El Bosque Norte N<sup>º</sup> 0123, de la comuna de Las Condes, estipulándose una renta mensual de 214 U.F., la que indica no se ha pagado desde marzo del año 2011, en razón de lo cual se accionó ante el Vigésimoséptimo Juzgado Civil, a objeto de que se ordenara el pago de las rentas impagas y la restitución efectiva del inmueble.

Transcribe la parte resolutive de la sentencia de primera instancia y sostiene que pese a no estar conforme con la decisión II del fallo, que rebajó la renta de 214 a 152 Unidades de Fomento mensuales, decidió no impugnarla, ante la manifiesta insolvencia patrimonial de SERVILIBROS S.A., que se desprende de una nómina de procesos seguidos en su contra, obtenida de la página web del Poder Judicial, que acompaña, entre los que se cuentan gestiones preparatorias de la vía ejecutiva, acciones de petición de quiebra, juicios ejecutivos, etc.

En suma, sostiene, no hacía falta mucha perspicacia para comprender que por mucho que se lograra la revocación de lo resuelto en la decisión no compartida del fallo, jamás se obtendría una solución a las enormes deudas causadas por el pertinaz incumplimiento de la requirente, ya que el avalúo de los muebles respecto de los cuales se invocó el derecho legal de retención era insignificante en relación con la millonaria suma que adeudaba.

Indica que gran parte de sus argumentos son los expuestos en la sentencia Rol N<sup>º</sup> 1.907 de esta Magistratura y señala que el legislador, a través de la dictación de la Ley N<sup>º</sup> 19.866, hizo frente de forma razonable a un problema concreto que aquejaba al orden social, que era la excesiva prolongación de los procedimientos judiciales para la restitución de un inmueble arrendado, resultando del todo proporcional al bien jurídico que se pretende cautelar, que es nada menos que el derecho de propiedad del arrendador.

Hace presente que el apelante de una sentencia dictada en un proceso de arrendamiento de predios urbanos jamás queda en la indefensión, por cuanto el fallo siempre será revisado por la Corte de Apelaciones competente, que podrá revocarlo, retro trayendo el estado de las cosas, de acuerdo al tenor de las decisiones revocadas.

Agrega que la parte favorecida por la sentencia de primer grado goza de apariencia de buen derecho, y el legislador optó por esto al determinar quién debe soportar la incertidumbre de la resolución de la *litis*.

Sostiene que la requirente siempre ha tenido a su disposición las herramientas legales necesarias para subsanar los eventuales “perjuicios” que denuncia, y al efecto ha deducido recurso de casación, haciendo pro-

sente que por su desidia y falta de actividad no hizo uso del derecho a exigir a su parte la rendición de fianza de resultas, de conformidad con el inciso segundo del artículo 773 del Código de Procedimiento Civil.

Termina señalando que, en la especie, lamentablemente los únicos derechos constitucionales conculcados son los inherentes a la propiedad de su representada sobre su inmueble, la que ha debido soportar que un bien valiosísimo sea gozado por una deudora con un largo historial de deudas e incumplimientos contractuales, con un perjuicio para su representada que supera los 50 millones de pesos.

Por resolución de fecha 8 de enero de 2013, escrita a fojas 176, se ordenó traer los autos en relación y agregar el requerimiento al Rol de Asuntos en Estado de Tabla.

Con fecha 26 de marzo del año en curso, la Segunda Sala de esta Magistratura acordó dejar sin efecto la suspensión del procedimiento decretada en autos, lo que se ordenó comunicar a la Il<sup>ta</sup>. Corte de Apelaciones de Santiago y al Vigésimoséptimo Juzgado Civil de Santiago, según consta a fojas 188 y 202.

Mediante presentación de fecha 27 de marzo del año en curso, la parte requirente hizo presente doctrina nacional y extranjera, citó jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con las cuales afirma que, tal y como lo ha señalado en ocasiones anteriores este Tribunal, la orden de no innovar obedece a la vigencia de dos principios rectores: el principio de igualdad de las partes y el de la actuación de buena fe. Sostiene que el respeto al principio de igualdad de las partes es el que debe llevar a la conclusión de que, en este caso específico, la concesión de la orden de no innovar es la herramienta mediante la cual se consigue la protección de dicha garantía, resultando en el caso *sub lite* de suma relevancia para su representada, ya que es vital para no consumar un daño que puede ser irreparable en caso de que la sentencia de segunda instancia o de término le dé la razón.

Con fecha 28 de marzo de 2013 se llevó a efecto la vista de la causa, alegando, luego de escuchar la relación, el abogado Miguel Ángel Alzamora Ríos, por la parte requirente, y el abogado Cristián Herrera Rahilly, por la parte requerida.

El Presidente del Tribunal, a requerimiento del Ministro señor Vodanovic invitó a los abogados a alegar respecto de si la prohibición de conceder orden de no innovar en la materia puede envolver una afectación al artículo 76 de la Constitución Política, escuchándose sobre el punto a continuación a ambos abogados.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.** Que la gestión pendiente del presente requerimiento de inaplicabilidad está constituida por un juicio de arrendamiento, caratu-

lado “*LA RIOJA SpA CON SERVLIBROS S.A.*” sobre término de contrato de arriendo respecto del local comercial N<sup>º</sup> 1 y estacionamientos N<sup>º</sup> 70 y 71 del segundo subterráneo, todos del edificio El Bosque Norte 0123, ubicado en Avenida El Bosque N<sup>º</sup> 0123, Las Condes.

La demandante alega el término del contrato de arrendamiento por no pago de rentas, respecto de la cual se dedujo demanda reconvenzional, basada en que la arrendadora no habría cumplido con la obligación de mantener y entregar la cosa en el estado de servir para el fin para el que se había arrendado y que se habría pagado rentas en exceso.

Con fecha 31 de mayo de 2012, se dictó sentencia de primera instancia, acogiendo la demanda presentada por La Rioja SpA y declarando, en consecuencia, terminado el contrato de arrendamiento. Asimismo, acogió la demanda reconvenzional disponiendo la rebaja de la renta de 214 a 152 Unidades de Fomento mensuales.

El arrendatario recurrió de apelación y casación en la forma en contra de la resolución mencionada, encontrándose actualmente ambos recursos en trámite ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol I.C. N<sup>º</sup> 5813-2012. Esa es la gestión pendiente en estos autos. En el marco de dicho procedimiento, se impugna por inconstitucional la aplicación del párrafo segundo, parte final, del numeral 9 del artículo 8<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 18.101, transcrito precedentemente, en la parte que señala que durante la tramitación de las apelaciones no se podrá conceder orden de no innovar;

**SEGUNDO.** Que el reproche de inconstitucionalidad se formula en cuanto la norma infringiría la garantía fundamental del debido proceso, consagrada en el artículo 19, numeral 3<sup>º</sup>, en relación con aquella contemplada en el numeral 26<sup>º</sup> del mismo artículo 19 de la Constitución Política de la República, así como en el artículo 8<sup>º</sup> de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas;

**TERCERO.** Que la norma impugnada se enmarca dentro de un procedimiento especial que contempla la Ley N<sup>º</sup> 18.101, que fija normas sobre arrendamiento de predios urbanos.

Dicho procedimiento verbal, breve y concentrado, con naturaleza de juicio sumario con ciertas modificaciones, presenta características especiales, tales como simplificar la notificación de la demanda; régimen especial para la demanda reconvenzional, y una audiencia de discusión y prueba, en la que deben promoverse y tramitarse los incidentes, los que serán resueltos en conjunto con la cuestión principal. Concluida la recepción de la prueba, las partes son citadas a oír sentencia.

En lo relativo a la apelación, procede únicamente respecto de la sentencia definitiva de primera instancia y de las resoluciones que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación. El tribunal de se-

gunda instancia puede pronunciarse sobre todas las cuestiones debatidas en primera instancia, incluso aquellas que no hayan sido resueltas por el tribunal a quo. Además, se concede en el solo efecto devolutivo y tiene preferencia para su vista y fallo.

Finalmente, y siendo éste precisamente el punto impugnado, durante la apelación no puede el tribunal de alzada conceder orden de no innovar. Esta es una regla distinta a la establecida, de modo general, en el Código de Procedimiento Civil (artículo 192), en que se faculta al juez para decidir si la concede o no;

**CUARTO.** Que, el respaldo constitucional para este impedimento radica en la necesidad de incorporar una garantía efectiva al derecho de propiedad conforme enseguida se explica;

**QUINTO.** Que la Ley N° 18.101 estableció un procedimiento especial, como se ha señalado; consignó un llamado a conciliación obligatorio y permitía que la Corte que conociera de la apelación de una sentencia de primera instancia que concediera desahucio y restitución, a petición de parte y existiendo justa causa, pudiera suspender el cumplimiento de la sentencia.

Efectivamente, con anterioridad a la modificación que introdujo la Ley N° 19.866, la Ley N° 18.101 establecía la posibilidad de suspender el cumplimiento de la sentencia definitiva dictada en primera instancia, constituyendo ésta una mera facultad para el tribunal, y supeditada a la existencia de una justa causa;

**SEXTO.** Que la suspensión del cumplimiento de la sentencia de primera instancia o del lanzamiento es algo que regularmente establecieron nuestras legislaciones de arrendamiento. Sin embargo, esta posibilidad desapareció con la Ley N° 19.886.

La posibilidad de suspender o no el lanzamiento o el cumplimiento de la sentencia de primera instancia evolucionó separadamente de la regulación de la apelación en el Código de Procedimiento Civil. Mientras en éste, hasta 1988, la apelación que se concedía en el solo efecto devolutivo permitía el cumplimiento de la sentencia de primera instancia, la regulación del juicio de terminación o restitución en el contrato de arrendamiento consagraba la posibilidad de suspensión. Esta facultad desapareció con las nuevas legislaciones.

La supresión de la facultad de suspensión fue buscada intencionalmente. Se consideró que podía afectar el legítimo goce de la propiedad por parte del arrendador; sobre todo si los tribunales acogían con demasiada liberalidad dichas solicitudes;

**SÉPTIMO.** Que, tal como se señaló, un respaldo constitucional para esas regulaciones está dado por el derecho de propiedad y por sus facultades de uso, goce y disposición (artículo 19, N° 24°, de la Constitución Política).

No debe perderse de vista, en el análisis de constitucionalidad del precepto que ha sido impugnado en estos autos, que el arrendador en la mayoría de los casos (y así ocurre en el presente) es propietario del bien cuyo goce entrega al arrendatario en virtud del contrato de arrendamiento, que no es más que un título de mera tenencia y que comprende como obligación de la esencia para el arrendatario, la de restituir la cosa al término de la relación contractual.

De esta suerte, debe considerarse que el arrendador es titular de aquel derecho que “*confiere al sujeto el poder más amplio sobre una cosa*” (Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel; Vodanovic, Antonio (1974). Curso de Derecho Civil (Los bienes y los derechos reales). Santiago. Editorial Nascimento, p. 135) y que comprende “tres facultades (llamadas también “atributos”) fundamentales: uso, goce y disposición del objeto de su dominio.” Para efectos constitucionales, pueden ser consideradas “esenciales” (Peñailillo Arévalo, Daniel (2006). Los Bienes: la propiedad y otros derechos reales. Página 134).

En virtud de lo anterior, debe considerarse que no admitir la orden de no innovar en un juicio de terminación de contrato de arrendamiento por no pago de rentas, resulta coherente con la necesidad de restablecer prontamente al propietario en el pleno ejercicio de las facultades esenciales que le asisten sobre el inmueble de que se trata. La orden puede significar, en la práctica, que el propietario se vea impedido de usar, gozar o disponer (jurídica o materialmente) del objeto de su propiedad, no obstante haber obtenido una sentencia favorable que declaró terminada la relación contractual, en un proceso en que el arrendatario tuvo la posibilidad de defenderse. Además, y tal como se consideró en la sentencia Rol N<sup>º</sup> 1.907, la ejecución de la sentencia por parte del arrendador puede ser considerada como una manifestación del derecho de propiedad que tiene éste sobre la cosa cuyo goce entregó a otro en virtud del contrato de arrendamiento;

**OCTAVO.** Que la orden de no innovar consiste en un mandato de no hacer o en una prohibición de hacer que impone un tribunal en el proceso, de modo que las cosas queden como estaban en el momento en que se concede.

La incorporación de la orden de no innovar se produjo en virtud de la Ley N<sup>º</sup> 18.705, de mayo de 1988, que introdujo modificaciones a los Códigos de Procedimiento Civil, de Procedimiento Penal, Orgánico de Tribunales, del Trabajo y al Decreto Ley N<sup>º</sup> 2.876 de 1979. Dicha normativa amplió el ámbito de las apelaciones que se conceden en el solo efecto devolutivo;

**NOVENO.** Que, asimismo, la Ley N<sup>º</sup> 18.705 también modificó el régimen de la apelación en el efecto devolutivo, incorporando los incisos segundo y tercero al artículo 192, que consagra la facultad del tribunal

de alzada para dictar, a petición de la parte apelante, orden de no innovar;

**DÉCIMO.** Que el régimen que estableció la Ley N° 18.705 no ha sufrido grandes modificaciones y sigue siendo el actualmente vigente en la legislación procesal civil.

Por tanto, hasta antes de 1988, la orden de no innovar no procedía en la apelación que se concedía en el solo efecto devolutivo. Sólo a partir de ese año, puede solicitarse al tribunal, pero condicionada a que la pida la parte recurrente;

**DECIMOPRIMERO.** Que esta Magistratura ha validado la configuración de los distintos procedimientos en nuestro sistema jurídico, si se invocan razones valederas. El estándar que exige la Constitución para que un determinado procedimiento sea legítimo, es que sea racional y justo.

Así, por ejemplo, ha validado que en determinados procedimientos se resuelva de plano, si se permitió que el afectado planteara su defensa y descargos (STC Rol N° 747). También ha considerado que la urgencia puede ser una razón que justifique la eficacia o celeridad de las decisiones judiciales, incluso sacrificando la bilateralidad, pues la audiencia previa haría perder todo sentido a las medidas (STC Rol N° 747);

**DECIMOSEGUNDO.** Que dicha racionalidad y justicia se corresponden con las razones que justifican la exclusión de la posibilidad de solicitar orden de no innovar en el procedimiento judicial contemplado en la Ley N° 18.101.

La primera es consecuencia de las características del procedimiento: la posibilidad de solicitar una orden de no innovar rompería con la lógica del procedimiento especial que ha consagrado el legislador respecto de los arrendamientos de bienes inmuebles urbanos. Como se ha visto, la orden de no innovar permite suspender los efectos de una resolución o paralizar su cumplimiento. Dado que el legislador ha establecido para las controversias jurídicas relativas a un contrato de arrendamiento sobre un inmueble urbano un procedimiento expedito y de rápida tramitación, de forma tal de posibilitar que los conflictos se resuelvan dentro de un lapso de tiempo relativamente breve, resulta perfectamente coherente que la posibilidad de solicitar una orden de no innovar haya sido excluida. Ello puede dilatar el cumplimiento de una resolución judicial;

**DECIMOTERCERO.** Que una segunda razón es que el establecimiento de una norma que permita al arrendador la ejecución de una resolución de primera instancia, no excede del ámbito de lo constitucionalmente admisible.

En primera instancia se ha dictado una resolución que ha puesto término a la contienda, la que ha sido dictada en el marco de un procedimiento que satisface las exigencias constitucionales del debido proceso y en el que el arrendatario ha tenido la oportunidad de defenderse adecuadamente.



Adicionalmente, la ejecución de la resolución de primera instancia es una mera facultad para el arrendador. Si la impugnación de la resolución de primera instancia prospera y la decisión es revocada por el tribunal de segunda instancia, las partes se retrotraen al estado anterior, pues el cumplimiento de una resolución que causa ejecutoria es condicional y provisional.

La exclusión de la posibilidad de suspender la ejecución de la sentencia definitiva dictada en primera instancia no excede el ámbito del margen de configuración de la regulación procesal de que goza el legislador, puesto que, en este caso específico, dicha ejecución es manifestación del derecho de propiedad que tiene el arrendador sobre la cosa que había sido dada en arrendamiento. Es preciso recordar que la restitución de la cosa arrendada es una de las obligaciones esenciales que asume el arrendatario por el hecho de celebrar un contrato de arriendo.

Finalmente, el propósito de la modificación de la Ley N<sup>º</sup> 18.101 fue justamente evitar la suspensión que generara dilaciones en la recuperación de la propiedad por parte del arrendador, lo que ocasionaba perjuicio en su legítimo uso y goce;

**DECIMOCUARTO.** Que una tercera razón es que el propio procedimiento que regula la Ley N<sup>º</sup> 18.101 permite que el juez de la causa, decretado el lanzamiento, pueda suspenderlo en casos graves y calificados, por un plazo no superior a 30 días (artículo 13);

**DECIMOQUINTO.** Que, en cuarto lugar, este Tribunal ha considerado que la Constitución no establece el catálogo de trámites que constituyen el racional y justo procedimiento. Eso permite flexibilidad, adecuación a la materia, uso de facultades discrecionales, respeto hacia la especialidad del procedimiento (STC roles N<sup>OS</sup> 986, 1.252, 1.557, 1.812 y 1.876). No existe un modelo único de garantías que configure el debido proceso (STC roles N<sup>OS</sup> 576, 1.557 y 1.876). En esa línea de razonamiento, este Tribunal ha sostenido que el derecho al recurso es parte de las garantías que constituyen el racional y justo procedimiento (STC Rol N<sup>º</sup> 1.432). Sin embargo, ha considerado que el legislador puede establecer procedimientos en única o en doble instancia, en relación a la naturaleza del conflicto (STC roles N<sup>OS</sup> 576, 519, 821, 1.373, 1.432, 1.433 y 1.535). Por lo mismo, la Constitución no garantiza el derecho al recurso de apelación. Es decir, no asegura la doble instancia (STC roles N<sup>OS</sup> 986, 1.432 y 1.448). El derecho al recurso no es equivalente al recurso de apelación. No hay, tampoco, una exigencia constitucional de equiparar todos los recursos al de apelación, como un recurso amplio que conduce al examen fáctico y jurídico de lo resuelto en primera instancia (STC Rol N<sup>º</sup> 1.432). El legislador puede configurarlo de manera amplia (renovación del proceso primitivo) o como una revisión del mismo;

**DECIMOSEXTO.** Que lo anterior es relevante, porque aquí hubo un juicio y hay un recurso de apelación y de casación. No existe, por tanto, indefensión. Lo que no procede es la posibilidad de que el Tribunal de segunda instancia decrete orden de no innovar;

**DECIMOSÉPTIMO.** Que la requirente ha tenido a su disposición herramientas legales para subsanar eventuales “perjuicios”, y al efecto ha deducido recurso de casación, pero sin hacer uso del derecho a exigir a su contraparte la fianza de resultados de acuerdo con lo previsto en el inciso segundo del artículo 773 del Código de Procedimiento Civil;

**DECIMOCTAVO.** Que, finalmente, hay que considerar que este Tribunal suspendió todo el procedimiento de la gestión pendiente desde fines de noviembre de 2012. En los hechos, se ha producido una suspensión de cuatro meses;

**DECIMONOVENO.** Que, en consecuencia, debe rechazarse el presente requerimiento de inaplicabilidad, dado que no es posible formular reparos desde el punto de vista constitucional a la decisión del legislador de configurar el procedimiento aplicable a las controversias jurídicas derivadas de la ejecución de un contrato de arrendamiento de bienes inmuebles urbanos sobre la base de una mayor protección del arrendador, propietario del bien dado en arrendamiento, y de establecer para dichos efectos un procedimiento rápido y concentrado, en el que se excluye la posibilidad de solicitar una orden de no innovar que suspenda o paralice el cumplimiento de la sentencia definitiva dictada en primera instancia mientras se tramita la apelación que pudiera haberse interpuesto en su contra.

**Y TENIENDO PRESENTE**, además, lo dispuesto en el artículo 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 D.F.L. N° 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia,

**SE RESUELVE:**

**Que se rechaza, con costas, el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas uno.**

**Acordada la condena en costas con el voto en contra de los Ministros señor Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señor Iván Aróstica Maldonado**, quienes estuvieron por no condenar a la requirente, por estimar que ha ejercido el derecho de acceso a la justicia, teniendo motivo plausible para deducir esta acción constitucional.

**Se previene que el Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto**, concurre al fallo teniendo en cuenta, además de lo expresado en los considerandos primero, segundo, tercero, decimoséptimo y decimocavo, que es un principio general de derecho, plenamente válido en materias constitucionales, el que los derechos deben ejercitarse de buena fe y no de modo abusivo, lo que no ocurre en la causa que nos ocupa –como aparece de los antecedentes tenidos a la vista– en la que el requirente ha buscado más bien dilatar el fallo de la gestión judicial en que incide la acción de inaplicabilidad deducida.

**Se previene que el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake** concurre a la sentencia, sin perjuicio de hacer constar las siguientes precisiones:

1°. Que no existe gestión pendiente útil en la que pueda tener aplicación decisiva el precepto, ya que la resolución que denegó la orden de no innovar no fue impugnada oportunamente.

2°. Que no comparte las consideraciones cuarta, séptima y decimotercera del fallo.

3°. Que, no obstante lo expuesto, estima que el precepto objetado es de dudosa constitucionalidad, en cuanto puede afectar el pleno ejercicio de la facultad de conocer y resolver las causas judiciales que el artículo 76 de la Constitución entrega al Poder Judicial, conclusión que emerge de la imposición legislativa al juez de una solución determinada en una materia cautelar. Sin embargo, no se fundamentó ni acreditó por el requirente la forma en que la aplicación del precepto cuestionado podría haber producido el efecto destacado.

**La Ministra señora Marisol Peña Torres previene** que concurre a la decisión contenida en la sentencia, considerando exclusivamente que la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad obliga, en su actual formulación constitucional, a considerar las circunstancias que rodean el caso concreto sometido al juzgamiento del Tribunal Constitucional. En ese contexto, tiene presente que la requirente ha tenido la posibilidad de invocar otros dispositivos legales para evitar la consumación de un perjuicio que estima irreparable, en caso de acogerse los recursos de apelación y de casación que ha deducido ante la Corte de Apelaciones de Santiago, como lo indica el considerando decimoséptimo del fallo, por lo que la aplicación del precepto legal reprochado no produce, en la especie, un resultado absolutamente contrario a la Constitución como sí ocurría en el requerimiento a que alude la sentencia Rol N<sup>º</sup> 1.907. En efecto, en dicha situación, a diferencia de la que hoy se resuelve, se pedía la restitución del inmueble arrendado, habiéndose pagado todas las rentas de arrendamiento y previo desahucio, lo que hacía improcedente invocar la facultad prevista en el artículo 773, inciso segundo, del Código de Procedimiento

Civil, en orden a solicitar que no se llevara a efecto la sentencia mientras la parte vencedora no rindiera fianza de resultas, precisamente porque había existido desahucio que constituye una de las excepciones que esa norma prevé.

**El Ministro señor Iván Aróstica Maldonado previene que** concurre al rechazo, por cuanto la requirente no acreditó que la aplicación de la norma impugnada pudiera causarle un resultado inconstitucional, esto es un perjuicio serio e irreparable, en los términos que expresara en su disidencia recaída en sentencia Rol N° 1.907, cuya argumentación general mantiene en todas sus partes.

**Se previene que el Ministro señor Domingo Hernández Emparanza** concurre al acuerdo, teniendo presente además:

1°. Que, si bien en un análisis abstracto de la constitucionalidad del precepto legal contenido en el artículo 8°, numeral 9), inciso segundo, parte final, de la ley N° 18.101, de 29 de enero de 1982, sobre arrendamiento de bienes raíces urbanos, modificada en esta parte por el artículo 1°, N° 5, de la ley N° 19.886, de 11 de abril de 2003, para excluir la posibilidad de conceder orden de no innovar en las apelaciones siempre devolutivas derivadas de los juicios especiales de arrendamiento, es posible considerar –como un elemento favorable a la ponderación proporcional de los derechos y bienes jurídicos involucrados, en el sentido de impedir la paralización cautelar de la ejecución de la sentencia pronunciada por el tribunal a quo– la garantía efectiva al derecho de propiedad y sus facultades de uso, goce y disposición, que respaldarían una pronta restitución del inmueble, para restablecer al dueño, no es posible, con todo, dejar de advertir que, procesalmente y en concreto, lo que existe en verdad es sólo una *pretensión* jurisdiccional, autónoma del derecho de fondo, sea éste el derecho real de dominio o cualquiera de los derechos personales que emanan para el arrendador del contrato de arrendamiento, como causa de pedir (fundamento inmediato del derecho deducido en juicio, en los términos del artículo 177, inciso final, del Código de Procedimiento Civil);

2°. Que, así las cosas, la acción procesal no es simplemente el vehículo del derecho sustantivo, toda vez que lo mismo habrá existido tal acción procesal aunque ésta resulte en definitiva desestimada al término del pleito, en el caso que se acoja un recurso y no se reconozca el derecho de fondo invocado;

3°. Que, consecuentemente, la acción procesal tiene una naturaleza jurídica autónoma a la del derecho invocado o pretendido, que la acerca técnicamente al derecho constitucional de petición sin más, el cual consiste en la facultad de formular peticiones (pretensiones) a la autoridad judicial, en este caso, cualquiera sea la respuesta definitiva;

4°. Que, por lo mismo, las cautelas que se otorguen o no, sea ello a nivel de su acceso legal abstracto o judicial concreto, deben estar basadas en los fundamentos o méritos de tal petición o pretensión accionada, más que en el derecho sustantivo considerado en sí mismo;

5°. Que, por lo demás, es sabido que en un juicio especial de arrendamiento no es necesario que el actor acredite el dominio, a diferencia del juicio ordinario reivindicatorio, de modo que no es ese el fundamento concreto de su acción en esta sede, sino los derechos personales que para él emanan del contrato de arrendamiento, con independencia de las valoraciones que haya efectuado el legislador al configurar soberanamente los procedimientos en abstracto, las que se desenvuelven en un plano de análisis distinto;

6°. Que, en virtud de todo ello, no es la primacía del derecho de propiedad como tal, sino la fortaleza de la pretensión procesada, acogida en sentencia de primera instancia, la que puede justificar la negativa legal al acceso de la orden de no innovar solicitada en el trámite del recurso que la impugne.

Redactó la sentencia la Ministra señora María Luisa Brahm Barril, y las prevenciones, sus respectivos autores.

Notifíquese, comuníquese, regístrese y archívese.

### **Rol N<sup>º</sup> 2.325-2012**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y por los Ministros señor Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Empananza, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

ROL Nº 2.326-2012

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PARTE QUE INDICA  
DEL ARTÍCULO 24, INCISO SEGUNDO, Y DEL ARTÍCULO 201,  
INCISO FINAL, AMBOS DEL CÓDIGO TRIBUTARIO,  
DEDUCIDO POR MIGUEL NASUR ALLEL

Santiago, once de diciembre de dos mil doce.

**VISTO Y CONSIDERANDO:**

1°. Que con fecha 9 de octubre del año en curso, el abogado Rodrigo Sánchez Carvajal, en representación judicial de Miguel Nasur Allel, ha deducido un requerimiento ante esta Magistratura Constitucional, a fin de que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la parte del inciso segundo del artículo 24 del Código Tributario que señala y del inciso final del artículo 201 del mismo cuerpo legal, en el marco del juicio de reclamación tributaria que se encuentra actualmente radicado ante la Il-tma. Corte de Apelaciones de Santiago, con decreto de “*autos en relación*”, para conocer del recurso de apelación Rol I.C. 6350-2011;

2°. Que el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento deducido en la Segunda Sala de esta Magistratura, admitiéndose a tramitación por resolución de fecha 31 de octubre de 2012, según consta a fojas 111 y siguientes, confirmando traslado por diez días al Consejo de Defensa del Estado, en su calidad de parte apelada en la gestión pendiente, según consta en el certificado agregado a fojas 104 y, asimismo, requirió a la Il-tma. Corte de Apelaciones de Santiago que remitiera las copias de las piezas principales de los autos antes individualizados;

3°. Que por resolución de fecha 20 de noviembre del año en curso, escrita a fojas 138, se tuvo por evacuados los traslados, tanto por el Consejo de Defensa del Estado como por el Servicio de Impuestos Internos –entidad que se hizo parte a fojas 119–, quienes solicitaron se declarara inadmisibile la presente acción, por configurarse, en la especie, las causales previstas en los numerales 5° y 6° del artículo 84 de la ley orgánica de esta Magistratura, esto es, por no ser decisivos los preceptos impugnados y no tener fundamento plausible el requerimiento, respectivamente;

4°. Que, en la antedicha resolución la Segunda Sala de esta Magistratura fijó una audiencia para oír alegatos sobre la admisibilidad del requerimiento para el día 4 de diciembre de 2012, la que se verificó, escuchándose los alegatos anunciados de los abogados del recurrente, del Servicio de Impuestos Internos y del Consejo de Defensa del Estado;

5°. Que, el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6°, de la Constitución Política 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”.

A su turno, 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”;

6°. 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 84 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.”;

7°. Que, atendido el mérito de los antecedentes que obran en autos, esta Sala ha logrado formarse convicción en cuanto a que la acción constitucional deducida no puede prosperar, toda vez que, tal como se explicitará en las motivaciones siguientes, el requerimiento no se encuentra razonablemente fundado, configurándose, en la especie la causal de

inadmisibilidad contemplada en el numeral 6° del ya transcrito artículo 84 de la Ley Orgánica de esta Magistratura, puesto que de las argumentaciones del requerimiento no es posible colegir un conflicto de constitucionalidad propiamente tal entre los preceptos legales impugnados y las normas constitucionales invocadas como transgredidas, sino que más bien lo planteado constituye una cuestión de mera legalidad, relativa a la aplicación e interpretación que de dichos preceptos han hecho los Tribunales Superiores de Justicia, lo que escapa a la competencia de esta Magistratura;

8°. Que, la exigencia de fundamento plausible para declarar la admisibilidad supone una condición que implica –como requisito básico– la aptitud del o de los preceptos legales objetados para contrariar, en su aplicación al caso concreto, la Constitución, lo que debe ser expuesto circunstanciadamente, motivo por el cual 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 Rol N° 1.780);

9°. Que de la lectura del requerimiento es posible advertir que lo reprochado es la interpretación que de los preceptos impugnados ha hecho la Excma. Corte Suprema.

En efecto, en el párrafo final de fojas 6 se lee: *“Es por esa razón que los sentenciadores que habrán de conocer de nuestro juicio y de la excepción de prescripción que dedujimos en el mismo, independiente del plazo de más de ocho años transcurrido entre la presentación de nuestra reclamación y la fecha en que finalmente fue recibida a trámite por el Juez Tributario competente, periodo en el que no hubo ninguna actividad procesalmente eficaz por culpa del propio Servicio de Impuestos Internos, resolverán –no obstante todo ello–, que habiéndose deducido en tiempo y forma reclamación contra la liquidación 1771, de 23 de mayo de 2000, por el efecto de las normas mencionadas, no podrá declararse que se encuentran prescritas la acción de giro y el cobro permitidos por la liquidación en cuestión.”*

Y en el primer párrafo de fojas 7 se señala: *“Es en este sentido, por lo demás, como ha resuelto sostenidamente la Excma. Corte Suprema, por ejemplo mediante sentencias de 9 de junio de 2011, dictada en los autos sobre casación rol 2684-2009 (considerandos 9° a 16°); de 22 de junio de 2011, dictada en los autos sobre casación rol 3870-2011 (considerandos 5° a 9°); de 16 de marzo de 2011, dictada en los autos sobre casación rol 1677-2009 (considerandos 9° a 15°); y de 28 de diciembre de 2010, dictada en los autos sobre casación rol 6704-2008 (considerandos 12° a 14°); en todas las que ha establecido que el marco normativo otorgado por el inciso segundo del artículo 24 del Código Tributario y el inciso final del artículo 201 del referido cuerpo legal, considera la suspensión del término de prescripción para el caso de haberse interpuesto en tiempo y forma reclamación de la liquidación por el contribuyente.”*



En el mismo sentido, a fojas 8 se indica: “Al aplicarse a nuestro caso particular las normas que se impugnan por inconstitucionalidad, en la resolución que se dicte por los tribunales de justicia, se considerará suspendida la obligación del Servicio de Impuestos Internos referida a emitir los giros que emanaban de la liquidación 1771 y se entenderán suspendidos los plazos de prescripción extintiva de las obligaciones tributarias que emanaban de la misma, que debían contarse desde la notificación de dicha liquidación, sin atender al efecto de más de ocho años que transcurrió entre la presentación de nuestra reclamación el día 8 de agosto de 2000, y la resolución dictada por el Juez Tributario competente de fecha 25 de noviembre de 2008, que finalmente tuvo por interpuesta dicha reclamación.”

**10°.** Que, como bien ha sostenido esta Magistratura, “en sede de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional sólo ha sido autorizado por la Carta Fundamental para efectuar el control de constitucionalidad concreto de los preceptos legales objetados y, por consiguiente, no ha sido llamado a resolver sobre la aplicación e interpretación de normas legales, cuestión que, de conformidad a la amplia jurisprudencia recaída en requerimientos de inaplicabilidad, es de competencia de los jueces del fondo” (STC roles N<sup>OS</sup> 1.314 y 1.351, entre otros).

**11°.** Que de lo señalado se desprende inequívocamente que, en la especie, no existe en el requerimiento un reproche concreto de constitucionalidad de los preceptos impugnados, sino que más bien, como ya se ha expuesto, de la interpretación que de éstos ha hecho reiteradamente la Excma. Corte Suprema, razón por la que corresponde declarar inadmisibles la presentación, en atención a que ella carece de fundamento plausible, al tratarse de un conflicto de legalidad, ajeno a la naturaleza propia de la acción de inaplicabilidad.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6, e inciso decimoprimer y en los preceptos citados y pertinentes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**Que se declara inadmisibles el requerimiento deducido a fojas 1.**  
Notifíquese y archívese en su oportunidad.

**Rol N<sup>º</sup> 2.326-2012**

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta Subrogante, Ministra señora Marisol Peña Torres, y por los Ministros señores Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

ROL Nº 2.327-2012

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 146  
DEL REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA, CONTENIDO  
EN EL D.S. Nº 597, DE 14 DE JUNIO DE 1984,  
DEL MINISTERIO DEL INTERIOR, DEDUCIDO POR  
ERIK GONZALO ESPINOZA CERDA, JUEZ TITULAR  
DEL JUZGADO DE GARANTÍA DE VIÑA DEL MAR

Santiago, dieciséis de octubre de dos mil doce.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1°. Que, con fecha 10 de octubre del año en curso, don Erik Espinoza Cerda, Juez Titular del Juzgado de Garantía de Viña del Mar, ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 146 del Reglamento de Extranjería, contenido en el D.S. Nº 597, de 14 de junio de 1984, del Ministerio del Interior, para que surta efectos en el proceso criminal que se sigue en contra del ciudadano ecuatoriano don Jimmy Ceferino Espinoza, RIT 10.677-2012, RUC 1200754118-8, sustanciado ante el Juzgado de Garantía de Viña del Mar;

2°. Que, a fojas 14, el señor Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento de autos ante la Segunda Sala de esta Magistratura;

3°. Que el artículo 93, inciso primero, Nº 6°, de la Constitución Política establece 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, el inciso decimoprimeros 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 a 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 preceptiva constitucional aludida precedentemente se complementa con la contenida en la Ley Nº 17.997. 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 artícu-*

los 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.”.

A su vez, los artículos 79 y 80 del cuerpo legal aludido 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.”;

5°. Que, por otra parte, el artículo 84 de la citada 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 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.”;*

6°. Que, este Tribunal Constitucional, en oportunidades anteriores y teniendo en consideración el mérito de cada caso particular, ha determinado que el requerimiento de inaplicabilidad interpuesto adolece de vicios o defectos tales que hacen imposible que pueda prosperar, siendo así impertinente que la Sala respectiva efectúe un examen previo de admisión a trámite, procediendo que la misma declare derechamente la inadmisibilidad de la acción deducida (STC roles N°s 1.890, 1.878, 1.860, 1.789, 1.834, 1.828, 1.788, 1.771 y 1.749, entre otras);

7°. Que, en el caso de autos, de la sola lectura del libelo de fojas 1 se desprende que no concurre uno de los presupuestos constitucionales y legales antes transcritos para que la acción deducida pueda prosperar, toda vez que, tal como se explicitará en las motivaciones siguientes, el requerimiento recae sobre un precepto que no tiene rango legal, configurándose de esta manera la causal de inadmisibilidad contenida en el numeral 4° del ya transcrito artículo 84 de la Ley N° 17.997;

8°. Que, de conformidad a la jurisprudencia de esta Magistratura, “*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, se trata 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.*” (STC Rol N° 1.194);

9°. Que, tal como fuera señalado en el considerando primero de esta sentencia, la acción interpuesta dice relación con un precepto de carácter reglamentario, como lo es, a modo recordatorio, el reprochado artículo 146 del D.S. N° 597 de 1984 del Ministerio del Interior, que Aprueba el Nuevo Reglamento de Extranjería. Por consiguiente, lo que se ha solicitado a este Tribunal es un pronunciamiento acerca de la eventual inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un acto administrativo, y no de disposiciones similares del D.L. N° 1.094, de 1975, que establece Normas Sobre Extranjeros en Chile. Así, la impugnación formulada escapa del ámbito de competencia que ha sido asignado a esta Magistratura, en el artículo 93, inciso primero, N° 6, y undécimo, de la Constitución;

**Y TENIENDO PRESENTE** lo establecido en el artículo 93, inciso primero, N° 6°, e inciso decimoprimero, de la Constitución Política y en el número 4° del artículo 84 y demás normas pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

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

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben.

Notifíquese.

Archívese.

**Rol N<sup>º</sup> 2.327-2012**

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta Subrogante, Ministra señora Marisol Peña Torres, y por los Ministros señores Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de Fuente Olguín.

**ROL N<sup>º</sup> 2.328-2012**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 120, INCISO PRIMERO, Y DEL ARTÍCULO 125, INCISO SEGUNDO, LETRA C), AMBOS DE LA LEY N<sup>º</sup> 18.834, SOBRE ESTATUTO ADMINISTRATIVO; DEL ARTÍCULO 64 DE LA LEY N<sup>º</sup> 18.575, ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE BASES GENERALES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, Y DEL ARTÍCULO 20, PARTE FINAL, DEL CÓDIGO PENAL, DEDUCIDO POR GUSTAVO MUÑOZ SALINAS**

Santiago, diez de diciembre de dos mil doce.

**Proveyendo a fojas 40:** por cumplido lo ordenado a fojas 36, ténganse por acompañados los documentos, bajo apercibimiento legal.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1<sup>º</sup>. Que, con fecha 12 de octubre del año en curso, don Gustavo Muñoz Salinas, representado por el abogado Simón Matas Rojas, ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los

artículos 120, inciso primero, y 125, inciso segundo, letra c), de la Ley Nº 18.834 –sobre Estatuto Administrativo–; del artículo 64 de la Ley Nº 18.575 –Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado–, y del artículo 20 del Código Penal, para que surta efectos en el proceso disciplinario, Rol Nº 42-2011, incoado por la Contraloría Interna de la Tesorería General de la República;

2°. Que, a fojas 15, el señor Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento de autos ante la Primera Sala de esta Magistratura;

3°. Que, con fecha 6 de noviembre del año en curso, esta Sala admitió a tramitación el requerimiento deducido. En la misma oportunidad, para pronunciarse sobre la admisibilidad del requerimiento, confirió traslado por 10 días al fiscal del sumario administrativo seguido ante la Contraloría Interna de Tesorería General de la República y, asimismo, requirió a la Contraloría Interna de Tesorería General de la República que enviara copia de las piezas principales del aludido proceso;

4°. Que, mediante presentaciones de fojas 30 y 40, se evacuó el aludido traslado y se enviaron las piezas solicitadas;

5°. Que, para el examen de la verificación de los requisitos de admisibilidad, referidos a la acción de inaplicabilidad, resulta necesario tener en cuenta lo que en la materia prescriben tanto las normas constitucionales pertinentes como las contenidas en la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional;

6°. Que el artículo 93, inciso primero, Nº 6°, de la Constitución Política establece 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, 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.*”;

7°. Que la preceptiva constitucional aludida precedentemente se complementa con la contenida en la Ley Nº 17.997, 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 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° 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, teniendo en consideración el mérito del proceso y los antecedentes que obran en autos, esta Sala ha llegado a la convicción de que no concurren los presupuestos constitucionales y legales antes transcritos para que la acción deducida pueda ser declarada admisible, toda vez que no existe una gestión pendiente en que pueda tener efectos un pronunciamiento de inaplicabilidad. En efecto, según consta en la documentación acompañada a fojas 40, el sumario administrativo dirigido contra el requirente finalizó mediante pronunciamiento firme, que fuera expedido por el Ministro de Hacienda, configurándose de esta manera la causal de inadmisibilidad contenida en el número 3° del ya transcrito artículo 84 de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, y así se declarará;

Y TENIENDO PRESENTE lo establecido en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política y en el N<sup>º</sup> 3° del artículo 84 y demás normas pertinentes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

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

**Se previene que los Ministros señores Francisco Fernández Fredes y Domingo Hernández Emparanza estiman que el requerimiento resulta inadmisibile, además, porque la gestión pendiente invocada no es de índole judicial, motivo por el cual tampoco se cumplen los presupuestos constitucionales y legales para que la acción de inaplicabilidad pueda prosperar.**

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben y la prevención, sus autores.

Notifíquese.

Archívese.

**Rol N° 2.328-2012**

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, Francisco Fernández Fredes, Iván Aróstica Maldonado y Domingo Hernández Emparanza. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

**ROL N° 2.329-2012**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 91 DEL CÓDIGO DE  
PROCEDIMIENTO PENAL, DEDUCIDO POR  
CARLOS NIETO GONZÁLEZ Y OTROS**

Santiago, veinte de diciembre de dos mil doce.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.** Que, con fecha 12 de octubre de 2012, Humberto Antonio Palamara Iribarne, por sí y en representación de Carlos Nieto González, Julio Bravo Alarcón y Sergio Bustamante Medel, dedujo ante esta Magistratura un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 91 del Código de Procedimiento Penal, en la causa Rol N° 8.723-2012 de que conocía el Juzgado Naval de Valparaíso, gestión judicial que se encontraba pendiente ante la Corte Marcial de la Armada de Chile, bajo el Rol N° 102-2012, conforme consta del certificado que rola a fojas 14;

**SEGUNDO.** Que la Primera Sala de este Tribunal Constitucional, por resolución de 18 de octubre de 2012, admitió a tramitación el requerimiento de inaplicabilidad deducido y ordenó la suspensión del procedimiento en la gestión *sub lite*, ordenando officar al efecto a la Corte Marcial



de la Armada, y, por resolución de 8 de noviembre de 2012, declaró admisible el requerimiento, pasando los autos al Pleno del Tribunal para su sustanciación;

**TERCERO.** Que, conforme consta en autos, se comunicó la suspensión del procedimiento a la Corte Marcial de la Armada mediante carta certificada expedida con fecha 19 de octubre de 2012 (fojas 26).

Asimismo, consta de las piezas principales de la gestión en que incide el presente requerimiento, acompañadas por la Corte Marcial de la Armada y agregadas a fojas 29 y siguientes, que dicha Corte, mediante sentencia de 18 de octubre de 2012 (fojas 102), confirmó la resolución apelada de 13 de agosto de 2012, esto es, aquella dictada por el Juez Naval que no dio lugar a la formación de causa judicial respecto de la denuncia formulada por los mismos requirentes de inaplicabilidad, por no revestir los hechos denunciados características de delito (fojas 74);

**CUARTO.** Que, atendida la circunstancia anotada en el considerando precedente, mediante resolución de 29 de noviembre de 2012, a fojas 119, el señor Presidente subrogante de este Tribunal Constitucional ordenó al requirente acompañar, dentro del plazo de cinco días corridos, un certificado del tribunal que conocía de la gestión *sub lite*, que diera cuenta de la existencia de dicha gestión y del estado procesal en que se encontraba.

A fojas 124, rola el certificado acompañado por el actor, emanado de la Corte Marcial de la Armada y de fecha 6 de diciembre de 2012, en que se verifican los siguientes hechos:

1°. Que la Corte Marcial, con fecha 18 de octubre de 2012, confirmó la resolución apelada;

2°. Que, con fecha 22 de octubre de 2012, el señor Palamara presentó recurso de rectificación “*en lo que dice relación con una cita del Rol de una causa judicial allí singularizada*”;

3°. Que dicha Corte Marcial, con fecha 23 de octubre de 2012, esto es, después de haber confirmado la resolución apelada, certificó la recepción de la resolución de este Tribunal Constitucional de 18 de octubre de 2012, en que se ordenaba la suspensión del procedimiento, y

4°. Que por resolución del mismo día 23 de octubre de 2012, la Corte Marcial proveyó el escrito de rectificación del señor Palamara, disponiendo “*estese a la suspensión del procedimiento decretada por el Tribunal Constitucional*”;

**QUINTO.** Que el artículo 93, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, de la Constitución Política de la República dispone 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*”.

La misma norma constitucional, en su inciso undécimo, dispone que “*la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que cono-*

*ce 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”;*

**SEXTO.** Que, conforme a lo expresado en los considerandos precedentes, no se dio lugar a la formación de la causa en la gestión en que incide el presente requerimiento y ello fue confirmado por la Corte Marcial de la Armada, de modo tal que dicha resolución se encuentra ejecutoriada. En consecuencia, no existe actualmente una gestión judicial pendiente en la que pueda producir efectos una eventual declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto legal impugnado por el requirente.

No obsta a lo anterior el hecho de que se haya deducido un recurso de rectificación y que se encuentre pendiente pues, conforme consta del certificado de fojas 124, dicho recurso tiene por único objeto la corrección de un error de referencia respecto del Rol de una causa que se cita. En consecuencia, dicho recurso de reposición no constituye un asunto en el cual pueda tener aplicación el artículo 91 del Código de Procedimiento Penal, impugnado por el requirente, y

**SÉPTIMO.** Que atendidas las circunstancias expuestas, se constata la falta de los presupuestos procesales básicos para que prospere la presente acción de inaplicabilidad y se torna improcedente que esta Magistratura Constitucional entre a conocer del fondo del requerimiento deducido a fojas uno.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo prescrito en el artículo 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República,

**SE DECLARA:**

**Que se rechaza el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas**

**1.**

Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada. Oficiese al efecto a la Corte Marcial de la Armada de Chile.

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 2.329-2012**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y por los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake, señora Ma-

risol Peña Torres y señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza. Autoriza la Secretaría del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

## ROL N<sup>º</sup> 2.330-2012

### REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 277, INCISO SEGUNDO, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, EN ESPECIAL EN LA ORACIÓN “CUANDO LO INTERPUSIERE EL MINISTERIO PÚBLICO”, DEDUCIDO POR RODRIGO HINZPETER KIRBERG, MINISTRO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA

Santiago, veintinueve de enero de dos mil trece.

#### VISTOS:

Con fecha 12 de octubre de 2012, el Ministro del Interior y Seguridad Pública ha solicitado la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal, referido al régimen del recurso de apelación en contra del auto de apertura del juicio oral, en la parte que señala “cuando lo interpusiere el Ministerio Público”.

El aludido precepto legal dispone:

*“El auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el Ministerio Público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente.”.*

La gestión invocada es un proceso penal seguido ante el Decimotercer Juzgado de Garantía de Santiago, por los delitos de colocación de artefactos explosivos contemplado en la Ley N<sup>º</sup> 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad, y fabricación no autorizada de artefactos explosivos, en el cual el requirente es querellante. Expone que se decretó la exclusión de prueba documental y testimonial, ofrecida tanto en la acusación del fiscal como en la acusación particular del requirente

y que apeló de ello, impugnación que fue declarada inadmisibile, tras lo cual dedujo un recurso de hecho que se encuentra pendiente.

La prueba cuya exclusión se decretó se encuentra detallada a fojas 9, consistentes en órdenes de trabajo y presupuesto de reparación de un automóvil, partes de informes periciales elaborados por Carabineros de Chile, relativos a la fabricación de bombas, y declaraciones de testigos. Especifica la parte requirente que dicha exclusión de pruebas afecta sustancialmente sus pretensiones procesales, derivadas de la legitimación activa que le confiere el artículo 10° de la Ley N° 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad.

La acusación particular del Ministerio del Interior y Seguridad Pública imputa los delitos de colación de 2 artefactos explosivos terroristas, referidos a un atentado a una sucursal del Banco BCI y a otro atentado a una automotora.

La acusación del Ministerio Público imputa similar delito respecto del atentado a la sucursal bancaria, además de 3 delitos de fabricación de artefacto explosivo sin autorización, contemplado por la Ley N° 17.798, referida a control de armas y explosivos, detonados en un poste de electricidad, en el memorial de Jaime Guzmán Errázuriz y en la automotora aludida.

Expone el requirente que, la aplicación de la preceptiva impugnada vulnera sus derechos a la igualdad ante ley y al racional y justo procedimiento, establecidos en los numerales 2° y 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, infringiéndose la garantía de la no discriminación arbitraria, en la medida que el legislador otorgó un recurso a uno de los intervinientes, en una situación de desigualdad respecto de las demás partes, vulnerándose así las garantías de la igual protección en el ejercicio de los derechos, del debido proceso y de la tutela judicial efectiva, al impedirse el acceso a la revisión de lo resuelto por un tribunal superior, ya que sólo el Ministerio Público puede apelar, facultad que es de carácter discrecional y que priva a la parte querellante del derecho al recurso en similares términos.

Con fecha 17 de octubre se acogió a tramitación el requerimiento, se decretó la suspensión del procedimiento y se confirió traslado para resolver acerca de la admisibilidad.

A fojas 126 el ministerio público señala no tener observaciones

A fojas 127 comparece, en calidad de parte de la gestión y sin acreditar representación, la Fundación Jaime Guzmán solicitando se declare admisible y se acoja el requerimiento deducido.

A fojas 131 el imputado Hans Niemeyer Salinas evacuó el traslado conferido, solicitando la declaración de inadmisibilidad. Señaló que la fiscalía y el requirente tienen la misma pretensión punitiva y ofrecieron la misma prueba, por lo que el precepto impugnado no resulta de aplica-

ción decisiva, agregando que, a su juicio, el requerimiento carece de fundamento razonable. Expone que el Ministerio Público apeló de la exclusión de pruebas y que eso hace improcedente la acción de inaplicabilidad.

Con fecha 7 de noviembre de 2012, se declaró la admisibilidad del requerimiento y posteriormente se confirió traslado acerca del fondo del asunto controvertido.

Nuevamente sin acreditar personería, compareció la Fundación Jaime Guzmán, refiriéndose al fondo del conflicto de constitucionalidad planteado, formulando un conjunto de consideraciones en torno a los antecedentes de hecho de la causa, el fundamento del instituto de la exclusión de prueba, el derecho al debido proceso y el derecho al recurso, solicitando que el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sea acogido.

A fojas 182, el imputado Hans Niemeyer Salinas evacuó el traslado sobre el fondo del conflicto, dando cuenta del contenido, elementos y las finalidades del derecho fundamental a un debido proceso en las recientes sentencias de la Corte Suprema y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para concluir que es un derecho de titularidad del imputado y no del Estado persecutor, que entre sus finalidades está la de establecer límites frente al poder punitivo y a las potestades de los órganos del Estado, motivo por el cual no puede ser invocado por ellos sin ser desnaturalizado en su esencia, agregando que los entes estatales están dotados de poderes y los gobernados de derechos frente a ellos, por lo cual en el presente caso se está tergiversando ese esquema y vulnerando la recta razón jurídica al pretender equiparar a las personas enjuiciadas con el Estado, al que además se atribuyen derechos fundamentales.

Expone que en el pasado mes de octubre la Corte Suprema sentenció en este sentido, rechazando recursos de nulidad en que la fiscalía invocaba la titularidad del derecho al debido proceso, cuestión que se concluyó era improcedente.

Señala que si el poder público se ha dado una determinada forma de organización que en procesos penales permite actuar a varios de sus órganos, su obrar deben ajustarse estrictamente a lo que la ley señala y es por ello que hoy el Estado-querellante no puede apelar del auto de apertura, tema que se encuentra en discusión a nivel legislativo.

Expone que a diferencia de la causa Rol N<sup>º</sup> 1.535 de este Tribunal, en la cual se declaró inaplicable la misma norma, en este caso el querellante no es un particular, sino un órgano del Estado.

Argumenta que puede ser razonable que todas las partes sean titulares del recurso de apelación frente a la exclusión de sus pruebas, pero la noción de debido proceso legalmente tramitado implica el cumplimiento de la normativa procesal, entre la cual está el régimen recursivo.

Plantea así que no existe efecto contrario a la Constitución pretendido por la parte requirente y que el derecho al recurso establecido en la Convención Americana de Derechos humanos se refiere a la sentencia definitiva, mas no a cuestiones accesorias. Señala que la exclusión de pruebas tiene una función garantista y que no puede ser desconocida.

Posteriormente, en referencia a los antecedentes de la gestión invocada, señala que la imputación de actos terroristas no es acorde con lo dispuesto por el derecho internacional, citando al efecto la Convención Internacional para la Represión del Financiamiento del Terrorismo y un Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, concluyendo que la legislación chilena está excedida en esta materia y que en la jurisprudencia reciente hechos similares han sido calificados como delito de daños, en concurso con otros tipos de la Ley N° 17.798, referida a control de armas y explosivos. Argumenta que en Chile el fenómeno terrorista es inexistente, que es un discurso propio del denominado derecho penal del enemigo que se ha asentado en nuestro medio, con largas temporadas de prisión preventiva para imputados que después son absueltos, en total contradicción con los principios de legalidad y proporcionalidad.

Argumenta que el Ministerio del Interior y Seguridad Pública hizo suyas en bloque las pruebas de la fiscalía y que sólo tenía dos pruebas adicionales, una que retiró y otra que fue excluida por impertinencia, lo cual no es apelable.

En cuanto a las exclusiones de pruebas, señala que ninguna de ellas se decretó únicamente por la causal de infracción a derechos fundamentales, sino que además se declaró la impertinencia, la sobreabundancia o su carácter dilatorio, por lo que el único efecto de acoger el requerimiento sería determinar si en la vista del recurso ante la Corte de Apelaciones intervendrá solamente el fiscal o además lo hará el Ministerio del Interior y Seguridad Pública en defensa de las pruebas excluidas.

Hace presente que al momento de decretarse la suspensión del procedimiento su representado ya llevaba 11 meses en prisión y que sin mediar este requerimiento ya se habría verificado su juicio oral.

Por todo lo expuesto, solicita el rechazo del requerimiento deducido.

Con fecha 15 de enero la parte requirente acompañó un informe en derecho de los profesores Emilio Pfeffer Urquiaga y Alberto Naudon del Río.

Concluida la tramitación del requerimiento, se ordenó traer los autos en relación.

Con fecha 17 de enero se verificó la vista de la causa.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.** Que el precepto legal cuestionado ha sido transcrito en la parte expositiva de esta sentencia, en la cual también se han consignado

debidamente la enunciación de las alegaciones y fundamentos de derecho hechos valer por el requirente, así como las resoluciones, comunicaciones y certificaciones que dan cuenta de la sustanciación de este proceso constitucional;

**SEGUNDO.** Que, traídos los autos en relación y terminada la vista de la causa, se procedió a votar el acuerdo respectivo, produciéndose empate de votos, con lo cual, atendido el quórum calificado exigido por la Carta Fundamental para acoger esta clase de requerimientos y que, por mandato de la letra g) del artículo 8° de la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal, el voto del Presidente no dirime un empate en estos casos, se tuvo por desechado el requerimiento por no haberse alcanzado el quórum constitucional necesario para ser acogido.

## I

### VOTO POR EL RECHAZO DEL REQUERIMIENTO

**Los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza estuvieron por rechazar la acción de inaplicabilidad, teniendo presentes las siguientes consideraciones:**

## I

### LA IMPUGNACIÓN

1°. Que en el marco del proceso penal que se sigue ante el 13.er Juzgado de Garantía de Santiago, contra Hans Niemeyer Salinas, por los delitos de fabricación, colocación y detonación de artefactos explosivos, durante el desarrollo de la audiencia de preparación del juicio oral, celebrada entre los días lunes 24 al jueves 27 de septiembre de 2012, la jueza de dicho Juzgado procedió a excluir prueba testimonial y documental, por posible vulneración del principio de congruencia.

En dicho proceso, el Ministerio del Interior presentó querellas por delito terrorista (Ley N° 18.314), de conformidad a lo establecido en el artículo 261, letra a), del Código Procesal Penal (en adelante, CPP).

En vista de la decisión de la señora Jueza, dicho Ministerio presentó una apelación. Sin embargo, ésta fue declarada inadmisibles por aplicación del artículo 277, inciso segundo, del CPP, por resolución de 3 de octubre de 2012.

Contra dicha resolución, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública presentó un recurso de hecho ante la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 5 de octubre de 2012.

Dicho recurso de hecho es la gestión pendiente que se invoca para el presente recurso de inaplicabilidad, presentado por el Ministro del Interior;

2°. Que el recurso de inaplicabilidad impugna parte del inciso segundo del artículo 277 del CPP. Dicho inciso establece lo siguiente:

*“El auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el ministerio público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente. Este recurso será concedido en ambos efectos. Lo dispuesto en este inciso se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales.”*

Lo que se impugna es la frase “cuando lo interpusiere el ministerio público”;

3°. Que los argumentos que sostiene el Ministro del Interior, en lo sustantivo, se limitan a señalar, en primer lugar, que el auto de apertura del juicio oral es esencial en el juicio penal; entre otras cosas, porque fija la prueba que se va a rendir en el juicio oral. Por lo mismo, al impedir que el Ministerio del Interior pueda solicitar la revisión por un superior de la exclusión de la prueba dispuesta por el Juzgado de Garantía, afecta al debido proceso, uno de cuyos componentes es el derecho al recurso. En segundo lugar, se sostiene que la falta de apelación afecta la posibilidad que tiene el Ministerio de desarrollar una teoría distinta a la sustentada por la Fiscalía sobre la existencia de ciertos delitos terroristas. Aunque la prueba excluida es la misma que la que ofreció la Fiscalía, el Ministerio del Interior la usa para configurar otros delitos distintos de los que sostiene el Ministerio Público. Para ello presentó la correspondiente acusación particular. Ahí queda demostrado que hay diferencias con lo sustentado por el Ministerio Público respecto de los delitos, de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal y de las penas. De este modo, no puede un querellante depender de las acciones u omisiones llevadas a cabo por el Ministerio Público. Si bien el Ministerio Público apeló por estas mismas exclusiones, el Ministerio del Interior tiene derecho a defenderse por sus propios medios. Por lo mismo, la falta de apelación afecta el equilibrio de los intervinientes en un proceso penal. En tercer lugar, el Ministerio del Interior sostiene que la falta de apelación genera más injusticia, toda vez que, a su juicio, la exclusión de prueba se fundó en una causal mal aplicada. El Ministerio del Interior no ha obtenido ninguna prueba ilícitamente;

## II

### ASUNTOS SOBRE LOS CUALES ESTE TRIBUNAL NO EMITIRÁ PRONUNCIAMIENTO

4°. Que, antes de entrar al fondo del asunto, es necesario puntualizar que esta Magistratura no entrará en el examen de ciertos aspectos involucrados en la presente cuestión, toda vez que exceden su competencia;



5°. Que, en este sentido, en primer lugar, este Tribunal no puede entrar a calificar los delitos que se le imputan al señor Niemeyer. Eso es algo que corresponde resolver a los jueces penales. Está en ese ámbito definir si en el caso concreto hubo o no comisión de delitos terroristas. La Constitución, en todo caso, sostiene que *“el terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos”* (artículo 9°). Aquí lo que se discute es si cabe o no una apelación por alguien distinto al ministerio público, respecto del auto de apertura del juicio oral, que excluyó ciertas pruebas.

En segundo lugar, este Tribunal tampoco puede conocer de la resolución que excluyó la prueba. Eso es algo que también debe resolverse, por los mecanismos respectivos, en la gestión pendiente;

6°. Que tampoco podemos pronunciarnos sobre el rol de querellante del Ministerio del Interior. No obstante, en estrados se sostuvo que el Ministerio del Interior, al ser un órgano público, carece de derechos, pues éstos sólo tienen competencias;

7°. Que, sin entrar a pronunciarnos sobre un tema de tal envergadura, que excede el ámbito de la presente inaplicabilidad, pues aquí está impugnado sólo un artículo del CPP, es necesario puntualizar que la Constitución establece que la acción penal puede ser ejercida por tres tipos de sujetos. Por de pronto, por el Ministerio Público, a quien la Carta Fundamental le encomienda ejercer *“la acción penal pública en la forma prevista por la ley”* (artículo 83). Enseguida, establece que puede también ejercer esta acción *“el ofendido por el delito”*. Finalmente, dispone que puede ser asimismo ejercida por *“las demás personas que determine la ley”*;

8°. Que, a diferencia de lo que sucedía en el antiguo proceso penal, en que la acción penal pública podía ser ejercida *“por toda persona capaz de parecer en juicio, siempre que no tenga especial prohibición de la ley y que se trate de delitos que deban perseguirse de oficio”* (artículos 15 y 93 del Código de Procedimiento Penal), la Constitución encargó a la ley definir de manera acotada quiénes pueden ejercer dicha acción.

El CPP regula la materia estableciendo que la investigación de un hecho que reviste caracteres de delito, tiene tres formas de iniciación: de oficio por el Ministerio Público, por denuncia o por querrela (artículo 172). De ahí que consagre que la acción penal pública debe *“ser ejercida de oficio por el Ministerio Público”* (artículo 53, inciso segundo). Cabe señalar que el Ministerio Público es un órgano del Estado, definido por la propia Constitución como *“autónomo”* y *“jerarquizado”* (artículo 83), cuya función es dirigir *“en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la acción punible y los que acrediten la inocencia del imputado”* (artículo 83).

Respecto de las demás personas, el artículo 111 del CPP establece la titularidad de quienes pueden presentar querrelas. En dicho artículo se

contempla una distinción. De un lado, pueden presentar querrela “*la víctima, su representante legal o su heredero testamentario*”. Del otro, puede hacerlo “*cualquier persona capaz de parecer en juicio*”, respecto de ciertos delitos: los delitos terroristas y los cometidos por funcionarios públicos que afecten derechos garantizados por la Constitución o sean contrarios a la probidad pública;

**9°.** Que el mismo artículo 111 establece que también pueden presentar querellas “*los órganos y servicios públicos*” cuando “*sus respectivas leyes orgánicas les otorguen expresamente las potestades correspondientes*”.

El Ministerio del Interior tiene otorgada dicha potestad por el artículo 3°, letra a), del D.F.L. N° 7912, del año 1927, del Ministerio del Interior. Dicha facultad es consistente con su rol en materia de seguridad pública interior y de orden público (Ley N° 20.502);

**10°.** Que la querrela presentada por el Ministerio del Interior, en la gestión pendiente, fue admitida a tramitación por el Juez de Garantía. Hay que señalar que ésta puede ser declarada inadmisibles “*cuando se dedujere por persona no autorizada por la ley*” (artículo 114, letra e), del CPP);

**11°.** Que el CPP, luego de establecer que si la ley permite que los órganos y servicios públicos puedan interponer querellas, no ve inconveniente en que las presenten, ni establece distingos entre los distintos tipos de querellantes. Éstos tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones.

Entre los derechos del querellante están el de ofrecer prueba para sustentar su acusación (artículo 261, letra c), del CPP) y el de formular las solicitudes, observaciones y planteamientos que estimare relevantes con relación a las pruebas ofrecidas por los demás intervinientes, durante la audiencia de preparación del juicio oral (artículo 272).

El Ministerio del Interior no se ha ajustado más que a este marco;

### III CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN

**12°.** Que, luego de puntualizado lo anterior, es necesario señalar algunos criterios de interpretación que nos van a guiar al momento de examinar la norma impugnada.

En primer lugar, el artículo 277 regula el auto de apertura del juicio oral. La exclusión de prueba se encuentra establecida en el artículo 276. Ahí se consagra que la exclusión de pruebas puede provenir de imperitencia, de actuaciones o diligencias declaradas nulas o porque fueron obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

Respecto de dicho auto, el artículo 277 regula la procedencia de a lo menos dos recursos. De un lado, el de apelación. Del otro, el recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral;

**13°.** Que la apelación está concebida con tres características. Por de pronto, es un recurso único. El Código habla de que *“sólo será susceptible de recurso de apelación”* el auto de apertura del juicio oral. El recurso de nulidad no es contra el auto de apertura, sino contra la sentencia definitiva. Este recurso queda salvado por el Código, pues la apelación *“se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva”*.

Enseguida, se trata de un recurso que sólo lo puede interponer el Ministerio Público.

Asimismo, es un recurso que sólo procede cuando la exclusión de pruebas dispuesta por el juez de garantía se hizo no por su impertinencia, sino porque se trata de prueba derivada de actuaciones o diligencias declaradas nulas u obtenida con inobservancia de garantías fundamentales. Se trata, en consecuencia, de causales regladas y estrictas; no procede por el mero agravio.

Finalmente, el recurso de apelación se concede en ambos efectos. La regla general en materia de apelación en el CPP es que se concede en el solo efecto devolutivo, *“a menos que la ley señale expresamente lo contrario”* (artículo 368);

**14°.** Que, en segundo lugar, la apelación en el CPP es excepcional. Por de pronto, porque son inapelables las resoluciones dictadas por un tribunal de juicio oral en lo penal (artículo 364).

Enseguida, porque respecto de las resoluciones dictadas por el juez de garantía, el Código señala los dos casos en que cabe dicho recurso. De un lado, *“cuando pusieren término al procedimiento, hicieren imposible su prosecución o la suspendieren por más de treinta días”*. Del otro, *“cuando la ley lo señale expresamente”* (artículo 370);

**15°.** Que dicho carácter excepcional de la apelación en materia procesal penal ha sido reconocido por esta Magistratura, la que ha justificado dicha excepcionalidad en las siguientes circunstancias:

*“primero, que se ha separado la actividad de investigar y juzgar... En el sistema procesal antiguo, la apelación se justificaba en el hecho de que el tribunal de alzada era verdaderamente independiente del acusador, es decir, del juez de primera instancia. Tal fundamento desaparece hoy en día, pues la independencia de ambas funciones está asegurada desde la primera etapa del proceso”. Segundo, “no tiene sentido tener un tribunal colegiado en primera instancia para luego duplicar el juicio en la Corte o fallar en base a actas, perdiendo la intermediación necesaria que debe tener el tribunal...”. A lo que se agrega que “los principios de intermediación y oralidad impiden que se pueda “hacer de nuevo” el juicio...”. Para concluir que “la oralidad del procedimiento requiere que el tribunal que conoce el juicio tenga el máximo poder de decisión. Si, en vez de darle el poder de decisión final, salvo excepciones, al tribunal que asiste al juicio oral, se le otorga a otro tribunal, que conocerá de la causa por la vía de la lectura del expediente, se estaría poniendo*

*el centro del debate en la lectura del expediente y no en el juicio oral. No sólo se pondría el énfasis en la lectura del expediente, sino que se terminaría privilegiando la opinión del tribunal menos informado por sobre la opinión del tribunal más informado”. Tercero, “se privilegió el control horizontal por sobre el jerárquico. Se confió en que el establecimiento de un tribunal colegiado otorga las garantías de independencia y control que, bajo el sistema antiguo, entregaba el conocimiento de la apelación por el Tribunal de Alzada” (STC Rol N° 1.432);*

**16°.** Que dicho carácter excepcional, en que sólo la ley cuando “*lo señalar expresamente*” (artículo 370, letra b)) hace procedente la apelación, es importante considerarlo, toda vez que a esta Magistratura no le corresponde “*crear*” ni “*otorgar*” recursos. Esa es una decisión del legislador, quien debe ponderar el impacto que la apertura de los recursos genera en el sistema.

Lo anterior es relevante porque mediante la presente inaplicabilidad no sólo se busca que este Tribunal suprima del universo normativo que debe considerar el juez al momento de tomar su decisión, sobre si procede o no la apelación, el precepto impugnado, sino también se busca que por tal supresión se habilite a presentar un recurso de apelación por un sujeto procesal no previsto por el legislador;

**17°.** Que, en tercer lugar, el hecho de que sólo sea el Ministerio Público quien puede apelar, tiene una doble sustentación.

Por una parte, el sistema procesal penal concilia los principios de legalidad y eficiencia. Es decir, la obligación que pesa sobre el Ministerio Público de perseguir todos los ilícitos que lleguen a su conocimiento, se matiza por la necesidad de que lo haga sólo cuando la persecución pueda resultar efectiva. Como ha resuelto esta Magistratura, “*(p)ara maximizar la eficiencia de la utilización de los recursos públicos por parte del Ministerio Público, se han ideado distintas fórmulas. Primero, se establecen herramientas procesales idóneas para ese objetivo. Luego, se aspira a un diseño organizacional adecuado para el logro del mismo. Y, por último, se le permite al Ministerio Público organizar la persecución penal de un modo eficiente, priorizando algunos casos y delitos por sobre otros. (Tavolari Oliveros, Raúl; Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y Casos; Editorial Jurídica; Santiago, 2005; pág. 48).*” (STC Rol N° 1.341). El Ministerio Público debe perseguir las conductas constitutivas de delito, pero debe hacerlo en la medida que ello resulte eficiente. Debe contar con pruebas suficientes y pertinentes. Por eso, si se excluyen del juicio, la ley le otorga el derecho de apelar.

Por la otra, a diferencia de lo que ocurre con el Ministerio Público, el imputado goza de una protección, que la legislación ha elevado a la calidad de derecho: la presunción de inocencia (artículo 4° del Código Procesal Penal). El imputado no tiene que probar nada en el proceso. La carga de la prueba recae en el acusador. El imputado sólo tiene que defenderse. Por eso, se explica que no tenga necesidad de apelar de la resolución que abre el juicio oral, toda vez que no le corresponde presentar prueba. Es

más: la norma está pensada para proteger al imputado. Tanto es así, que es el mismo artículo 277, en su inciso final, el que prevé que el Ministerio Público, frente a la exclusión de prueba que considere determinante, puede optar por solicitar el sobreseimiento definitivo. O sea, si al Ministerio Público se le excluye prueba que pretendía presentar, si esa prueba era esencial para acusar, el proceso penal se termina. No es necesario ir a un juicio que será inútil. Finalmente, si el juicio prosigue, es el imputado quien se beneficia por la exclusión de prueba: sin prueba no puede haber condena, pues, de acuerdo al artículo 340 del CPP, el tribunal sólo puede imponer una condena si adquiere una convicción que vaya más allá de “*toda duda razonable*”;

#### IV LOS PRECEDENTES

**18°.** Que, entrando al fondo del asunto, es necesario hacerse cargo, antes que nada, de la invocación de dos sentencias previas de esta Magistratura: STC roles N<sup>OS</sup> 1.535 y 1.502;

**19°.** Que la primera de estas sentencias se originó en un recurso de inaplicabilidad presentado por un querellante particular. Y este Tribunal, por cinco votos a tres, declaró la inaplicabilidad del mismo precepto impugnado.

La segunda sentencia (STC Rol N<sup>º</sup> 1.502) fue motivada por un requerimiento presentado por el imputado. Y por cinco votos a cuatro, se acogió la inaplicabilidad;

**20°.** Que dichas sentencias presentan diferencias en los hechos con el presente requerimiento. El asunto es relevante por la característica de control concreto que tiene la inaplicabilidad.

Desde luego, en los dos casos anteriores no había una apelación presentada por el propio Ministerio Público, reclamando por la exclusión de las mismas pruebas que alega el Ministerio del Interior. De hecho, la Fiscalía ya había apelado cuando se presentó el presente requerimiento de inaplicabilidad.

A continuación, la prueba excluida en los casos anteriores había sido presentada por quien reclamaba de la exclusión. En el presente caso, en cambio, la prueba fue presentada íntegramente por la Fiscalía; no había sido presentada por el Ministerio del Interior. Este se adhirió a dicha prueba;

**21°.** Que, por otra parte, prácticamente la totalidad del razonamiento expuesto en dichas sentencias se construye sobre la base de la perturbación que para el imputado genera el no poder presentar el recurso de apelación contra la resolución que excluye pruebas que a él le interesa sustentar en el juicio oral.

Sin embargo, en el presente caso, el afectado es el Ministerio del Interior. No se trata, por tanto, de la víctima ni del imputado, sino de un querellante.

Como sostendremos más adelante, hay una diferencia de roles y deberes entre el ministerio público y el querellante, que justifica que sólo al primero se le otorgue el derecho a apelar;

**22°.** Que, por todo ello, no es llegar y aplicar dichos precedentes al presente caso. Hay diferencias del caso concreto que justifican una no aplicación automática de los mismos;

## V

### LA NORMA IMPUGNADA NO VULNERA LA CONSTITUCIÓN

**23°.** Que ahora sí estamos en condiciones de entrar al fondo del asunto. Recordemos que el requerimiento se sustenta en que el precepto impugnado vulnera la igualdad ante la ley (artículo 19, N° 2, constitucional) y el debido proceso (artículo 19, N° 3, constitucional);

#### **1. No se vulnera la igualdad ante la ley**

**24°.** Que no consideramos que se vulnere la igualdad ante la ley. Es cierto que un sujeto procesal (el Ministerio Público) puede apelar y no los otros sujetos, incluido en este caso el Ministerio del Interior;

**25°.** Que, sin embargo, tal diferenciación tiene fundamento. Este está dado, en primer lugar, por el rol que le corresponde al Ministerio Público en el proceso penal. Por de pronto, éste ejercita y sustenta la acción penal (artículo 77 del CPP). También le corresponde promover la persecución penal (artículo 166 del CPP). Por eso, dirige la investigación en forma exclusiva (artículo 3° del CPP); le corresponde cerrarla (artículo 247 del CPP) y definir el curso de acción posterior (solicitar sobreseimiento, acusar o comunicar la decisión de no perseverar) (artículo 248 del CPP). En segundo lugar, en que el imputado goza de una presunción de inocencia (artículo 4° del CPP). En consecuencia, corresponde al Ministerio Público desvirtuar dicha presunción. Para ello debe, en la acusación, señalar los medios de prueba de que piensa valerse en el juicio (artículo 259, letra f), del CPP). De ahí que si se confirma la exclusión de la prueba que él considera esencial para sustentar su acusación, el fiscal puede solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa (artículo 277, inciso final, del CPP). En tercer lugar, como a él corresponde compilar la prueba, puede incurrir en la causal de exclusión de prueba consistente en “*inobservancia de garantías fundamentales*” (artículo 276, inciso tercero, del CPP).

El querellante, en cambio, no tiene todos estos deberes. Si se toma como referencia los deberes que debe cumplir para que no se declare

abandonada la querrela, se debe limitar a adherirse a la acusación, asistir a la audiencia de preparación y concurrir a la audiencia del juicio oral (artículos 120 y 288 del CPP).

En consecuencia, dada esa diferencia de roles y deberes, el ministerio público se encuentra facultado para apelar si le excluyen prueba;

**26°.** Que, además, cabe considerar que en el caso particular las pruebas no fueron presentadas por el Ministerio del Interior. Toda la prueba, tanto aquella incluida en el auto de apertura del juicio oral como aquella excluida, fue presentada por el Ministerio Público, no por el Ministerio del Interior;

**27°.** Que no se trata, por otra parte, de una medida desproporcionada. Por de pronto, porque es un juez el que declara la exclusión de la prueba, después de una audiencia en que hay oportunidad de debatir y controvertir. No hay un acto unilateral, sino que un tercero imparcial es el que decidió. Enseguida, porque la apelación es excepcional en el sistema, como ya ha quedado asentado en este voto. También, porque el resto de los afectados puede reclamar mediante el recurso de nulidad contra la sentencia definitiva. Asimismo, porque el Ministerio Público apeló de la exclusión. Por lo mismo, de acogerse la apelación, le favorece también al Ministerio del Interior, para desarrollar su estrategia procesal;

## **2. No se afecta el debido proceso**

**28°.** Que tampoco consideramos que se vulnere el debido proceso por afectar la dimensión del derecho al recurso.

En primer lugar, porque el Ministerio del Interior no queda indefenso. La ley otorga medios para que se cautele el debido proceso. No es efectivo que se le esté privando del derecho a impugnar el auto de apertura del juicio oral y, específicamente, la decisión de excluir prueba, porque él siempre tiene a salvo la facultad de interponer ante el tribunal competente, de acuerdo con las reglas generales, el recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva. Concordante con ello, el mismo artículo 277, en su inciso segundo, dispone que la apelación del Ministerio Público se entiende “*sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva*”. Precisamente, el recurso de nulidad tiene entre sus causales el que esta resolución se haya dictado con infracción sustantiva de derechos o garantías asegurados por la Constitución o por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (artículo 373, letra a)). Por lo mismo, si el Ministerio del Interior considera que se han pasado a llevar sus derechos, puede interponer dicho recurso;

**29°.** Que el Ministerio del Interior sostuvo en estrados que si bien tiene derecho a ese recurso de nulidad, por el principio de economía pro-

cedimental no tiene sentido esperar hasta la dictación de la sentencia de término para reclamar. La reclamación se puede hacer antes, mediante el recurso de apelación.

Al respecto, cabe señalar que, en base al mismo principio invocado, cabe considerar que un cuestionamiento a la sentencia definitiva puede ser más eficaz, porque ahí se mide con claridad el impacto que pudo haber tenido en sus derechos la exclusión de prueba. Más todavía si, en el presente caso, el Ministerio Público apeló sobre la misma exclusión que reclama el Ministerio del Interior; por lo mismo, de prosperar dicha apelación, el daño puede no existir.

Además del principio de economía procedimental, el procedimiento penal se rige por el orden consecutivo legal. Ello obliga a sujetarse a que sólo se puede recurrir “*por los medios y en los casos expresamente establecidos en la ley*” (artículo 352 del CPP);

**30°.** Que, para esta Magistratura, la inexistencia de la apelación debe ser enjuiciada en el contexto de si existen o no otros recursos que permitan alcanzar la misma finalidad. Lo relevante es que no haya indefensión (STC Rol N° 1.432) y que los recursos sean efectivos (STC Rol N° 1.432). No está envuelto en la garantía del debido proceso un derecho a un recurso específico. De haberlo querido involucrar, lo tendría que haber señalado expresamente. Por tanto, al existir otros recursos, no se afecta el derecho a recurrir;

**31°.** Que, en segundo lugar, atendido lo anterior, o sea que el Ministerio del Interior goza del derecho a deducir el recurso de nulidad contra la sentencia definitiva, se concluye que el único recurso del que se está privando al requirente es el recurso de apelación. Entonces, lo que el requerimiento sostiene es que la única manera de garantizar el derecho al debido proceso es otorgando siempre y en toda circunstancia el acceso al recurso de apelación;

**32°.** Que ello contradice lo que esta misma Magistratura ha resuelto respecto a que el legislador tiene discrecionalidad para establecer procedimientos en única o en doble instancia, de acuerdo a la naturaleza del conflicto que pretende regular (STC roles N°s 576, 519, 821, 1.373, 1.432, 1.443 y 1.535). Asimismo, esta Magistratura ha sostenido que la Constitución no garantiza el derecho al recurso de apelación. Es decir, no asegura la doble instancia (STC roles N°s 986, 1.432 y 1.458). No hay una exigencia constitucional de equiparar todos los recursos al de apelación, como un recurso amplio que conduce al examen fáctico y jurídico (STC Rol N° 1.432). Si bien el derecho al recurso es esencial al debido proceso, éste no es equivalente al recurso de apelación (STC Rol N° 1.432);

**33°.** Que, por tanto, no consideramos que se afecte el debido proceso (artículo 19, N° 3, constitucional);



34°. Que, en mérito de todo lo anterior, estos Ministros consideran que el requerimiento presentado por el Ministerio del Interior debe rechazarse.

## II VOTO POR ACOGER EL REQUERIMIENTO

**Los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto (Presidente), Marcelo Venegas Palacios, Marisol Peña Torres, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado, estuvieron por acoger el requerimiento de autos, atendidas las consideraciones que enseguida exponen:**

1°. Que, como se ha podido ver, en el presente caso el Ministro del Interior y Seguridad Pública, para poder acreditar ante los tribunales lo que sería un delito terrorista, cometido por un individuo actualmente prófugo de la justicia, no comparece solicitando privilegios procesales o un reconocimiento de nuevas prerrogativas exorbitantes, sino que al menos se le reconozca la misma chance de apelar que tiene el ministerio público para comprobar cualquier infracción penal, por mínima que sea.

Ni en el voto por el rechazo, ni en éste por acoger, se encontrará razón alguna que justifique tal diferencia de trato;

## I ANTECEDENTES

2°. Que, la gestión judicial pendiente en que incide este requerimiento, es un proceso seguido ante el Decimotercer Juzgado de Garantía de Santiago (RIT N<sup>o</sup> 10.292-2011, RUC N<sup>o</sup> 1101243059-6), donde se formalizó y acusó al imputado Hans Niemeyer Salinas por una sucesión de atentados explosivos sistemáticamente perpetrados.

En él se hicieron parte, como sujetos activos de la acción penal, la Fiscalía Regional Metropolitana Sur del Ministerio Público y el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, quienes –de acuerdo a los antecedentes del caso– coincidirían en las pruebas y en la calificación de los hechos cometidos, salvo en lo que hace a la detonación de una bomba ocurrida en el local de KIA Motors “Automotora One”, ubicado en Avenida Vitacura frente al N<sup>o</sup> 2920, comuna de las Condes.

Por haber explotado en pleno horario comercial (alrededor de las 10:18 horas) y en día y hora hábil (16 de agosto de 2011), causando daños considerables, la referida Secretaría de Estado cataloga éste hecho como delito de colocación de artefacto explosivo terrorista, según la Ley N<sup>o</sup> 18.314, con mérito en pruebas más amplias que las que aportaría el Ministerio Público para demostrar lo que, a su juicio, configuraría una contravención a la Ley sobre Control de Armas;

3°. Que, el caso es que el señalado juzgado de garantía excluyó para el juicio oral diversos medios probatorios incluidos en la acusación del Ministerio Público y en la acusación particular del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, basándose en el artículo 276 del Código Procesal Penal.

Pero, mientras el Ministerio Público ha podido apelar del auto de apertura del juicio oral que suprime dichas pruebas, al amparo del artículo 277, inciso segundo, de la citada ley procesal, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública se ve privado de ejercer la misma posibilidad recursiva;

## II CONFLICTO CONSTITUCIONAL

4°. Que en el asunto de que se trata convergen dos aspectos que es necesario separar, a fin de evitar confusiones argumentales. En tanto que el primero concierne al artículo 276 del Código Procesal Penal, al haber tenido lugar la mencionada exclusión de pruebas dispuesta por el tribunal de garantía, el segundo atañe al artículo 277, inciso segundo, del mismo cuerpo legal, en cuanto obsta que el consiguiente recurso de apelación pueda ser deducido por la parte querellante.

La validez y pertinencia de las pruebas, sobre que versa aquel artículo 276, no son materias que competan en este caso al Tribunal Constitucional, por recaer en problemas de mera legalidad cuya elucidación corresponde a los jueces del fondo. En cambio, sí representa una cuestión de constitucionalidad la aplicación del precitado inciso segundo del artículo 277, habida cuenta que al resolverse la exclusión de pruebas, el agravio sólo puede ser expresado por el Ministerio Público, mediante el recurso de apelación que se le concede en exclusiva, mas no por el aludido querellante institucional;

5°. Que, en lo que hace al artículo 19, N° 2, inciso segundo, de la Constitución, en cuya virtud *“ni al ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”*, se objeta el hecho de permitir la apelación a una sola de las partes en un litigio penal, en este caso únicamente al ministerio público, no obstante que cualquiera puede verse afectada del mismo modo por una resolución judicial de igual carácter, configurando ello una discriminación infundada y carente de razonabilidad.

En lo atinente al artículo 19, N° 3, de la Carta Fundamental, que asegura a todas las personas *“la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”*, en el inciso primero, así como *“las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”*, en el inciso sexto, se refuta que la norma impugnada no promueva un igual acceso a la justicia, además de no configurar un proceso justo y racional, al conceder mecanismos especiales de protección a una de las partes del proceso penal y no así a los restantes;

6°. Que, del tenor del artículo 277 del Código Procesal Penal, inciso segundo, se desprende que el querellante particular queda excluido como titular del recurso de apelación, al expresar que: *“el auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el ministerio público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente. Este recurso será concedido en ambos efectos. Lo dispuesto en este inciso se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales”* (se resalta la parte impugnada).

Habida cuenta que la norma recién transcrita ha sido aplicada tal como prevé su texto, declarándose inadmisibles una apelación planteada por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública donde se alega dicha exclusión de pruebas (fojas 98), lo que este Tribunal deberá decidir es si resulta explicable que la ley prive del recurso de que se trata a uno de los intervinientes legitimado para actuar en el proceso penal, reconocido como parte y que puede ser igualmente agraviado;

De donde la cuestión no puede ser sino esta, única e ineludible: si tal diferenciación obedece o no a motivos atendibles, por manera que de no subordinarse a ninguna justificación razonable, entonces la norma deberá ser declarada inaplicable por inconstitucional.

### III

#### INTERVINIENTES LEGITIMADOS

7°. Que, si al Ministerio Público se le confían sendos cometidos constitucionales, como son dirigir la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercer la acción penal pública en la forma prevista por las leyes, acorde con lo prescrito en el artículo 83, inciso primero, de la Carta Fundamental, de frente a éstas, no son de menor entidad aquellas responsabilidades que pesan sobre el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, en cuanto incardinan con el deber del Estado de *“dar protección a la población”*, conforme ordena el artículo 1°, inciso quinto, del propio texto supremo.

Función que enlaza con aquella autoridad que el artículo 24, inciso segundo, constitucional, le extiende al Presidente de la República, para *“la conservación del orden público en el interior”*, y que éste ejerce con la colaboración directa e inmediata del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, por disposición del artículo 1°, inciso primero, de la Ley N<sup>º</sup> 20.502;

8°. Que el D.F.L. N<sup>º</sup> 7.912, de 1927, que organiza las Secretarías de Estado, en su artículo 3°, letra a), consecuentemente con lo anterior,

indica que el Ministerio del Interior y Seguridad Pública podrá “*deducir querrela*” –entre otros supuestos– “*cuando el o los hechos revistan caracteres de delito, considerados en conjunto con otros similares y próximos en el tiempo, hubieren afectado la seguridad pública, generando en toda la población o en un sector de ella el temor de ser víctima de delitos de la misma especie*” (atribución b).

A su turno, el artículo 18 de la Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, en el artículo 10 contempla que: “*Las investigaciones a que dieren lugar los delitos previstos en esta ley se iniciarán de oficio por el Ministerio Público o por denuncia o querrela, de acuerdo con las normas generales*” (inciso primero), agregando que: “*Sin perjuicio de lo anterior, también podrán iniciarse por querrela del Ministerio del Interior, de los Intendentes Regionales, de los Gobernadores Provinciales y de los Comandantes de Guarnición*” (inciso segundo);

9°. Que el artículo 9° de la Constitución Política de la República entiende que “*el terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos*”, de manera que el Estado, a través de los órganos indicados y por los conductos señalados, no asume en su presencia la tutela de intereses propios, sino que la protección de aquellos derechos amagados por ese ilícito, por ignominioso calificado.

Siendo esta personería constitucional y legal la que lleva a concederle al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, al modo de un derecho y de un deber, la aptitud para accionar ante los tribunales, con todas las de la ley y sin quedar por ello en una posición de menoscabo. El poder para querellarse es el poder para querellarse con éxito;

#### IV

#### IGUALDAD ANTE LA LEY

10°. Que, respecto al artículo 19, N° 2, de la Constitución, este Tribunal ha mantenido un criterio inveterado, en el sentido de que la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todos quienes se encuentran en la misma situación y, consecuentemente, distintas para aquellos que se ubican en circunstancias diversas (STC roles N°s 53, 755, 790, 797, y 1.535, entre varias).

Ha señalado asimismo que si bien cabe al legislador formular diferencias o estatutos especiales, tales distinciones son constitucionalmente admisibles sólo cuando obedecen a presupuestos objetivos, pertinentes y razonables; cuando resultan proporcionadas e indispensables, amén de perseguir una finalidad necesaria y tolerable (STC roles N°s 790, 1.138, y 1.140, entre otras);

11°. Que, esto traído al caso, a la falta de antecedentes explícitos en el génesis del artículo 277, inciso segundo, tendientes a explicar la dife-

rencia cuestionada, se suma que un análisis sistemático de éste con otros preceptos involucrados, tampoco permite hallar alguna razón de ser al hecho de otorgarse el recurso de apelación privativamente a uno de los intervinientes, el Ministerio Público, pero no al otro querellante, institucional en la especie.

Correspondiendo descartar –desde luego– cualquier argumento que desvíe la cuestión, refiriéndola a la facultad del juez de garantía para excluir pruebas en la audiencia de preparación del juicio oral, en cuanto se trataría de una potestad en esta sede incontestable, a más de que se ejercería en una instancia justa y racional. Toda vez que por incidir estas digresiones en el artículo 276 del Código Procesal Penal y en un acto jurisdiccional que es ajeno al requerimiento planteado en los términos del artículo 93, N<sup>º</sup> 6, constitucional, no cuentan como justificación para el artículo 277, inciso segundo, aquí concretamente objetado en su aplicación práctica;

**12°.** Que es natural que, al amparo del precepto examinado, el ministerio público pueda apelar, justamente en función de superar la presunción de inocencia que beneficia al imputado. Mas, todas las incontrovertidas demostraciones en tal sentido, no concurren a explicar por qué el querellante no puede asimismo apelar, en defensa activa de su propia y específica acusación y con el propósito de levantar –con iguales posibilidades procesales– una teoría alternativa, paralela o divergente a la planteada por el fiscal del caso.

Por otra parte, el que la apelación sea excepcionalísima y de derecho estricto, a fin de no duplicar en otra instancia el juicio oral, remite el tema a la impugnación de la sentencia definitiva, en circunstancias que el presente proceso dice relación con la apelación del llamado “*auto de apertura del juicio oral*”;

**13°.** Que el artículo 370, letra b), del Código Procesal Penal, al decir que son apelables las resoluciones dictadas por el juez de garantía “cuando la ley lo señalare expresamente”, queriendo aludir a las materias que pueden ser objeto de esta impugnación, sigue sin aportar motivos que excusen la diferencia entre los sujetos intervinientes que produce aquel inciso segundo del artículo 277.

Tampoco cabe aducir que por acoger el requerimiento de autos, este Tribunal estaría creando un recurso que no concede la ley. Porque el recurso ya está establecido por la ley, y el problema radica en quién puede deducirlo. Y esto sentado, así como al dejarse sin efecto una excepción retoma vigencia la regla, así también el hecho de inaplicar una exclusividad procesal restablece el equilibrio entre las partes, lo que claramente incumbe a esta Magistratura en resguardo de la Carta Fundamental;

**14°.** Que la opción abierta al querellante para entablar un ulterior recurso de nulidad, en las postrimerías del proceso, según los artículos

372 y 373, letra a), del Código Procesal Penal, no puede sustituir la posibilidad de reclamar prontamente en alzada el susodicho auto de apertura del juicio oral, comoquiera que esta resolución determina el curso de lo que será, en la práctica, todo el juicio oral, incidiendo en la prueba y, por consiguiente, en el esclarecimiento del hecho punible y las circunstancias que lo rodean.

Por lo demás, el solo hecho de plantear este recurso de nulidad como postrero sucedáneo y a título de paliativo, acredita que –sin fundamento ni proporción– se está privando al querellante del oportuno recurso de apelación, esto es, susceptible de ser entablado en el momento en que se ha ejercido la jurisdicción causante de un agravio;

**15°.** Que, todavía más, no se divisa cómo podría afectar al Código Procesal Penal la sola circunstancia de admitir como apelante a quien se encuentra constitucional y legalmente legitimado para actuar, especialmente cuando se trata de un órgano del Ejecutivo que puede contribuir eficazmente al éxito del mismo juicio oral.

El principio adjetivo de economía procesal, que rechaza los trámites inútiles o dilatorios, no puede llegar hasta mermar la jurisdicción que le asiste a los tribunales para “conocer” en plenitud las causas criminales, según el artículo 76, inciso primero, de la Constitución, poniéndolos en disposición de oír igualmente a todos quienes puedan auxiliar a la cumplida administración de justicia;

**16°.** Que, la circunstancia de que en el proceso *sub lite* el Ministerio Público haya deducido recurso de apelación en contra de la resolución del Juzgado de Garantía que estableció el auto de apertura del juicio oral impugnando la exclusión de pruebas, no es óbice para que el Ministerio del Interior y Seguridad Pública pueda hacer lo mismo, con lo cual se abre la posibilidad para oír sus razones en la vista de la causa ante el Tribunal de Alzada respecto a su particular apreciación de los hechos materia del proceso y los medios de prueba valorados según su criterio para acreditar la comisión de los delitos. No se advierte razón para excluir de tal gestión al representante del Ministerio del Interior y Seguridad Pública;

**17°.** Que, en sentencias anteriores, este Tribunal Constitucional ya se pronunció sobre la materia, merced a consideraciones sustancialmente iguales a las que en esta oportunidad se exponen. Donde concluyó que la norma objetada produce un resultado inconstitucional, toda vez que frente a idéntica situación de agravio, consistente en una resolución que priva de un medio de prueba, se otorga el derecho a apelar a un interviniente y al otro no (STC roles N<sup>os</sup> 1.502 y 1.535).

Además de estimar que su aplicación infringe el derecho asegurado en el artículo 19, N<sup>o</sup> 3, de la Constitución, por las motivaciones que allí se expresan y que se dan por reproducidos en esta ocasión.

y VISTO lo prescrito en los artículos 19, numerales 2<sup>º</sup> y 3<sup>º</sup>, y 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, e inciso decimoprimer, 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 DECLARA:**

**Que, habiéndose producido empate de votos, no se ha obtenido la mayoría exigida por el artículo 93, numeral 6<sup>º</sup>, de la Carta Fundamental para declarar la inaplicabilidad requerida, motivo por el cual se rechaza el requerimiento.** Déjense sin efecto la suspensión del procedimiento decretada en autos, debiendo oficiarse al efecto.

**Se previene que el Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney** no estima que la particular configuración del derecho a apelar del auto de apertura del juicio oral vulnere la garantía de una investigación y procesos justos y racionales, o sea, la garantía del debido proceso establecido en el artículo 19, N<sup>º</sup> 3, inciso sexto, de la Constitución.

Redactó el voto de rechazo el Ministro señor Carlos Carmona Santander. A su vez, redactó el voto por acoger el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y la prevención, su autor.

Notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N<sup>º</sup> 2.330-2012**

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

ROL Nº 2.331-2012

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 277,  
INCISO SEGUNDO, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL,  
DEDUCIDO POR LEONIDAS ALEJANDRO CONTIN NARANJO  
Y ANTONIO CONTIN GONZÁLEZ

Santiago, trece de noviembre de dos mil doce.

Proveyendo a los oficios de fojas 183 y 275, a sus antecedentes.

Proveyendo a los escritos de fojas 286, 291, 304, 308, 312, 316, 320, 324, 328, 332, 335, 339, 342 y 345 estese al mérito de lo que a continuación se resolverá.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1°. Que, con fecha 16 de octubre de 2012, Leonidas Alejandro Contin Naranjo y Antonio Contin González han requerido a esta Magistratura la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la parte que indican del inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal, en el marco del proceso penal RIT Nº 7268-2009, RUC Nº 0800423642-5, seguido ante el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, en actual tramitación ante el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago bajo el RIT Nº 174-2012 ;

2°. Que el artículo 93, inciso primero, Nº 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 Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Así, el inciso primero del artículo 82 de dicho texto legal establece que *“para ser acogido a tramitación, el re-*



*querimiento 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 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 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.”;*

4º. Que, a su vez, el artículo 84 de dicha ley orgánica constitucional establece que:

*“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

6º 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°. Que, con fecha 23 de octubre de 2012, esta Sala acogió a tramitación el requerimiento deducido.

6°. Que en la gestión invocada el auto de apertura del juicio oral se encuentra firme, tras haberse discutido la exclusión de prueba, por los motivos que la propia requirente enuncia a fojas 3 vuelta y 4;

7°. 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 aludidos por el numeral 6° del artículo 84 de la citada ley orgánica constitucional, carece de fundamento plausible, toda vez que sus fundamentos de hecho se encuentran fuera de los casos y formas a que se refiere la preceptiva cuya aplicación se impugna, cuyo texto alude sólo a la exclusión de prueba por vulneración de derechos fundamentales, mas no a la agregación, ni a razones de pertinencia ni de oportunidad;

8°. Que, por lo demás, el criterio precedentemente reseñado se encuentra recogido con anterioridad por esta Magistratura en la sentencia de inadmisibilidad Rol N° 2.239, de 31 de julio de 2012, recaída en la aplicación del mismo precepto legal. Por otra parte, debe tenerse presente que los actores del presente proceso constitucional formularon con anterioridad los requerimientos roles N°s 2.309 y 2.310, los cuales no fueron acogidos a tramitación;

9°. 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 inadmisibles.

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,

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

Notifíquese y comuníquese.

Archívese.

### **Rol N° 2.331-2012**

Se certifica que el Ministro señor Gonzalo García Pino concurrió al acuerdo del fallo, pero no firma por encontrarse con licencia médica.

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta Subrogante, Ministra señora Marisol Peña Torres, y por los Ministros señores, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

## ROL N<sup>º</sup> 2.332-2012

### REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 41, N<sup>º</sup> 5, Y 42, INCISOS PRIMERO Y SEGUNDO, DEL D.L. N<sup>º</sup> 3.063, LEY SOBRE RENTAS MUNICIPALES, DEDUCIDO POR CBS OUTDOOR CHILE S.A.

Santiago, veinticuatro de julio de dos mil catorce.

#### VISTOS:

Con fecha 17 de octubre del año 2012, CBS Outdoor Chile S.A, representada por el abogado Alex Van Weezel, ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 41, N<sup>º</sup> 5<sup>º</sup>, y 42, incisos primero y segundo, del D.L. N<sup>º</sup> 3.063, sobre Rentas Municipales, para que surta efectos en el proceso sobre recurso de protección, Rol N<sup>º</sup> 1787-2012, sustanciado ante la Corte de Apelaciones de Concepción.

El texto de los preceptos legales objetados en autos dispone:

*“Artículo 41. Entre otros servicios, concesiones o permisos por los cuales están facultadas las municipalidades para cobrar derechos, se contemplan especialmente los siguientes:*

*(...)*

*N<sup>º</sup> 5. Los permisos que se otorgan para la instalación de publicidad en la vía pública, o que sea vista u oída desde la misma, en conformidad a la Ordenanza Local de Propaganda y Publicidad. El valor correspondiente a este permiso se pagará anualmente, según lo establecido en la respectiva Ordenanza Local.*

*En todo caso, los municipios no podrán cobrar por tales permisos, cuando se trate de publicidad que sólo dé a conocer el giro de un establecimiento y se encuentre adosada a la o las edificaciones donde se realiza la actividad propia del giro.”*

*“Artículo 42. Los derechos correspondientes a servicios, concesiones o permisos cuyas tasas no estén fijadas en la ley o que no se encuentren considerados especifi-*

*amente en el artículo anterior o relativos a nuevos servicios que se creen por las municipalidades, se determinarán mediante ordenanzas locales.*

*Igual procedimiento se aplicará para la modificación o supresión de las tasas en los casos que proceda.”.*

El aludido recurso de protección, que constituye la gestión pendiente en la que incidirá la inaplicabilidad solicitada, fue incoado por la requirente a efectos de impugnar el cobro por concepto de derechos municipales de propaganda, efectuado por la Municipalidad de Talcahuano.

En el marco del aludido proceso judicial, el conflicto de constitucionalidad que debe resolver esta Magistratura dice relación con el derecho municipal para obtener un permiso para la instalación de publicidad que, no encontrándose en la vía pública, sea vista u oída desde la misma. A su vez, dice relación con la posibilidad de que las tasas de esos derechos sean fijadas por una ordenanza municipal.

Específicamente, lo que se ha solicitado a esta Magistratura es que declare que las disposiciones objetadas, al establecer y regular los aludidos derechos, están creando un tributo en contravención al principio de legalidad y proporcionalidad de los tributos que establece la Constitución, pues sus elementos esenciales, entre los cuales se encuentra la tasa, no están establecidos por ley, sino que han de fijarse por una ordenanza municipal.

A efectos de fundamentar su requerimiento, la actora se refiere a los hechos que dieron origen a la gestión judicial pendiente, para luego exponer las argumentaciones en derecho que fundamentan su requerimiento.

En cuanto a los hechos que originaron el recurso de protección invocado, explica la peticionaria que ella es una empresa dedicada al giro de la publicidad y que se especializa en el arriendo de plataformas de exhibición publicitaria.

Indica que, en la actualidad, explota comercialmente un letrero publicitario de 48 metros, construido en Talcahuano, al interior de un inmueble de propiedad privada, en virtud de un contrato de arrendamiento celebrado con su dueño.

Explica que el día 9 de agosto de 2012, el Departamento de Rentas y Patentes de la Municipalidad de Talcahuano le informó que debía efectuar un pago anual al municipio de una suma ascendiente a \$1.140.000, aproximadamente, por concepto de derechos municipales de propaganda, de conformidad al reprochado artículo 42, N° 5°, del D.L. N° 3.063.

Posteriormente, este cobro fue modificado por la municipalidad, la que 20 días después informó que, según la nueva ordenanza de derechos municipales, esa suma habría aumentado a \$1.520.000, aproximadamente.

Contra aquel cobro la actora se alzó de protección, alegando que era ilegal y arbitrario, por cuanto no existía razón alguna para que se haya

aumentado el valor de los derechos municipales. Precisó que dicho cobro es inconstitucional, toda vez que no se encuentran determinados en la ley los elementos esenciales del derecho municipal.

En cuanto a los fundamentos de derecho que sustentan la pretensión presentada, con el objeto de explicar la forma en que se vulneran diversos preceptos constitucionales, la actora se concentra en argumentar que los cuestionados derechos municipales de propaganda son tributos. Para ello desarrolla los siguientes tres acápite.

Primero, se refiere a las posturas relacionadas con el régimen constitucional aplicable a los derechos municipales.

Recuerda al efecto que existe consenso en orden a que, para saber si se está o no frente a un tributo, lo relevante no es la denominación que en cada caso utilice el legislador, sino que la naturaleza jurídica de la obligación que establece.

Sin embargo, se discrepa en torno al régimen constitucional aplicable a los derechos municipales, existiendo al efecto dos tesis, cuyos fundamentos se encuentran consignados en el fallo Rol N<sup>º</sup> 1.034 del Tribunal Constitucional.

La primera de ellas sostiene que la Constitución incluye a los derechos en el concepto de tributos, por lo que no debe existir diferencia en el régimen constitucional que les es aplicable.

La segunda de ellas entiende que la Ley Fundamental ha querido distinguir entre tributos y derechos, sometiéndolos a regímenes distintos. Considera que no sería una especie del género tributos sino que una categoría diferenciada de ingresos públicos.

Argumenta la actora que, a partir de ambas tesis, se puede concluir que son tributos los derechos que se cobran por publicidad que es vista u oída desde la vía pública y que sin embargo se encuentra instalada en terrenos privados.

Tal conclusión resultaría de Perogrullo para la tesis que considera tributos a los derechos municipales.

No obstante, si se aplica la tesis que distingue ambos institutos, se llega a la misma conclusión considerando los criterios que según esa tesis permiten distinguir. En efecto, los aludidos derechos no tendrían la naturaleza de derechos, pues no existe contraprestación alguna frente al cobro del derecho municipal. El municipio no le presta ningún servicio a la empresa de publicidad ni tampoco incurre en gastos para franquear el uso particular de un bien de uso público que ha sido obstaculizado por un permiso o concesión. En cambio, sí serían un tributo pues cumplen con las tres características que a éstos les son propias, a saber, se trata de una prestación exigida coactivamente a todo el que incurra en el hecho gravado; mira al subvenir del Estado en su conjunto, y no tiene como correlato una prestación directa y específica en beneficio del contribuyente.

En segundo lugar, la actora expone la forma en que la aplicación de los preceptos reprochados vulnera los principios de legalidad y proporcionalidad de los tributos.

En cuanto al principio de legalidad, recuerda que, según lo ha señalado el Tribunal Constitucional, éste supone que la ley debe indicar con precisión todos los elementos esenciales de la obligación tributaria, dejando a la Administración sólo la potestad de regular cuestiones de detalle, sin facultades discrecionales. Las disposiciones reprochadas, al encomendar a la ordenanza local la determinación de, al menos, tres elementos esenciales del tributo –base imponible, tasa y situación de exención– vulneran el principio de legalidad consagrado en los artículos 19, Nº 2º, 63 y 65 de la Ley Fundamental.

Respecto al principio de proporcionalidad de los tributos, la actora recuerda que según la Constitución toca al legislador velar por él. Lo anterior se entiende desde el momento que en los tributos no existe una contraprestación que permita verificar de inmediato la proporcionalidad de la erogación que se exige al contribuyente. Así, la única forma de garantizar la proporcionalidad es la deliberación democrática que se da al interior del Parlamento.

En la especie, el cobro por instalación de publicidad que es vista u oída desde la vía pública no tiene una contraprestación que permita verificar su proporcionalidad. La ordenanza municipal de 2011 establecía un derecho que ascendía a 0.1 UTM por metro cuadrado y la ordenanza de 2012 elevó esa cifra a 0.4 UTM, por lo que en un período anual hubo un alza de un 300%. Esto, a todas luces, atenta contra los principios de legalidad y proporcionalidad.

En tercer lugar y finalmente, la actora alega que se vulnerarían en forma refleja los derechos fundamentales consagrados en los numerales 2º, 21º, 22º y 24º de la Constitución, por cuanto el cobro que se realiza tiene sustento en una norma contraria a la Constitución.

Por resolución de fojas 41, la Primera Sala de esta Magistratura admitió a tramitación el requerimiento y, en la misma oportunidad, decretó la suspensión de la gestión judicial en que incide. Luego de ser declarado admisible por la aludida Sala y pasados los autos al Pleno, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, el requerimiento fue comunicado a la Cámara de Diputados, al Senado y al Presidente de la República y notificado a don Gastón Saavedra, doña Rosa Medina y a don Luis Bascur, Alcalde, Directora de Administración y Finanzas, y Jefe de Rentas y Patentes Municipales, respectivamente, de la Municipalidad de Talcahuano, a efectos de que pudieran hacer valer sus observaciones y acompañar los antecedentes que estimaren convenientes.

La requerida Municipalidad de Talcahuano no presentó observaciones al requerimiento de fojas 1.

Habiéndose traído los autos en relación, se procedió a la vista de la causa el día 18 de abril de 2013, oyéndose los alegatos del abogado Alex Van Weezel por la peticionaria y del abogado José Alberto Moore, por la requerida.

#### CONSIDERANDO:

**PRIMERO.** Que, en la parte expositiva de esta sentencia, se han consignado debidamente la enunciación de las alegaciones y fundamentos de derecho hechos valer por la requirente, así como las resoluciones, comunicaciones y certificaciones que dan cuenta de la sustanciación de este proceso constitucional;

**SEGUNDO.** Que, traídos los autos en relación y terminada la vista de la causa, se procedió a votar el acuerdo respectivo, produciéndose empate de votos, con lo cual, atendido el quórum calificado exigido por la Carta Fundamental para acoger esta clase de requerimientos y que, por mandato de la letra g) del artículo 8° de la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal, el voto del Presidente no dirime un empate en estos casos, se tuvo por rechazado el requerimiento por no haberse alcanzado el quórum constitucional necesario para ser acogido.

### I

#### VOTO POR ACOGER EL REQUERIMIENTO

**La Ministra señora Marisol Peña Torres, Presidenta, los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Juan José Romero Guzmán y la Ministra señora María Luisa Brahm Barril, estuvieron por acoger el requerimiento de inaplicabilidad** interpuesto contra los artículos 41, N° 5, en la parte impugnada, y 42, incisos primero y segundo, del D.L. N° 3.063, de 1979, Ley de Rentas Municipales, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones que la Ministra Peña no comparte en su totalidad, según da cuenta su prevención consignada al final de la presente sentencia:

#### **I. Lo impugnado**

**1°.** Que la requirente impugna los preceptos legales antes mencionados en cuanto ellos facultan a las municipalidades para cobrar derechos por la publicidad que, no encontrándose en la vía pública, pueda ser vista desde la misma, derechos cuyas tasas, al no estar fijadas en la ley, se determinarán mediante ordenanzas municipales;

**II. La denominación jurídica y el grado de coherencia con que la normativa legal e infralegal ha sido desarrollada no es determinante**

2°. Que entender que la denominación que se utilice en la ley constituya un elemento determinante en la verificación de si se está en presencia de un tributo o no, constituye puro nominalismo. La noción de tributo y sus categorías dependen de la naturaleza y características de la prestación pública.

El escrutinio a ser efectuado por este Tribunal debe tener como parámetro la Constitución, no el grado de coherencia con que la normativa legal e infralegal haya sido desarrollada o sistematizada, como podría ocurrir, por ejemplo, con las categorizaciones o clasificaciones contempladas en el D.L. N° 3.063, de 1979, Ley de Rentas Municipales.

En este sentido, no puede considerarse como determinante la sistematización de dicho cuerpo legal, en virtud de la cual se hace referencia a los impuestos municipales en su Título IV, y a los derechos municipales por concesiones, permisos o pago de servicios, en el Título VII, pues bien pudiera ocurrir que dentro del Título VII convivan ingresos de naturaleza tributaria, junto con otros no tributarios;

**III. Precedentes jurisprudenciales pertinentes**

3°. Que, en oportunidades anteriores, el Tribunal Constitucional ha estimado ajustados a la Constitución: el cobro por el servicio de aseo que efectúan las municipalidades (Sentencia de 12 de junio de 2008 recaída en el Rol N° 1.063); los derechos municipales correspondientes a la mantención de escombros en la vía pública y a la rotura de pavimentos (Sentencia de 7 de octubre de 2008 recaída en el Rol N° 1.034), y las tarifas y derechos que cobra el Servicio Agrícola y Ganadero por concepto de inspecciones y certificaciones fitosanitarias (Sentencia de 3 de agosto de 2010 recaída en el Rol N° 1.405);

4°. Que, aparece en dichas sentencias, que los tributos son prestaciones pecuniarias exigidas coactivamente por la ley a quienes incurran en los hechos o situaciones que ésta grava sin que vayan acompañadas de una contraprestación directa y específica en beneficio del contribuyente, mientras que los derechos y tarifas corresponden a un pago que se efectúa como contraprestación a una actuación o beneficio que se obtiene de alguna autoridad administrativa;

5°. Que, la diferente índole de los tributos, por una parte, y de las tarifas y derechos por otra, es la que justifica que este Tribunal, en Sentencia Rol N° 1.034, haya rechazado en su momento el requerimiento de inaplicabilidad interpuesto por la Empresa de Obras Sanitarias de Valparaíso



(ESVAL) en contra del artículo 42, inciso primero, de la Ley de Rentas Municipales, y que ahora, debiera llevar a declarar la inaplicabilidad del requerimiento deducido por CBS Outdoor S.A., en contra de las disposiciones de la misma Ley de Rentas Municipales que facultan a las municipalidades para cobrar derechos por la publicidad que, no encontrándose en la vía pública, pueda ser vista desde la misma, derechos cuyas tasas, al no estar fijadas en la ley, se determinarán mediante ordenanzas municipales.

En efecto, en el recurso interpuesto por ESVAL, ésta se había beneficiado con la rotura de pavimentos y acopio de escombros en la vía pública, autorizados por el correspondiente permiso municipal, por lo que el pago exigido por la Municipalidad de Limache era la contraprestación de un beneficio;

#### **IV. Elementos característicos de los tributos, en especial la ausencia de contraprestación por parte del ente que impone el pago de una suma de dinero**

6°. Que resulta preciso reiterar que los tributos poseen ciertos elementos particulares que los distinguen de otros ingresos públicos, como las tasas. En efecto, si el pago de la suma de dinero que CBS Outdoor S.A. debe pagar a la Municipalidad de Talcahuano no es voluntario, ni obedece a una contraprestación, ni solventa un “servicio” específico (sino, por el contrario, los gastos generales de la municipalidad), se está en presencia de un tributo propiamente tal;

7°. Que, analizando los elementos aludidos precedentemente, es posible sostener, en primer lugar, que no se discute la ausencia de voluntariedad del pago. En el caso concreto, se sanciona la ejecución del hecho gravado sin pago;

8°. Que, además, no existe contraprestación por parte de la Municipalidad que dé lugar a la obtención de un bien o servicio para quien realiza el pago. Al respecto cabe tener presente algunas consideraciones que derivan: (a) del contraste del hecho gravado con la hipótesis contigua del artículo 42, N<sup>º</sup> 5, del D.L. N<sup>º</sup> 3.063 sobre Rentas Municipales referida al cobro municipal por la propaganda que se realice en la vía pública; y (b) de la divergencia con la tesis de que el cobro municipal corresponde al pago por un beneficio o contraprestación derivada del poder de policía.

En relación al punto (a), cabe subrayar que la situación bajo análisis y que ha motivado el requerimiento de inaplicabilidad difiere significativamente de aquella en virtud del cual se cobra una suma de dinero por propaganda que sea vista u oída desde la vía pública. En este último caso la contraprestación de quien realiza el cobro consiste en el uso privativo que se le otorga al particular por la ocupación del dominio público. Lo anterior implica la presencia de dos características: la exclusividad y la ri-

validad. En el caso de autos no se da tal situación, ya que si se considerara que se está haciendo algún tipo de uso del dominio público (como, por ejemplo, la contemplación, percepción o visibilidad de los anuncios), se trataría de uno en que su uso por parte de alguien no impide su utilización por los demás interesados (es decir, no existiría rivalidad) y, además, consistiría en un uso no privativo (es decir, uno en que no existe una porción del dominio público susceptible de ser utilizado excluyendo de su uso a otros interesados). No existe, en definitiva, una prestación que justifique, sin mediar una regulación legal que contemple los elementos esenciales del cobro, la obligación de pagar una suma de dinero a la municipalidad por instalar propaganda en un terreno de propiedad privada y que es oída o vista desde la vía pública.

En lo que respecta al punto (b), esto es, la tesis de que el cobro municipal corresponde al pago por un beneficio o contraprestación derivada del poder de policía o, dicho de otro modo, por el otorgamiento de un permiso municipal, corresponde rechazar tal apreciación. En primer término, cabe precisar que no hay un vínculo directo entre el monto de dinero cobrado efectuado por la municipalidad y el costo que podría irrogar la actividad de control ejercida por ésta. En efecto, el cobro de una suma de dinero según el tamaño o característica del letrero publicitario no tiene relación alguna con el costo involucrado en la actividad de control que da lugar, en última instancia, al otorgamiento del permiso municipal. Incluso más, resulta imposible o extremadamente difícil valorar o cuantificar dicha actividad de control, lo que da lugar a que no pueda identificarse un precio que sea susceptible de ser calificado como justo o conveniente;

9°. Que, en definitiva, el cobro realizado por la municipalidad no constituye una tasa o ingreso no tributario. El cobro no presenta un carácter sinalagmático, no es cuantificable y, al igual que los impuestos (la figura más representativa de los tributos), solventa gastos generales y no de un supuesto bien o servicio específico y fragmentable (en unidades de prestación) que justifique un determinado cobro coactivo cuya base imponible y cuantía ha sido dejada al arbitrio de una ordenanza municipal;

## V. Alcance de las atribuciones municipales sobre la materia

10°. Que, respecto a los derechos municipales, en la medida que exista atribución otorgada por ley para establecerlos y, siempre que su ejercicio se enmarque dentro del marco legalmente establecido y no lo haya sido de manera arbitraria, pues esto último significaría un abuso o desviación de poder, su constitucionalidad no debe ponerse en duda.

Debe recordarse, al respecto, que el artículo 118, inciso quinto, de la Constitución Política, encarga a una ley orgánica constitucional determinar las funciones y atribuciones de las municipalidades, en cuya virtud, el

artículo 5<sup>º</sup>, letra e), de la Ley N<sup>º</sup> 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, les dio atribuciones para “[e]stablecer derechos por los servicios que presten y por los permisos y concesiones que otorguen”.

De ello resulta que –sin perjuicio de que sea en ocasiones la propia ley la que, para los casos que ella considere pertinentes, fije las tasas a cobrar por concepto de derechos correspondientes a servicios, concesiones o permisos– las municipalidades están habilitadas para determinar, mediante ordenanzas locales, las cantidades a pagar por concepto de otros derechos, concesiones o servicios (artículo 42, inciso primero, del D.L. N<sup>º</sup> 3.063, de 1979, Ley de Rentas Municipales);

**11<sup>º</sup>.** Que, en cambio, tratándose de tributos, la potestad de las municipalidades sólo se extiende, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 19 N<sup>º</sup> 20, inciso cuarto, de la Constitución Política, y siempre que se trate de tributos que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación local, a aplicarlos, dentro de los marcos que la ley señale, al financiamiento de obras de desarrollo local.

De ahí que la Ley N<sup>º</sup> 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, reiterando la norma constitucional, únicamente les dio atribuciones para “[a]plicar tributos que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación local y estén destinados a obras de desarrollo comunal, para cuyo efecto las autoridades comunales deberán actuar dentro de las normas que la ley establezca” (artículo 5<sup>º</sup>, letra h), disposición que se reitera en el artículo 13, letra f), de la misma ley.

Por tal razón, la Ley de Rentas Municipales, en su artículo 12 y siguientes, regula el cobro por parte de las municipalidades del impuesto anual, cuyo monto fija la misma ley, por permiso de circulación de vehículos que transiten por las calles, caminos y vías públicas en general, y el artículo 23 y siguientes, el cobro de la contribución de patente municipal que grava el ejercicio de las profesiones y actividades lucrativas que la ley señala, caso en que las municipalidades están autorizadas para fijar la patente dentro de los márgenes señalados por la misma ley;

## **VI. La exigencia constitucional de legalidad tributaria y su no satisfacción por parte de las normas legales impugnadas**

**12<sup>º</sup>.** Que, conforme a lo expuesto, si la prestación pecuniaria exigida por una municipalidad no tiene como contrapartida un servicio o un beneficio, ella debe ser considerada tributo, el cual, para ajustarse a la Constitución Política, debe satisfacer las garantías que la misma contempla para el ejercicio de la potestad tributaria, entre las que se encuentra el principio de legalidad de los tributos, principio éste que haya su sustento en los artículos 19, N<sup>º</sup> 20, inciso primero, y 65, incisos segundo y cuarto, N<sup>º</sup> 1, de la Carta Fundamental;

**13°.** Que, conforme a la doctrina que este Tribunal sostiene, el principio de legalidad exige que, al menos, la ley determine los elementos esenciales de la obligación tributaria, esto es, el hecho gravado, la base imponible, el sujeto obligado y la tasa o cuantía a pagar, siendo de notar que, en esta materia, no es procedente la delegación de facultades legislativas, conforme a lo dispuesto en el artículo 64, inciso segundo de la Constitución Política, y con mayor razón, no corresponde que la potestad reglamentaria de ejecución regule lo que debió hacer el legislador;

**14°.** Que, en el caso que nos ocupa, cabe aceptar que es la ley la que ha determinado suficientemente cuál es el hecho gravado y el sujeto obligado, al señalar en el artículo 41 N° 5, inciso primero, de la Ley de Rentas Municipales, que los derechos a pagar lo son por publicidad que se ve desde la vía pública. En cambio, ha sido una ordenanza dictada por la Municipalidad de Talcahuano, esto es una disposición de índole administrativa, dictada en virtud de lo dispuesto en los preceptos legales impugnados en el requerimiento de inaplicabilidad, que no son otros que los artículos 41, N° 5, y 42, incisos primero y segundo, la que ha fijado las tasas a pagar, sustituyéndose de esta forma a la competencia exclusiva que la Constitución ha otorgado a la ley para establecer y modificar tributos;

**15°.** Que, en efecto, en su redacción actual, la determinación de las tasas a pagar por la publicidad que sea vista u oída desde la vía pública, no está enmarcada –como ocurría anteriormente– dentro del margen que la ley establecía al fijar tasas mínimas y máximas, sino que, como lo indica el artículo 42, inciso primero, de la Ley de Rentas Municipales, son establecidas discrecionalmente por la municipalidad al dictar la correspondiente ordenanza municipal;

**16°.** Que, conforme a lo expuesto, la aplicación que recibirían los preceptos legales impugnados en la gestión judicial pendiente en la que incide el requerimiento de inaplicabilidad interpuesto, resulta contraria a la Constitución Política, por lo que debe declararse su inaplicabilidad;

## **VII. La autonomía financiera de las municipalidades no altera el contenido de la exigencia de legalidad tributaria**

**17°.** Que, el carácter electo del alcalde y de los concejales, como también la autonomía financiera de la que gozan las municipalidades, en nada atenúan las exigencias constitucionales, propias de un Estado de Derecho, en virtud de las cuales, para que todo órgano del Estado, sea o no de elección popular, actúe válidamente, debe hacerlo dentro de su competencia y con pleno respeto a los derechos y garantías constitucionales.

De ahí que, en la medida que una municipalidad, bajo la cobertura de fijar un derecho por concepto de un permiso que otorga y que no repre-

senta beneficio alguno a quien debe pagar por el mismo, lo que hace es gravar un hecho con un pago forzoso, esto es, crea un tributo, para lo que carece de competencia, pues ésta es una materia reservada a la ley, cuya aprobación, como es sabido, corresponde a los órganos colegisladores – Presidente de la República, Cámara de Diputados y Senado– todos ellos hoy día íntegramente de elección popular.

No debe olvidarse, además, que la autonomía de las municipalidades, conforme al artículo 118 de la Carta Fundamental, lo es para la administración de sus finanzas pero no para determinar libremente los recursos con que contará para solventar sus gastos e inversiones, los que sólo pueden provenir de las fuentes que la propia Constitución Política señala.

## II

### VOTO POR RECHAZAR EL REQUERIMIENTO

**Los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino fueron del parecer de rechazar el requerimiento por las siguientes motivaciones:**

#### I. La impugnación

1°. Que la Municipalidad de Talcahuano subió la tasa que cobra por exhibir publicidad en la vía pública o que se vea desde ésta, de 0,1 a 0,4 UTM (unidades tributarias mensuales) por metro cuadrado, después de superados los efectos más graves del terremoto del año 2010. Una empresa, que desarrolla la actividad de publicidad y que tiene un letrero en el mismo lugar desde el año 1994, arrendando a un particular el espacio correspondiente, reclamó del alza mediante un recurso de protección. Ahí sostiene que su monto es arbitrario y que la Ordenanza Municipal que estableció el alza no se publicó;

2°. Que en el marco de dicha gestión pendiente se presentó el presente recurso de inaplicabilidad. En éste se reprocha que los artículos 41, N<sup>º</sup> 5, y 42 del D.L. N<sup>º</sup> 3.063, sobre Rentas Municipales, adolecen de ciertas inconstitucionalidades. En primer lugar, infringen la legalidad del tributo. La Municipalidad no cobra una tasa, sino un impuesto, pues no hay contraprestación del municipio. Además, la norma tuvo mayor densidad regulatoria en el pasado, antes de las modificaciones de que ha sido objeto, pues incluía rangos y se distinguía entre los tipos de letreros. En segundo lugar, la norma permite el alza que hace el municipio, volviéndola desproporcionada. En tal sentido, se sostiene que los preceptos impugnados permitieron que el municipio subiera trescientas veces el

costo del permiso. En tercer lugar, la norma afecta la igualdad ante la ley, el derecho a desarrollar una actividad económica y el derecho de propiedad;

## II. Asuntos sobre los cuales no emitiremos pronunciamiento

3°. Que, antes de comenzar nuestro razonamiento, estos Ministros desean precisar que hay una serie de asuntos sobre los cuales no emitirán pronunciamiento, porque no corresponde que lo hagan. Desde luego, si la Ordenanza Municipal que estableció el alza es válida o no. Eso le corresponde resolverlo al juez que conoce el fondo de la cuestión pendiente.

Tampoco emitiremos pronunciamiento sobre si los municipios pueden o no cobrar por publicidad que se vierte hacia las calles. Esa es una decisión que le corresponde tomar al legislador y no ha sido controvertida en autos.

Finalmente, tampoco examinaremos si el alza es o no desproporcionada. Por una parte, porque ése es un juicio que le corresponde efectuar al Tribunal que controla no la atribución de la potestad, sino su ejercicio (STC Rol N° 2.523). Por la otra, porque si bien se puede reprochar que una autoridad municipal no observe criterios de ecuanimidad o de medida, ésta no es una cuestión cuya ponderación le corresponda efectuar a este Tribunal en sede de inaplicabilidad (STC Rol N° 1.034);

## III. Evolución de la norma

4°. Que, de otro lado, es importante dejar consignado que el artículo 41, N° 5, ha evolucionado en el tiempo. La norma vigente permite que los municipios cobren derechos por *“los permisos que se otorgan para la instalación de publicidad en la vía pública, o que sea vista u oída desde la misma, en conformidad a la Ordenanza Local de Propaganda y Publicidad.”*

Sin embargo, el texto ha sido objeto de cuatro modificaciones, desde su vigencia en 1979, pues se ha modificado en 1981 (Ley N° 18.091), en el año 2000 (Ley N° 19.704), en el año 2005 (Ley N° 20.033) y en el año 2008 (Ley N° 20.280). Esta última fue la que estableció el actual texto. Antes del año 1979, la Ley N° 11.704, de 1954, establecía el cobro por *“derechos por toda propaganda que se realice en la vía pública, o que sea oída desde la misma”* (artículo 106, N° 11);

5°. Que el texto original del D.L. N° 3.063 permitía a los municipios cobrar por *“derechos de propaganda”*. Esta se podía efectuar mediante letreros, carteles o avisos. También, la difusión de estos anuncios se podía cobrar tanto si la propaganda se realizaba en la vía pública o era oída o vista desde esta última. Asimismo, la norma distinguía entre letreros luminosos y no luminosos. Finalmente, establecía tramos. Así, para los no

luminosos, el derecho podía ir desde 600 pesos a 3.600 pesos por metro cuadrado. Para los luminosos, podía ir desde 150 pesos a 1.200 pesos por metro cuadrado.

En 1981, el texto fue modificado y se suprimió la referencia a los medios (letreros, carteles o avisos), pues se habló solamente de propaganda. También se suprimió el distingo entre propaganda luminosa y no luminosa. Asimismo, se suprimieron los tramos.

En el año 2000, se precisó únicamente que la propaganda debía ser realizada en la vía pública o ser oída o vista desde la misma. Antes se exigía que la propaganda fuera oída y vista.

En el año 2005, mediante la conocida como “*Ley de Rentas II*”, se introdujeron varios cambios. En primer lugar, ya no se habla que los municipios cobren por “*derechos de propaganda*”, sino que “*por los permisos que se otorguen para la instalación de publicidad*”. En segundo lugar, correspondió a una ordenanza municipal fijar el valor. En tercer lugar, se precisó que el valor que se cobrara a las empresas que realizaran la actividad económica de publicidad, que era vista u oída desde la vía pública, debía ser estable por tres años. En cuarto lugar, se estableció la obligación de que los municipios hicieran público el listado de los permisos de propaganda otorgados, con sus valores y titulares. Finalmente, se estableció que la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones debía regular los estándares técnicos de diseño y emplazamiento.

Por último, el texto fue modificado por la Ley N<sup>º</sup> 20.280, el año 2008, dando origen al texto que hoy día se encuentra vigente. Respecto del texto modificado el año 2005, se indicó que la publicidad puede instalarse en la vía pública o no. En este segundo caso, debe ser vista u oída desde la vía pública para que el municipio cobre por el permiso correspondiente. También se precisó que los valores por los permisos deben pagarse en la misma época en que se pagan las patentes municipales;

6°. Que los distintos cambios introducidos al texto, según se observa en los debates habidos en el H. Congreso Nacional, obedecieron a dos tipos de propósito. Por una parte, a evitar las controversias judiciales que generaba el cobro. Eso explica que se pasara de pagar por “*derechos de propaganda*” a pagar por “*los permisos que se otorgan*”. Por la otra, a materializar los ingresos previstos para los municipios por este tipo de derechos. Al Congreso Nacional le preocupó que los municipios no percibieran ingresos propios por este concepto;

7°. Que la variedad de textos existentes sobre la materia desde el año 1979 hasta el presente, hace que la jurisprudencia judicial que se cita para abonar alguna tesis, deba ser examinada con extremo cuidado, dado que corresponde a textos modificados por el legislador y con el expreso propósito de terminar con esas controversias. Por lo mismo, esta Magistratura no puede considerarla;

8°. Que, por otra parte, si bien es cierto que durante la tramitación legislativa hubo opiniones críticas respecto de la norma, ellas correspondían a posiciones minoritarias, pues los textos legales fueron aprobados. De ahí que también haya que ser cuidadoso en la cita de opiniones de parlamentarios que no reflejan la voluntad positiva del legislador de aprobar una ley (STC roles N<sup>os</sup> 1.863, 1.986, 1.991, 2.078 y 2.043). Del mismo modo, tampoco se formuló un requerimiento ante esta Magistratura que objetara formalmente el proyecto de ley correspondiente. Es más, la voluntad mayoritaria del Congreso ha sido persistente en no compartir cierto alegato de inconstitucionalidad de los preceptos reprochados;

#### IV. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional

9°. Que uno de los argumentos centrales del requerimiento es sostener que el cobro por el permiso es un tributo y que la regulación que hace la norma impugnada, afecta el principio de legalidad. Para tal efecto, el requirente invoca la STC Rol N<sup>o</sup> 247. Sin embargo, dicha invocación no da cuenta de la evolución que ha experimentado la jurisprudencia en esta materia;

10°. Que, en efecto, en la STC Rol N<sup>o</sup> 247 esta Magistratura sostuvo que el derecho que permitía cobrar el proyecto al Servicio Nacional de Aduanas, era un tributo, no una tasa, toda vez que había una obligación indirecta de pago. El interesado en obtener la prestación de dicho servicio podía exonerarse no pagando por él. Pero ello lo privaría de un derecho. Por lo mismo, no habría alternativa real de sustraerse de la obligación. De ahí que la tasa que se establecía tuviera características de tributo. Al ser así, el proyecto no proporcionaba, concluyó el Tribunal, el sustento legal indispensable para el establecimiento del tributo.

De una u otra manera, en esta sentencia el Tribunal, si bien distingue entre tasa y tributo, sobre la base de los elementos de si existe o no contraprestación, si existe o no voluntariedad, si hay o no afectación, los asimila. El reemplazo de la expresión “*impuestos y contribuciones*” por “*tributos*”, que hizo la Constitución del 80, respecto de la Constitución de 1925, se agregó, le da un carácter amplio a los tributos. Más todavía si la Constitución dice que son los tributos “*de cualquier naturaleza*” (artículo 19, N<sup>o</sup> 20) los que quedan afectos al estatuto de éstos. En esta visión, tributo es toda exacción patrimonial, de carácter coercitivo y obligatorio, impuesta por el Estado a las personas;

11°. Que, sin embargo, a partir del año 2008, en las STC roles N<sup>os</sup> 1.063, 1.034, 1.295 y 1.405, el Tribunal ha distinguido claramente entre tasa y tributo. Las tasas son una especie de ingresos públicos que se diferencian conceptual y normativamente de la noción de tributo. El concepto de tributo es más complejo que la obligación de pagar una suma de di-



nero coactivamente por los particulares al Estado. Requiere que financie funciones del Estado; origine una relación de derecho público; y no tiene una contraprestación directa (STC Rol N<sup>º</sup> 1.295).

En estos fallos, el Tribunal Constitucional ha sostenido que las tasas que cobran los servicios no son tributos. Los derechos municipales no son una especie del género tributos, sino una categoría diferenciada de ingresos públicos (STC Rol N<sup>º</sup> 1.034). La tasa se distingue porque financia los costos de prestación en que incurre un servicio; no financia al Estado en general. Por lo mismo, no es general y aplicable a toda la comunidad, sino sólo en la medida en que se incurra en los hechos gravados. Son sólo exigibles respecto de quienes demandan la prestación. También, se distinguen porque quien la paga exige una prestación divisible. El tributo es para cubrir gastos indivisibles. Y, finalmente, se distinguen porque los tributos no están afectos a un fin determinado; en cambio, las tasas quedan en el servicio correspondiente, porque su fin es contribuir a cubrir el costo de éste (STC roles N<sup>OS</sup> 1.034 y 1.465). Al ser distintos, tasa y tributo, la exigencia de legalidad no puede ser la misma que para el tributo. Más todavía si se compromete la autonomía municipal, por la vía de hacer inoperantes dichos ingresos (STC Rol N<sup>º</sup> 1.034);

**12°.** Que, en base a esos criterios, este Tribunal ha legitimado el cobro por el servicio de aseo que realizan los municipios (STC Rol N<sup>º</sup> 1.063), por los derechos municipales por concepto de permisos de rotura de pavimentos y acopio de escombros en la vía pública (STC Rol N<sup>º</sup> 1.034); y por el cobro que realiza el Servicio Agrícola y Ganadero por concepto de inspecciones y certificaciones sanitarias (STC Rol N<sup>º</sup> 1.405);

**13°.** Que en dichas sentencias este Tribunal ha establecido ciertos criterios destinados a evitar la arbitrariedad en la determinación de las tasas en los respectivos servicios. Así ha establecido el criterio de la proporcionalidad y ecuanimidad (STC Rol N<sup>º</sup> 1.034). También, el que se fijen conforme a criterios objetivos de mercado (STC Rol N<sup>º</sup> 1.405). Sin embargo, esos criterios deben ser ponderados no por esta Magistratura, sino por el juez de fondo (STC Rol N<sup>º</sup> 1.034), toda vez que no son aspectos propios de un control de atribución de potestades, sino del ejercicio de las mismas;

## V. Criterios interpretativos

**14°.** Que, por otra parte, antes de entrar a analizar los reproches formulados en el presente requerimiento, es necesario sentar los criterios interpretativos que guiarán nuestro razonamiento.

En primer lugar, este Tribunal ha señalado algunos criterios en materia de tributos. Por de pronto, no debiera ser un asunto de interpretación definir si una determinada prestación tiene la naturaleza de tributo,

toda vez que el legislador debe expresar con claridad cuándo esto sucede (STC Rol N° 1.295). Asimismo, no toda obligación legal de pagar algo en dinero a favor del Estado, convierte a ésta en un tributo (STC Rol N° 1.295). Finalmente, un ingreso público no puede ser considerado para unos efectos tributo, y para otros no. Así, salvo regla expresa en contrario y conforme a las causales que la Constitución señala (artículo 19, N° 20), los tributos no están afectos a un fin determinado;

**15°.** Que, en segundo lugar, es importante considerar que la Constitución vigente ha sido reformada en 34 oportunidades. Por lo mismo, criterios interpretativos asociados a su texto original, o a su etapa de preparación, deben ser corregidos a la luz de los nuevos elementos incorporados por dichas reformas. Esa es la única manera de reconocer el dinamismo del proceso interpretativo, y no caer en un originalismo absurdo.

El punto anterior es relevante, toda vez que el argumento determinante para considerar que los derechos cobrados por el permiso para publicidad son tributos, radica en el concepto amplio que se le quiso dar a esta expresión en relación a la Constitución del 25. Así, cuando la Constitución del 80 cambió esta expresión, pasando de “impuestos y contribuciones” a “tributos”, no existía una serie de variables que introdujo la Ley de Reforma Constitucional N° 19.097, del año 1991;

**16°.** Que, en efecto, dicha norma cambió radicalmente el régimen municipal. Desde luego, en el texto original de la Constitución los alcaldes no eran electos, sino que designados por el Presidente de la República o por el Consejo Regional de Desarrollo a propuesta del Consejo Comunal (artículo 108 original). Tampoco el Concejo Municipal era electo directamente por la ciudadanía, sino que era integrado por representantes de las organizaciones comunitarias (artículo 109 original). Asimismo, no había referencia a los ingresos municipales. El artículo 111 original sólo señalaba: “*La Ley de Presupuesto de la Nación podrá solventar los gastos de funcionamiento de las municipalidades*” (artículo 111). No había referencia a que pudieran existir “*ingresos que directamente se les confieran por ley*” a los municipios. Del mismo modo, nada se decía respecto de la autonomía de los municipios para la administración de sus finanzas. Además, la Constitución señalaba que la ley “*propenderá a que su administración sea funcional y territorialmente descentralizada*” (artículo 3° original), no como hoy, donde se establece mandato directo: “*su administración será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, en conformidad con la ley*”.

El marco constitucional en el que debe calificarse la naturaleza jurídica del pago de los derechos de publicidad no es, por tanto, el que existía al momento de la vigencia de la Constitución, sino el que existe en la actualidad, producto de las 34 reformas recién señaladas. Una de dichas reformas permite que los municipios tengan “*ingresos que directamente se les confiera por la ley*” (artículo 122, Constitución);

17°. Que, en tercer lugar, hay que considerar que como los municipios se ubican dentro del régimen administrativo interior del Estado, esto implica necesariamente un traslado de funciones y competencias del nivel central a órganos o autoridades locales (STC Rol N<sup>º</sup> 1.669). En este sentido, hay que considerar tres variables constitucionales respecto de los municipios, que inciden en el presente caso.

Primeramente, los municipios tienen “*patrimonio propio*” (artículo 118, inciso cuarto, de la Constitución). Como consecuencia de lo anterior, la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (LOCM) establece que el patrimonio de los municipios está constituido por “*los derechos que cobren por los servicios que presten y por los permisos y concesiones que otorguen*” (artículo 13, letra d).

Enseguida, los municipios “*gozarán de autonomía para la administración de sus finanzas*” (artículo 122). En tal virtud cada municipio tiene un presupuesto, que elabora, aprueba, modifica y ejecuta (artículo 5<sup>º</sup>, b), de la LOCM). Por lo mismo, el presupuesto municipal no se aprueba nacionalmente en la Ley de Presupuestos. Distinto es que dicha ley contemple ingresos para los municipios. El presupuesto es de aquellas materias en que el alcalde requiere el acuerdo del Concejo para su aprobación y modificación (artículo 65, a), no obstante que la administración de los recursos financieros del municipio le corresponde al alcalde de modo exclusivo (artículo 63, letra e). Dicho presupuesto es controlado por la unidad encargada de administración y finanzas (artículo 27), por el Concejo Municipal (artículo 79, letra c), por la Contraloría General de la República (artículos 51 y 54) y por la ciudadanía mediante la pertinente rendición de cuentas (artículos 65 y 67). El presupuesto municipal es de iniciativa exclusiva del alcalde (artículo 65, inciso quinto), debe estar financiado (artículos 65 y 81) y está sujeto a un calendario de tramitación (artículo 82). El que esté financiado implica que deben indicarse los egresos (artículo 65, inciso quinto), calcularse los ingresos (artículo 27); que el Concejo Municipal no pueda aumentar los gastos propuestos por el alcalde, sino sólo disminuirlos o modificar su distribución (artículo 65, inciso sexto); y que los concejales no pueden rechazar las correcciones propuestas por el alcalde, para subsanar el déficit, sin comprometer su responsabilidad solidaria por el déficit que arroje la ejecución presupuestaria anual (artículo 81).

La tercera variable es que el municipio tiene distintos tipos de ingresos. Por una parte, tiene ingresos externos, que provienen de la Ley de Presupuestos de la Nación, del Fondo Común Municipal y del Gobierno Regional (artículo 122 de la Constitución). Por la otra, tiene ingresos propios. Estos tienen que ver con los derechos que cobren por los servicios que presten y por los permisos y concesiones que otorguen; con los ingresos que perciban con motivo de sus actividades o de los establecimientos

de su dependencia; con los ingresos que recauden por los tributos que la ley permita aplicar a las autoridades comunales; por las multas e intereses establecidos a beneficio municipal (artículo 13 de la LOCM).

La Constitución designa a estos ingresos propios como aquellos “*ingresos que directamente se les confieran por la ley*” (artículo 122).

Respecto de estos ingresos propios, las facultades que tiene el municipio son distintas, según se trate de derechos o de tributos.

Respecto de los derechos, para el cumplimiento de sus funciones, la LOCM le entrega al municipio la atribución de establecerlos (artículo 5°, letra e). Para ello es necesario el acuerdo del Concejo (artículo 65, letra c).

Respecto de los tributos, el municipio no los establece, sino que los aplica (artículo 5°, letra h), porque los establece el legislador. La aplicación requiere del acuerdo del Concejo, dentro de los marcos que indique la ley (artículo 65, letra d). Dichos tributos están desafectados, en cuanto gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación local y están destinados a financiar obras de desarrollo comunal (artículo 19, N° 20, constitucional, en relación al artículo 65, letra d, de la LOCM).

El que la LOCM permita que el municipio establezca los derechos, le da facultades de configuración de los mismos, de las que carece respecto de los impuestos;

**18°.** Que el último criterio interpretativo es que el valor correspondiente al permiso que se otorgue para la publicidad en vía pública o que sea vista u oída desde la misma, debe ser determinado en una ordenanza municipal. Las ordenanzas se distinguen porque son órdenes escritas que contienen normas generales y obligatorias dirigidas a la comunidad local. Están sujetas a un procedimiento administrativo de dictación, tienen un ámbito territorial acotado de vigencia y existe un conjunto de materias que pueden abordar (STC Rol N° 1.669). Las ordenanzas municipales requieren del acuerdo del Concejo Municipal (artículo 65, letra k). Requieren asimismo de un quórum de aprobación constituido por la mayoría absoluta de los concejales asistentes a la sesión respectiva.

Se trata, en consecuencia, de una decisión adoptada directamente por un órgano electo por la ciudadanía, dotado de una amplia legitimidad y encargado de velar por el interés local. Es el fruto de una amplia deliberación;

## **VI. No se viola el principio de legalidad tributaria**

**19°.** Que ahora estamos en condiciones de entrar al fondo del requerimiento. El primer reproche que se formula al precepto impugnado es que, tal como ya se indicó, al ser un tributo, se vulnera la legalidad tributaria, porque un aspecto esencial del mismo, esto es, la tasa, no se fija en la ley, sino que en una ordenanza municipal;

20°. Que, al respecto, cabe señalar, en primer lugar, que para estos Ministros no puede asimilarse las tasas a los tributos. Ellas son ingresos de derecho público distintos, que no pueden estar sujetos a un mismo estatuto que los tributos. Desde luego, porque tienen elementos configurativos distintos: voluntariedad, contraprestación, no afectación. También, porque en materia municipal la Constitución permitió la posibilidad de que la ley contemple recursos para los municipios, distintos a los provenientes del Presupuesto de la Nación y a las transferencias que puedan venir del Fondo Común Municipal y de los gobiernos regionales. En 1991, la Constitución fue reformada para dar pie a una autonomía municipal. La asimilación de las tasas a los tributos llevaría a que el municipio no las estableciera por el cobro de derechos, sino que simplemente las aplicara. Ello es contradictorio con un mandato de descentralización imperativo (artículo 3<sup>º</sup> constitucional), con la administración local que le corresponde a los municipios (artículo 118 constitucional) y con el carácter autónomo que éstos tienen (artículos 118 y 122, Constitución). El legislador, tal como lo ha dicho esta Magistratura, debe dejar un espacio a la autodeterminación de los municipios en asuntos de claro interés local, porque a ellos les corresponde “satisfacer las necesidades de la comunidad local”, “asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna” y “ejercer la administración local” (artículo 118 constitucional). Por tanto, deben poder actuar, en ámbitos propios, sin mandatos ni controles de los entes nacionales. Los municipios tienen amplias funciones configurativas, y no sólo de aplicación, producto de su autonomía. Los municipios deben diseñar y aprobar las normas cuyos destinatarios son los habitantes de la comuna. 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 (STC Rol N<sup>º</sup> 1.669).

Además, la consideración de los permisos por publicidad como tributos distorsionaría los roles del legislador y de la autoridad encargada de la administración de la comuna. El legislador regula, por regla general nacionalmente, para todos los municipios. Establece marcos jurídicos comunes propios de un estado unitario. Pero no puede estrechar, hasta eliminar, los espacios que son propios de la comunidad local. No es el legislador el que debe definir, sin considerar la pluralidad de municipios, con sus heterogéneas realidades y particularidades, cuál es el valor que éstos deben cobrar para exhibir publicidad en sus calles o que sea vista u oída desde éstas. Eso es algo propio del ámbito local. El legislador no está en condiciones de ponderar tan cambiantes realidades, corriendo el peligro de establecer un valor nacional muy caro o muy barato para unas y otras municipalidades. Más todavía si cada municipio tiene una estructura institucional democrática y legitimada para adoptar estas decisiones,

mediante autoridades electas y con responsabilidad local. Y que existen los mecanismos de control para evitar el abuso, vía recursos administrativos, acciones ante los tribunales y reclamos ante la Contraloría General de la República. El alcalde y los concejales conocen su comuna. Saben lo que vale la publicidad en las distintas zonas de su territorio. Pueden establecer flexibilidades y precios distintos según el lugar que se pretenda copar. Ello no lo puede hacer el legislador. No al menos para acertar con un precio justo y conveniente en todas las calles de las diversas comunas del país. Como lo ha dicho esta Magistratura, la legislación nacional debe permitir un espacio para los intereses municipales en la complementación o ejecución de la legislación nacional. La potestad normativa municipal es para marcar el particularismo a partir de la atención de los intereses locales (STC Rol N° 1.669);

**21°.** Que, en segundo lugar, no consideramos que en el presente caso exista un “*tributo*”.

Desde luego, porque, en la sistemática del D.L. N° 3.063, los títulos de la misma van desarrollando los diversos ingresos o rentas municipales. Así, en el Título II, se trata el producto de los bienes municipales; en el Título III, del producto de los establecimientos y explotaciones municipales, etc. En el Título IV, que se refiere a los “*impuestos municipales*”, sólo se trata de las patentes de circulación de vehículos (artículos 12 y siguientes), las patentes por actividades lucrativas (artículos 23 y siguientes), y el impuesto territorial (artículos 37 y siguientes). Los derechos por permisos por publicidad se tratan en el Título VII, que regula “*los recursos municipales por concesiones, permisos o pagos de servicios*”. En ese título se encuentra la norma impugnada, no en el de los impuestos.

Asimismo, junto con los derechos por el permiso por publicidad, en el artículo 41 del D.L. N° 3.063 se tratan otros de igual naturaleza, como los derechos que se pagan por ocupaciones de la vía pública, por extracción de áridos, por otorgamiento de licencias de conducir, por comercio ambulante. No observamos que en estos derechos haya una situación que exija radicalmente un tratamiento distinto. Incluso hay derechos que se cobran por actividades que se despliegan en recintos privados, como puede ser el pago por el permiso de construcción (artículo 41, N° 1) y la extracción de materiales desde recintos privados (artículo 41, N° 3). Sería anómalo que fuera tributo una de estas actividades, y no las otras, si son muy parecidas. Habría una asimetría. En todas ellas hay una actividad económica que se realiza o impacta en la vía pública. Esta Magistratura, por lo demás, ha considerado legítimo el cobro como derechos de la ocupación de vías públicas por rotura de pavimentos y acopio de escombros, considerando que estos cobros son tasas y no tributos (STC Rol N° 1.034).

A continuación, porque conforme al artículo 40 del D.L. N° 3.063, son derechos municipales “*las prestaciones que están obligadas a pagar a las*

*municipalidades, las personas naturales o jurídicas de derecho público o de derecho privado, que obtengan de la administración local, una concesión o permiso, o que reciban un servicio de las mismas*". Dicho precepto no ha sido impugnado en esta causa. Para la ley, entonces, hay prestación si existe un permiso que el municipio entrega. Pues bien, el precepto impugnado establece que lo que necesita el particular para instalar su publicidad, es un permiso. Recordemos que hasta el año 2005 el legislador utilizaba la expresión "*derechos de propaganda*". Pero con la Ley N<sup>º</sup> 20.033, lo que el municipio entrega son "*permisos*" y lo que se paga es "*el valor correspondiente a este permiso*". Es, por tanto, un genuino derecho municipal, pues es la propia ley la que define que hay contraprestación. Se paga por el permiso, no por la publicidad.

Enseguida, el D.L. N<sup>º</sup> 3.063 distinguió entre los derechos que se pagan por instalaciones o construcciones en bienes nacionales de uso público (artículo 41, N<sup>º</sup> 4), de "*los permisos que se otorguen para la instalación de publicidad*" (artículo 41, N<sup>º</sup> 5). Por lo mismo, la expresión "*permiso*" no está utilizada aquí respecto al uso privativo de un bien nacional de uso público (artículo 36, LOCM). Está utilizada en un sentido complejo. Por una parte, porque implica una autorización, toda vez que las instalaciones deben sujetarse a "*estándares técnicos de diseño y emplazamiento*" (inciso segundo, N<sup>º</sup> 5, artículo 41, D.L. N<sup>º</sup> 3.063), los que deben ser verificados por el municipio. En tal sentido, es un control preventivo de riesgo, propio de las autorizaciones como actos administrativos favorables enmarcados en la actividad de policía o de ordenación de la actividad económica, pues hay una efectiva comprobación de la compatibilidad de la actividad en cuestión con el interés público (STC roles N<sup>os</sup> 467 y 1.413). Así, por ejemplo, la Corte Suprema ha condenado a un municipio por demorar la demolición de un letrero publicitario, instalado en una propiedad privada, que se precipita sobre una casa vecina, durante un temporal de lluvia, por evidentes defectos de construcción, al considerar que había falta de servicio (SCS 4687/2012). Por la otra, es el pago de un derecho para realizar la publicidad. La norma sujeta la actividad al permiso previo de la autoridad municipal. Hay, por tanto, una contraprestación;

**22°.** Que, en consecuencia, no consideramos que se vulnere la legalidad tributaria. El derecho que deben pagar quienes deseen realizar publicidad en territorio municipal, no es un tributo. Por lo mismo, la Municipalidad tiene un amplio margen de intervención normativa en la determinación de su valor. Más todavía si esta Magistratura, tratándose de la patente por actividades lucrativas, esto es, un genuino caso de tributo, ha señalado que la ley debe limitarse en estos casos a fijar los elementos esenciales, permitiendo la colaboración reglamentaria en aspectos de detalle (STC roles N<sup>os</sup> 2.134, 2.135 y 2.141). Y que la LOCM, controlada preventivamente por esta Magistratura, le permite "*establecer*" estos dere-

chos. Es decir, instituirlos, configurarlos, y no sólo aplicarlos (artículos 5°, letra c), y 65, letra d). El municipio, producto de su autonomía, debe poder actuar en sus ámbitos propios sin mandatos ni controles de los entes nacionales, a través de los órganos representativos de los intereses locales que tiene en su estructura organizativa. Corresponde a ellos diseñar y aprobar las normas cuyos habitantes son sus destinatarios naturales. El municipio tiene potestad innovadora o de conformación en las tareas que se le encomiendan y no meramente aplicativas (STC Rol N° 1.669);

### **VII. No se afecta la proporcionalidad**

**23°.** Que el otro reproche que se formula al precepto impugnado es que permite un alza por la publicidad de un 300% de un año a otro, pasando de 0,10 UTM por metro cuadrado a 0,40 UTM por metro cuadrado. Esto se vería agravado porque es un alza que no está asociada a contraprestación alguna. No es costo la supervisión ni la determinación del monto a pagar. Además, se cobra por tareas inherentes al propio municipio;

**24°.** Que, como ya indicamos, éste no es un alegato que deba plantearse en sede de inaplicabilidad, sino que discutirse en la gestión pendiente, por ser ésta la instancia adecuada para controvertir abusos o excesos en el ejercicio de una potestad. La inaplicabilidad, en cambio, sirve para discutir el ajuste a la Constitución de la entrega y configuración que hace el legislador de esa potestad (STC Rol N° 2.523);

**25°.** Que, no obstante, cabe señalar, en primer lugar, que esta Magistratura ya validó el cobro de tasas vinculadas a las labores de un órgano de la Administración. Así lo hizo al examinar los cobros por inspección y certificación que debe realizar el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) para los exportadores (STC Rol N° 1.405);

**26°.** Que, en segundo lugar, hay que considerar que, tal como se dijo en estrados, el alza se debe a la compensación de una rebaja que hizo el municipio inmediatamente después del terremoto de 2010. Por lo tanto, hay que tener en cuenta que en el reajuste están incluidos dos factores de corrección: el alza anual y el alza producto de dicha rebaja.

Asimismo, hay que considerar que, tal como lo hizo presente el municipio en el reclamo que se lleva en la gestión pendiente, en otras ciudades, como Concepción, el cobro es muchísimo más elevado (1 UTM mensual) (fojas 260).

Del mismo modo, hay que considerar que en la ordenanza en que se fijaron los montos, por de pronto, se reajustaron todos los derechos, no sólo los derechos por publicidad ni los que debe pagar la empresa requiriente. Enseguida, en dicha ordenanza se hizo una serie de distinciones para fijar el valor de los derechos. Así, se distingue por zonas o sectores; tam-



bién si la propaganda es luminosa o no; si es fija o móvil; si es por letrero, lienzos o tótems, etc.

Por otra parte, el letrero de la requirente se ubica en el sector 2 y es de 48 metros cuadrados;

27°. Que, en tercer lugar, hay que considerar que los preceptos reprochados establecen una serie de garantías que atenúan el impacto de un alza. Desde luego, el valor del derecho se paga en dos cuotas anuales. También, hay causales de exención legal. Asimismo, el valor se fija el año anterior. Finalmente, se debe simplificar su pago, logrando una cómoda y económica recaudación (inciso final, artículo 42);

### VIII. Tampoco se afectan las garantías constitucionales

28°. Que el tercer reproche que se formula al precepto impugnado es que se vulneran ciertas garantías constitucionales. En primer lugar, la propiedad, pues se obligaría a pagar un tributo que no respeta el principio de legalidad. En segundo lugar, se violaría el derecho a desarrollar una actividad económica, ya que se cobra por una prestación que no tiene sustento legal. Finalmente, se afecta la igualdad ante la ley, porque se cobra por un tributo cuyos elementos esenciales son definidos por la autoridad que los cobra;

29°. Que debemos rechazar este alegato, toda vez que son consecuencias de considerar el cobro un tributo. En todo caso, la ley es la que permite el cobro de este derecho. Y tanto la propiedad (“*sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella*”, artículo 19, N<sup>º</sup> 24, de la Constitución) como el derecho a desarrollar una actividad económica (dicho derecho debe llevarse a cabo “*respetando las normas legales que la regulan*”, artículo 19, N<sup>º</sup> 21, de la Constitución) están configurados por el legislador, quien puede convocar a las normas secundarias para complementar, desarrollar y pormenorizar lo establecido en sus preceptos (STC roles N<sup>os</sup> 480 y 1.669). La potestad normativa municipal tiene, por lo demás, rango constitucional, pues el concejo municipal tiene facultades normativas (artículo 119, inciso segundo, de la Constitución). Y la norma que fija el valor es consecuencia del ejercicio de esa potestad normativa, pues debe llevarse a cabo mediante una ordenanza; y éstas se dictan con acuerdo del concejo (artículo 65, letra k), LOCM). Dicha potestad es amplia, porque permite “*establecer*” dichos derechos.

En relación a la igualdad ante la ley, cabe señalar que no es la autoridad municipal la que se facultó a sí misma para cobrar estos derechos, sino que fue la ley la que se lo permitió. Es cierto que el monto del valor lo fija el municipio; pero lo hace a través de instituciones electas por la ciudadanía y pluralistas, toda vez que el alcalde es electo por sufragio uni-

versal (artículo 57, LOCM) y el concejo municipal es electo por votación directa mediante un sistema de representación proporcional (artículo 72, LOCM). Ello permite una deliberación previa. También hay que considerar que la ordenanza que fijó los derechos, lo hizo de modo general, no sólo para la empresa requirente; y también lo hizo respecto de todos los demás derechos que el municipio puede cobrar por mandato legal;

**30°.** Que, por todas estas razones, estos Ministros están por rechazar el presente requerimiento.

y **VISTO** lo dispuesto en los artículos 19, 63, 65, 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, y 122, 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 D.F.L. N° 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia,

**SE RESUELVE:**

**1°.** Que, habiéndose producido empate de votos respecto de la inaplicabilidad de los artículos 41, N° 5, y 42, incisos primero y segundo, del Decreto Ley N° 3.063, sobre Rentas Municipales, no se ha obtenido la mayoría exigida por el artículo 93, numeral 6°, de la Carta Fundamental para declarar su requerida inaplicabilidad, motivo por el cual se rechaza en esa parte el requerimiento de fojas 1.

**2°.** Se pone término a la suspensión de procedimiento decretada en estos autos por resolución de fojas 41, oficiándose al efecto.

**3°.** Que no se condena en costas a la requirente, por haber tenido motivo plausible para deducir su acción.

**La Ministra señora Marisol Peña Torres, Presidenta, previene** que estuvo por acoger el requerimiento de autos, sin compartir todos los razonamientos del voto por acoger pues, a su juicio, la sentencia estimatoria debió basarse en las siguientes motivaciones:

**1. Derechos municipales y principio de legalidad tributaria**

**1°.** Que, en atención a que la parte medular del alegato de la requirente –detallado en la parte expositiva de esta sentencia– reside en sostener que los derechos que la Municipalidad de Talcahuano le ha cobrado por publicidad que se realiza a través de un letrero que se encuentra ubicado al interior de un inmueble de propiedad privada, revestirían la naturaleza de un tributo que, como tal, se encuentra afecto al respeto del principio de legalidad tributaria que la Constitución consagra, se torna imperativo analizar la naturaleza jurídica de tales derechos;

2°. Que debe recordarse que el artículo 40 del D.L. N<sup>º</sup> 3.063, de 1979, sobre Rentas Municipales, ha definido a los “derechos municipales” como “*las prestaciones que están obligadas a pagar a las municipalidades, las personas naturales o jurídicas de derecho público o de derecho privado, que obtengan de la administración local una concesión o permiso o que reciban un servicio de las mismas, salvo excepción contemplada en un texto legal expreso.*”;

3°. Que, en sentencia recaída en el Rol N<sup>º</sup> 1.034, esta Magistratura sostuvo que “*los derechos (también denominados tasas por algunos autores y por la legislación de varios países) son una especie de ingresos públicos que se diferencian conceptual y normativamente de la noción de tributos.*” (c. séptimo).

Agregó que “*en tanto los tributos, impuestos o contribuciones son prestaciones pecuniarias exigidas coactivamente por la ley a quienes incurran en los hechos o situaciones que ésta grava, con miras a subvenir al funcionamiento del Estado en su conjunto, sin que vayan acompañadas de una contraprestación directa y específica en beneficio del contribuyente, los derechos, en cambio, son prestaciones pecuniarias exigidas del administrado para contribuir a solventar, siquiera parcialmente, el costo que para la Administración Pública representa la prestación de un servicio que le proporciona al erogante, o bien, los gastos en que incurrirá para franquear el uso público de un bien de esa naturaleza cuando el mismo se vea obstaculizado o entorpecido por el disfrute particular de ese bien entregado a un particular por vía de concesión o permiso. Esta diferencia de características medulares entre una y otra categoría de ingresos públicos también se traduce en que tanto los tributos son de exigencia general a toda la colectividad, en la medida en que se incurra en los hechos gravados, los derechos lo son sólo para quienes demanden de la autoridad administrativa una prestación directa y específica en su beneficio o, dicho en otros términos, a quienes son usuarios de un servicio público divisible o fragmentable en unidades de prestación, lo que no sucede con los tributos, que están destinados a financiar la prestación de servicios públicos indivisibles por naturaleza, como lo son la defensa nacional, la justicia o la seguridad pública, entre otros.*”

Indicó, por último, que “*la notada diferencia también encuentra su correlato en la circunstancia de que, en general, el producto de los tributos no está afectado a un fin determinado (criterio consagrado como principio de nuestro ordenamiento en el inciso tercero del N<sup>º</sup> 20° del artículo 19 de la Constitución), en tanto que los derechos o tasas sí pueden estarlo y normalmente lo están en beneficio de la entidad que presta el servicio respectivo u otorga la concesión o permiso correspondiente, pues, como ha quedado dicho, su razón de ser es contribuir al costeo de ese preciso servicio o acto de la Administración.*” (c. octavo);

4°. Que la referida línea jurisprudencial –recordada en el voto de los Ministros que comparten la decisión de acoger el requerimiento– no ha concitado la unanimidad al interior de esta Magistratura.

En efecto, el voto de minoría recaído en la sentencia Rol N<sup>º</sup> 1.034 –al que esta Ministra concurrió– se afirmó, en primer lugar, en antecedentes históricos. Afirmó, en este sentido, que “*el concepto “tributos” a que alude la*

*Carta Fundamental tiene un alcance amplio y no sólo restrictivo a los impuestos y contribuciones*". Citó al efecto las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política (Sesión N° 398, 11 de julio de 1979, p. 3115) y la jurisprudencia de la Corte Suprema. Agregó que de esta forma se comprende que la Carta Fundamental que hoy nos rige haya reemplazado las expresiones "*impuestos y contribuciones*" que empleaba la Carta de 1925 por la de tributos, aclarando que se trata de un término genérico comprensivo de cualquier exacción patrimonial impuesta por el Estado a las personas (c. quinto).

En segundo lugar, el voto de minoría a que se hace referencia se fundó en antecedentes provistos por la doctrina que ha sostenido que "*en materia de tasas y derechos una de sus características esenciales dice relación con que "el hecho generador está integrado por una actividad efectivamente prestada por el Estado, que se particulariza o individualiza en el obligado a pago", de forma tal que esta actividad "debe ser prestada efectivamente"*" (c. decimosegundo);

5°. Que la línea argumental del voto de minoría en la sentencia Rol N° 1.034 fue compartida en comentario del profesor Eugenio Evans al sostener que: "*Los tributos son expresivos de una serie de requerimientos en dinero que el Estado hace a los particulares para cumplir con sus objetivos de bien común. Impuestos, contribuciones y tasas son los más reconocidos y difieren esencialmente en el carácter contraprestacional que podrá ser exigido por el contribuyente en el caso de los dos últimos tributos citados. Es decir, en el caso de las tasas y contribuciones, por lo general, va envuelta una contraprestación del Estado sea en la forma de un servicio mensurable, o bien en un incremento del valor económico de un inmueble derivado de una obra pública.*" Añade que "*por lo general, la doctrina tiende a identificar a los derechos e incorporar esa clase de cobros a las tasas(...). También se utiliza regularmente la expresión derechos para permitir el ejercicio de una actividad o bien de una facultad que, de no mediar un pago, se entiende inicialmente prohibida. A vía ejemplar, la Ley N° 20.256, que establece normas sobre pesca recreativa, contempla el pago de derechos para obtener la licencia anual de pesca recreativa y fija determinadamente su monto, y la Ley sobre Rentas Municipales establece el pago de derechos por la ocupación temporal de los bienes nacionales de uso público.*" (Evans Espiñeira, Eugenio. *Los tributos en la Constitución*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p. 148) (Énfasis agregado);

6°. Que, sobre la base de lo indicado, parece existir consenso en que los "derechos" se caracterizan por involucrar una contraprestación para el contribuyente obligado por esta carga, tal como se ha señalado por los Ministros que comparten el voto por acoger.

De hecho, el artículo 11, inciso primero, del D. L. N° 3.063, de 1979, sobre Rentas Municipales, corrobora esta afirmación, al prescribir que: "*Las Municipalidades fijarán la cuantía de los derechos que corresponda cobrar por la prestación de servicios a que se refiere el artículo 5°. de esta ley, siempre que*

*no se encuentre determinada expresamente en normas especiales, y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 41 y 42 (...).*”

Adicionalmente, son “derechos” aquellas prestaciones que se encuentran obligadas a pagar las personas naturales o jurídicas que obtengan una concesión o permiso, en este caso, de la administración local. Las referidas concesiones o permisos inciden en bienes municipales o nacionales de uso público, que se encuentran definidos en el artículo 589 del Código Civil como aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como las calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas.

El artículo 36 de la Ley N<sup>º</sup> 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, señala, en este sentido, que:

*“Los bienes municipales o nacionales de uso público, incluido su subsuelo, que administre la municipalidad, podrán ser objeto de concesiones y permisos.*

*Los permisos serán esencialmente precarios y podrán ser modificados o dejados sin efecto, sin derecho a indemnización.*

*Las concesiones darán derecho al uso preferente del bien concedido en las condiciones que fije la municipalidad. Sin embargo, ésta podrá darles término en cualquier momento, cuando sobrevenga un menoscabo o detrimento grave al uso común o cuando concurren otras razones de interés público.*

*El concesionario tendrá derecho a indemnización en caso de término anticipado de la concesión, salvo que éste se haya producido por incumplimiento de las obligaciones de aquél.”;*

7°. Que ya sea que los derechos se cobren por las Municipalidades por la contraprestación de un servicio como por el uso de bienes nacionales de uso público dando origen a una concesión o permiso, igualmente estamos frente a especies de tributos siendo aplicables a su respecto los principios constitucionales que dicen relación con éstos, particularmente el principio de legalidad tributaria, que es la consecuencia más importante para efectos del juzgamiento que hoy enfrenta el Tribunal Constitucional;

8°. Que el mismo voto de minoría recaído en la sentencia Rol N<sup>º</sup> 1.034 precisó que “*el principio de reserva legal en materia tributaria emana de lo dispuesto en el artículo 19 N<sup>º</sup> 20 de la Constitución Política, que asegura a todas las personas, en su inciso primero, “la igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley.” A su turno, las leyes que recaen sobre esta materia sólo pueden ser de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, debiendo tener su origen en la Cámara de Diputados, en los términos que establece el artículo 65 de la Carta Fundamental. Adicionalmente, se trata de una materia en que no cabe la delegación de facultades al Presidente de la República, como lo ordena el artículo 64 de la misma.*” (Considerando 3°);

9°. Que este Tribunal Constitucional ha precisado el alcance del principio de la reserva legal en materia de tributos o de legalidad tributaria

explicando que “*la ley es la norma jurídica llamada a determinar los elementos esenciales que configuran la obligación tributaria, cuales son el hecho gravado, la base imponible, el sujeto obligado y la tasa o cuantía del tributo a aplicar.*” (STC Rol N° 822, c. quinto). También ha señalado que “*los elementos esenciales de la obligación tributaria deben quedar fijados suficientemente en la ley, no pudiendo efectuarse remisiones vagas y genéricas a la potestad reglamentaria de ejecución.*” (STC Rol N° 718, c. decimoctavo). Ha puntualizado, finalmente, que “*la potestad reglamentaria sólo puede estar referida a “situaciones de detalle técnico”*” (Ibíd., c. trigesimoprimer);

**10°.** Que, al tenor de estas consideraciones, los derechos municipales –en cuanto especies del género “tributos”– quedan afectos al principio de legalidad tributaria en los términos que se han recordado. No se trata de cuestionar su constitucionalidad en abstracto, lo que no sería propio de un juicio de inaplicabilidad como el de autos, sino que de sostener que, en cuanto “especie” del género “tributos”, deben respetar el principio de legalidad tributaria, estándar constitucional que no admite distinciones entre los distintos tipos o clases de tributos.

La sentencia recaída en el Rol N° 1.034 agrega una consideración adicional que avala este aserto. Señala, en efecto, que “*los derechos municipales que el impugnado artículo 42 de la Ley de Rentas Municipales autoriza a determinar mediante ordenanzas locales deben estar previstos por una norma de rango legal, por así exigirlo el artículo 122 constitucional, que habla de “los ingresos que directamente se les confieran por la ley” a los municipios.*” La aludida sentencia agrega, no obstante, que la exigencia de legalidad, en este caso, no es ni podría ser la misma que para un tributo, pues se alteraría la necesaria autonomía municipal y los derechos municipales se harían inoperantes si cada uno de ellos debiera fijarse minuciosamente en una ley general (c. decimosegundo);

**11°.** Que, según nuestro parecer, el matiz antes recordado carece de fundamento real. Primero, porque supone negar que los derechos municipales son una especie de tributos en contra de la intención del Constituyente reflejada con claridad en parte de la historia del establecimiento del artículo 19, N° 20°, de la Constitución. No se trata, entonces, de que por no existir una contraprestación de parte del Municipio, tales derechos “*se transformen*” en tributos, en circunstancia que siempre han tenido esa naturaleza en la Constitución que nos rige. Segundo, porque si bien la autonomía municipal tiene consagración expresa en el artículo 118 de la Constitución, no puede erigirse en un supra principio constitucional que se superponga, incluso, a los límites a que está afecto el propio legislador en resguardo de los derechos fundamentales de los contribuyentes. Lo contrario importaría afirmar que existe un parámetro muy alto de exigencia para el legislador, pero que el administrador podría vulnerar impunemente los derechos fundamentales.

La afirmación que precede no se ve desvirtuada por lo afirmado en el inciso final del artículo 19, N<sup>º</sup> 20<sup>º</sup>, de la Carta Fundamental, que faculta al legislador para autorizar que determinados tributos que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación local, puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades comunales para el financiamiento de obras de desarrollo local. Se trata de una excepción al principio de no afectación de los tributos –consagrado en el inciso tercero de dicha norma constitucional– que exige, en todo caso, que sea el legislador quien autorice estas destinaciones especiales en un contexto amplio de favorecer la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las comunas, como ordena el inciso tercero del artículo 3<sup>º</sup> de la Ley Suprema;

**12<sup>º</sup>.** Que en las consideraciones que siguen nos haremos cargo de la eventual infracción del principio de legalidad tributaria denunciada en estos autos constitucionales, así como de la procedencia de cobrar derechos municipales por la instalación de propaganda que puede ser vista u oída desde la vía pública;

## **2. Infracción al principio de legalidad tributaria**

**13<sup>º</sup>.** Que el artículo 41, N<sup>º</sup> 5, del D.L. N<sup>º</sup> 3.063, de 1979, sobre Rentas Municipales, remite a una Ordenanza Local la determinación del valor de los derechos correspondientes a los permisos para la instalación de publicidad que sea vista u oída desde la vía pública.

El artículo 42 del mismo cuerpo legal confía asimismo a ordenanzas locales la determinación de los derechos correspondientes a servicios, concesiones o permisos cuyas tasas no estén fijadas en la ley o que no se encuentren considerados específicamente en el artículo anterior o relativos a nuevos servicios que se creen por las municipalidades. Igual procedimiento se aplicará para la modificación o supresión de las tasas en los casos que proceda;

**14<sup>º</sup>.** Que, tal como se afirmó en el voto disidente de la sentencia Rol N<sup>º</sup> 1.034, “*resulta contraria a la Constitución Política la circunstancia de que la ley otorgue a la autoridad administrativa facultades discrecionales o genéricas para la regulación de los elementos esenciales de la obligación tributaria. Lo dicho se aplica con mayor razón respecto de ordenanzas municipales, normas no sólo de carácter infralegal sino que incluso de menor jerarquía que las emanadas de la propia potestad reglamentaria presidencial (considerando cuarto).*”

Los cuestionados artículos 41, N<sup>º</sup> 5, y 42 del D.L. N<sup>º</sup> 3.063, de 1979, confían a las ordenanzas locales la determinación de los derechos que las Municipalidades –en este caso, la de Talcahuano– cobren por los permisos para la instalación de publicidad en la vía pública, o que sea vista u oída desde la misma o de aquellos derechos cuyas tasas no estén fijadas

en la ley o que no se encuentren considerados entre los ya mencionados o relativos a nuevos servicios que se creen por las municipalidades;

**15°.** Que el encargo que las referidas normas efectúan a las ordenanzas locales no satisface el estándar constitucional, pues los elementos básicos de la obligación tributaria no están determinados por la normativa legal que sólo se limita a indicar que el valor correspondiente a este tipo de permisos se pagará anualmente y que los municipios no podrán cobrar por tales permisos, cuando se trata de publicidad que sólo dé a conocer el giro de un establecimiento y se encuentre adosada a la o las edificaciones donde se realiza la actividad propia del giro;

**16°.** Que la constatación efectuada precedentemente es corroborada en el Informe en Derecho del profesor Enrique Navarro, acompañado a estos autos, donde se lee que *“al tenor de la aludida normativa (las normas impugnadas de la Ley de Rentas Municipales) será en definitiva la Municipalidad la que determine la tasa imponible y su cuantía, sin que exista parámetro alguno fijado al efecto por el legislador.”* (Fojas 368),

**17°.** Que lo expresado es suficiente, a juicio de esta Ministra previniente, para afirmar que la aplicación de los artículos 41, N° 5, y 42, incisos primero y segundo, del D.L. N° 3.063, en la gestión judicial de que conoce la Corte de Apelaciones de Concepción, resulta inconstitucional en la medida que se vulnera el principio de legalidad tributaria consagrado en los artículos 63, N°s 2° y 14°, 65, inciso cuarto, N° 1, y 19, N° 20°, de la Constitución Política;

### **3. Procedencia del cobro de derechos municipales por permisos para la instalación de publicidad que sea vista u oída desde la vía pública**

**18°.** Que el artículo 41, N° 5°, del D.L. N° 3.063, de 1979, impugnado en estos autos, autoriza a las Municipalidades para cobrar derechos por *“los permisos que se otorgan para la instalación de publicidad en la vía pública, o que sea vista u oída desde la misma, en conformidad a la Ordenanza Local de Propaganda y Publicidad.”*

Los actos tachados de arbitrarios e ilegales en el recurso de protección que constituye la gestión pendiente en estos autos son los correos electrónicos emanados del Departamento de Rentas y Patentes de la Municipalidad de Talcahuano por los cuales se cobra a la empresa CBS Outdoor Chile S.A. derechos de publicidad y propaganda por el letrero publicitario no luminoso ubicado en calle Colón N° 3480 de la comuna de Talcahuano, todo ello en base a lo dispuesto en la Ordenanza de Derechos Municipales dictada en ejercicio de lo señalado en el aludido artículo 41, N° 5, de la Ley de Rentas Municipales;

**19°.** Que el fundamento de la normativa contenida en el aludido decreto ley, que permite a las Municipalidades cobrar derechos, en base a lo



dispuesto en el artículo 41, N<sup>º</sup> 5, del mismo se encuentra, por una parte, en lo previsto en el artículo 5<sup>º</sup>, letra c), de la Ley N<sup>º</sup> 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, que precisa: “*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 (...).*” Asimismo, en la letra e) de la misma norma que establece, como atribución esencial de las Municipalidades: “*Establecer derechos por los servicios que presten y por los permisos y concesiones que otorguen.*”

**20º.** Que, de esta forma, derechos que cobran las Municipalidades en virtud de las normas que se vienen recordando tienen su origen en una contraprestación que otorga el Municipio (“*los servicios que presten*”) o en el uso de bienes nacionales de uso público;

**21º.** Que la jurisprudencia judicial y administrativa ha sido uniforme en manifestar la improcedencia del cobro de derechos por parte de las Municipalidades cuando, como en la especie, no existe una contraprestación correlativa por parte del órgano de administración local.

Así, la Contraloría General de la República ha recordado, en el Dictamen N<sup>º</sup> 19.243, del año 2006, que en la historia fidedigna de la Ley N<sup>º</sup> 20.033, se tuvo especialmente en cuenta los fallos de los Tribunales de Justicia que se habían pronunciado en contra de reconocer a las municipalidades la posibilidad de cobrar derechos municipales por publicidad instalada en bienes particulares –como ocurre en la especie– atendida la ausencia de una contraprestación por parte de los municipios. Agregó que, conforme a esa misma jurisprudencia, no procede sostener que la contraprestación de los derechos de publicidad sea la revisión e inspección continua de las referidas instalaciones, por cuanto esas labores específicas se encuentran comprendidas, acorde con la mencionada modificación a la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones y con el artículo 130 de la ley del ramo, en los derechos de obras que se deben pagar por efectuar la instalación de la publicidad tanto en la vía pública como en propiedades particulares (Dictamen N<sup>º</sup> 20.082, de 2007);

**22º.** Que la jurisprudencia que se ha recordado tiene como trasfondo las modificaciones que se han ido introduciendo al artículo 41, N<sup>º</sup> 5, de la Ley de Rentas Municipales y que fueron detalladas por el abogado de la parte requirente en estrados.

En síntesis, se recordó que la norma actual tiene su origen en el artículo 42, N<sup>º</sup> 5, original del mencionado cuerpo legal que permitía cobrar derechos de publicidad respecto a la propaganda que sea vista y oída desde la vía pública, pero limitando la discrecionalidad administrativa en la fijación de la cuantía de tales derechos mediante la imposición de tasas

mínimas y máximas dependiendo de la cantidad de metros cuadrados que ocuparan.

En consecuencia, desde el punto de vista del principio de legalidad tributaria, dicha norma satisfacía el estándar constitucional al fijar, en la ley, las bases conforme a las cuales se podían ejercer las potestades administrativas de cobro de los derechos respectivos;

**23°.** Que la norma original mencionada fue modificada por la Ley N° 18.091, que “*Establece normas complementarias de incidencia presupuestaria, de personal y de administración financiera*”, que eliminó los límites previamente establecidos para el ejercicio discrecional de las potestades municipales.

Bajo esa nueva normativa la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema, y que la requirente ha invocado en estos autos, fue consistente en señalar que las Municipalidades no podían asilarse en su facultad de administrar bienes nacionales de uso público para cobrar derechos por propaganda que pueda ser vista u oída desde las vías públicas, en la medida que se trataba de propaganda caminera, esto es, letreros y avisos emplazados en propiedades particulares, en virtud de contratos celebrados entre los dueños de estas últimas y las respectivas empresas que se promueven de esta manera, o las empresas de publicidad, no pudiendo los municipios obtener beneficios de una situación que les era totalmente ajena y en la cual no les ha cabido ninguna intervención. Adicionalmente, la Corte Suprema añadió que se ha establecido una tasa sin que la Municipalidad entregue el correspondiente servicio, permiso o concesión, como ocurre con los derechos municipales que conllevan siempre una contraprestación.

De esta forma, la modificación introducida al artículo 41, N° 5, de la Ley de Rentas Municipales no solamente configuró una inconstitucionalidad desde el punto de vista de su contravención con el principio de legalidad tributaria sino que, además, una afectación a los derechos a la libre iniciativa económica de los particulares y al derecho de propiedad privada, asegurados en el artículo 19, N°s 21°, y 24°, respectivamente;

**24°.** Que un juicio de constitucionalidad como el que se ha planteado a esta Magistratura exige tener presente las distintas consecuencias que puede acarrear una sentencia estimatoria de inaplicabilidad aún en el caso concreto de que se trata.

Bajo este punto de vista, no es ajeno a nuestra consideración que los derechos que cobran las Municipalidades en virtud de las normas que han sido impugnadas en el requerimiento de autos constituyen una fuente de recursos no despreciable desde el punto de vista de su presupuesto.

Sin embargo, no debe perderse de vista el hecho de que el Estado –y, por cierto, los órganos que los conforman– promueven el bien común, con “*pleno respeto a los derechos y garantías*” que la Constitución asegura a todas las personas, tal como reza el inciso tercero del artículo 1° de la

Carta Fundamental. He aquí, por lo demás, el objetivo inicial de todo el proceso constitucionalista que se inicia a partir del siglo XVIII y que consiste en la limitación del poder en beneficio de los derechos y libertades de las personas.

Así, el ejercicio de la potestad tributaria del Estado, a través de la cual éste allega los recursos indispensables para su desenvolvimiento, le permite imponer cargas a los particulares que se traducen en la imposición de diversos tipos de tributos como es el caso de los derechos que la ley facultada a las Municipalidades a cobrar.

Con todo, el ejercicio de dicha facultad municipal debe respetar el principio de legalidad tributaria, en la medida que los derechos son una especie dentro de los tributos, lo que impide la delegación amplia e ilimitada a las ordenanzas locales.

Por su parte, tratándose de derechos, la ley ha de respetar su naturaleza propia, esto es, que el cobro que efectúa la Municipalidad se funde en una contraprestación que entrega el Municipio o en el permiso o concesión para ejercer el uso de un bien nacional de uso público;

25°. Que ninguna de las exigencias anotadas en los dos párrafos precedentes se cumple en el cobro que ha efectuado la Municipalidad de Talcahuano a la empresa CBS Outdoor Chile S.A., por la instalación de un letrero publicitario en propiedad privada de esa comuna, pues el cobro se ha efectuado en base a valores fijados en la respectiva Ordenanza Local y, además, no se aprecia cómo el hecho de que la propaganda pueda *“ser vista u oída desde la vía pública”* tendría la virtud para afectar concretamente un bien nacional de uso público, lesionando, sin lugar a dudas, el derecho a la libre iniciativa en materia económica y el derecho de propiedad privada.

Redactaron el voto por acoger los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto y Juan José Romero Guzmán, y el voto por rechazar, el Ministro señor Carlos Carmona Santander. Redactó la prevención, su autora.

Notifíquese, comuníquese, regístrese y archívese.

### **Rol N<sup>º</sup> 2.332-2012**

Se certifica que los Ministros señores Francisco Fernández Fredes y Juan José Romero Guzmán concurrieron al acuerdo y al fallo, pero no firman por encontrarse haciendo uso de licencia médica.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora Marisol Peña Torres, y los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino, Juan José

Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

## ROL N° 2.333-2012

### REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 5° TRANSITORIO, INCISOS TERCERO Y CUARTO, DE LA LEY N° 19.585, DEDUCIDO POR ANDREA MALDONADO ILLANES, JUEZ TITULAR DEL TRIBUNAL DE FAMILIA DE COYHAIQUE

Santiago, once de junio de dos mil trece.

#### VISTO:

Mediante Oficio N° 4.782-2012, de fecha 26 de septiembre del año 2012, recepcionado por esta Magistratura con fecha 17 de octubre del mismo año y precisado mediante Oficio N° 5485, de fecha 9 de noviembre de ese año, la Jueza Titular del Juzgado de Familia de Coyhaique, Andrea Maldonado Illanes, ha requerido de este Tribunal la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los incisos tercero y cuarto del artículo 5° transitorio de la Ley N° 19.585, en el marco de la demanda de reclamación de paternidad caratulada “Emilio Sigifredo Lagos Olivares con Carlos Narciso Lagos Cadagán y otros”, RIT C-439-2012, RUC 12-2-0285053-5, que se encuentra con audiencia de juicio pendiente ante ese Tribunal, solicitando asimismo, si se estima, se decrete la suspensión del procedimiento en dicha gestión.

En cuanto a la gestión pendiente, de los antecedentes acompañados al oficio se desprende que en audiencia de fecha 26 de septiembre del año 2012, la jueza requirente procedió a dictar la resolución en que funda el presente requerimiento, la que, en el considerando primero, expone que con fecha 24 de julio del año 2012 se inició el proceso antes individualizado, por demanda de filiación interpuesta por don Emilio Sigifredo Lagos Olivares en contra de los hijos y la viuda de don Sigifredo Lagos Cedas, fallecido el 30 de mayo de 1995, a fin de que se le reconozca la calidad de hijo respecto de este último.

En el motivo segundo, la resolución en cuestión señala que con fecha 29 de agosto del año 2012 se llevó a cabo la audiencia preparatoria de

juicio, en la que el demandante ratificó su demanda y los demandados contestaron verbalmente, expresando, en lo pertinente, en síntesis, que ésta debía ser rechazada, por dos razones: en primer término, por haber prescrito la acción de filiación, de conformidad con el inciso tercero del artículo 5<sup>º</sup> transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 19.585, de 26 de octubre de 1998, que establece que “...no podrá reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley”; lo anterior, en razón de que el supuesto padre falleció el 30 de mayo de 1995, situación que impide al demandante deducir su acción en contra de los demandados, porque su derecho –si es que lo tuvo– se encuentra prescrito, sosteniendo, adicionalmente, que el inciso cuarto de la misma norma citada dispone que el plazo para reclamar la filiación respecto de personas fallecidas con anterioridad es de un año contado desde la entrada en vigencia de la ley, acción que no se ejercitó, por lo que corresponde desestimar la actual acción de reclamación de filiación.

En cuanto al conflicto de constitucionalidad que se somete a la decisión de esta Magistratura, la jueza requirente sostiene que las normas impugnadas serían contrarias a la garantía de la igualdad ante la ley, que asegura a toda persona la Constitución Política de la República en el artículo 19, numeral 2<sup>º</sup>, y también vulnerarían lo dispuesto en el artículo 5<sup>º</sup> de la misma Ley Fundamental, toda vez que estima que una interpretación estricta de las normas de los incisos tercero y cuarto del artículo 5<sup>º</sup> transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 19.585, invocadas por los demandados, conduciría a concluir, en la especie, atendida la circunstancia de que el padre falleció con anterioridad a la entrada en vigencia de aquélla, que los presuntos hijos no podrían accionar o sólo podrían hacerlo en el plazo de un año contado desde la entrada en vigencia de la ley, lo que no ocurrió en el caso *sub lite*.

Hace presente que, de conformidad con los artículos 195, 205 y 317 del Código Civil, el demandante estaría legitimado activamente para impetrar la acción de reclamación, que es imprescriptible; y, por su parte, los demandados, que son herederos del presunto padre, son legítimos contradictores en esta acción de filiación; sin embargo, las normas impugnadas vedan absolutamente al actor la posibilidad de iniciar una acción de reclamación, no obstante la imprescriptibilidad reseñada y el hecho de que se encuentren salvaguardados los efectos patrimoniales, ya que de conformidad con el inciso final del aludido artículo 5<sup>º</sup> transitorio no pueden perjudicarse los derechos adquiridos con anterioridad por terceros.

En consecuencia, sostiene que el inciso tercero del artículo 5<sup>º</sup> transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 19.585 es inconstitucional porque es una norma prohibitiva que impide de manera absoluta reclamar la paternidad de personas fallecidas antes de su entrada en vigencia, y el inciso cuarto de la misma norma sólo permite iniciar la acción de los artículos 206 y 207 del Código

Civil dentro del plazo de un año, contado desde la entrada en vigencia de la ley, siempre que no haya habido sentencia judicial ejecutoriada que rechace la pretensión de paternidad o maternidad, hipótesis que tampoco cabe aplicar en el caso, lo que atenta contra el derecho constitucional de identidad, derecho esencial que emana de la naturaleza humana.

Estima que se infringe el artículo 5° de la Carta Política por cuanto la Ley N° 19.585, que modificó el sistema filiativo chileno, encontró sus principios inspiradores no sólo en las normas constitucionales, sino también en los tratados internacionales sobre derechos humanos que se han incorporado a la legislación interna en virtud de dicha norma y que tienen rango constitucional, entre los cuales menciona el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención de los Derechos del Niño. Aduce que el juez debe dar aplicación no sólo a la Ley N° 19.585 de manera aislada, sino que en concordancia y conforme a las normas constitucionales y de tratados ratificados por Chile.

En relación con el derecho a la identidad, señala que doctrinariamente se entiende por tal aquel derecho personalísimo del que goza todo ser humano a ser uno mismo, en su compleja y múltiple diversidad de aspectos, alcanzando de esta forma su propia identidad (concepto elaborado por don Eduardo Molina y doña Lidia Viggiola en una ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derechos y Garantías en el Siglo XXI, realizada en Buenos Aires en el año 1999).

Precisa también que sea que se estime este derecho como autónomo o dependiente de la dignidad de las personas, encontrándose contemplado de manera expresa o tácita en diversos tratados internacionales relativos a derechos humanos, goza de rango constitucional, debiendo tener una efectiva protección jurídica.

En cuanto a la contravención al artículo 19, N° 2°, de la Constitución, indica que la normativa impugnada establece una discriminación entre los presuntos hijos de padres fallecidos para demandar su filiación, considerando sólo el momento del fallecimiento del presunto padre. Agrega que sobre la materia existe una sentencia de este Tribunal dictada en el requerimiento Rol N° 1.537.

De lo anterior, plantea, se desprende una diferencia de trato entre personas que se encuentran en situación similar, la que estima arbitraria, siendo, en consecuencia, la normativa impugnada contraria a la Constitución, toda vez que no cumple la finalidad que tuvo en vista el legislador, que es el conocimiento del origen o la verdad biológica de toda persona, con lo que no es idónea para alcanzar el fin expresado, sacrificándose con ello el pleno respeto a los derechos de identidad y a obtener la verdad biológica.

Reitera que ni siquiera podría esgrimirse que el obstáculo para accionar dice relación con la protección del patrimonio de los herederos, por cuanto ello se encuentra resguardado en los artículos 195 del Código Civil e inciso final del artículo 5<sup>º</sup> transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 19.585, rigiendo al respecto las reglas generales de prescripción extintiva.

Agrega que la exigencia más importante del derecho a la igualdad es que nadie pueda ser tratado mejor que otro antes de dar para ello razones suficientes, lo que se denomina igualdad de consideración, y que consultada la historia fidedigna de la Ley de Filiación, en relación con las normas cuestionadas, no es posible determinar los bienes jurídicos que el legislador quiso proteger al introducir un evidente trato desigual entre presuntos hijos de padres fallecidos y, en relación con el artículo 5<sup>º</sup> transitorio, se menciona que las razones que se tuvieron presentes para prohibir o limitar el ejercicio de acciones de filiación de los hijos cuyos padres hubieren fallecido con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, estaban referidas a mantener la paz social, la certeza jurídica y el honor del difunto que no se puede defender; razones que no son suficientes para obstaculizar los derechos fundamentales a la igualdad e identidad que asisten a toda persona.

Por resolución de fecha 27 de noviembre de 2012, escrita a fojas 30 y siguientes, la Segunda Sala de esta Magistratura admitió a tramitación el requerimiento y decretó la suspensión del procedimiento en que incide; y posteriormente lo declaró admisible por resolución de 20 de diciembre del mismo año, escrita a fojas 41 y siguientes.

Pasados los autos al Pleno, por resolución de fecha 27 de diciembre del año 2012, escrita a fojas 48 y siguiente, el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, ordenó practicar las comunicaciones pertinentes a los órganos constitucionales interesados y a las partes de la gestión pendiente, evacuándolo solamente el apoderado de los demandados con fecha 17 de enero del año en curso, solicitando el rechazo del requerimiento, a cuyo efecto señala que el cuestionamiento de constitucionalidad que plantea la jueza parecería aceptable tratándose de un niño, niña o adolescente, pero en la especie cabe preguntarse si resulta aplicable la Convención de los Derechos del Niño a una persona que frisa los 50 años.

Sostiene que el derecho debe dar certezas y seguridades, en razón de lo que se justifica que la ley establezca plazos; y expone que la Ley de Filiación fue producto de un intenso debate y, en consecuencia, no es fruto del capricho o mera arbitrariedad del legislador, de lo que concluye que no hay afectación constitucional.

Agrega que el actor demandó con el confesado propósito de acceder a ciertos bienes.

Por resolución de fecha 23 de enero de 2013, escrita a fojas 61, se ordenó traer los autos en relación y se ordenó agregar la causa al Rol de

Asuntos en Estado de Tabla; con fecha 30 de mayo del mismo año se llevó a efecto la vista de la causa y, atendido que no se anunciaron abogados para alegar, previa la relación correspondiente, la causa quedó en estado de acuerdo.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.** Que el artículo 93, inciso primero, N° 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*”;

**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 Jueza Titular del Juzgado de Familia de Coyhaique, Andrea Maldonado Illanes, ha deducido un requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 5° transitorio, incisos tercero y cuarto, de la Ley N° 19.585, en la causa seguida por investigación/reclamación de paternidad, caratulada “Emilio Sigifredo Lagos Olivares con Carlos Narciso Lagos Cadagán y otros”, RIT C-439-2012, RUC 12-2-0285053-5, de que conoce actualmente ese tribunal. Ésta es precisamente la gestión pendiente que autoriza a plantear la presente cuestión de inaplicabilidad;

**CUARTO.** Que el requerimiento aludido precedentemente tiene su fundamento en la resolución adoptada, con fecha 26 de septiembre de 2012, por la jueza de familia requirente, que rola a fojas 20 y siguientes, y complementada por Oficio N° 5.485, de 9 de noviembre de 2012 (fojas 29), que, en síntesis, sostiene que en la causa ya individualizada se ha deducido una demanda de reclamación de paternidad por don Emilio Sigifredo Lagos Olivares en contra de don Carlos Narciso Lagos Cadagán, Sigifredo Eloy Lagos Cadagán, Fabián Eliecer Lagos Cadagán y Elicia Cadagán Cadagán, en su calidad de hijos y viuda, respectivamente, de don Sigifredo Lagos Cedas –fallecido el 30 de mayo de 1995–, de quien el demandante sostiene ser hijo por poseer en forma notoria dicha calidad de un modo irrefragable.

Añade dicha magistrada que las normas invocadas por los demandados al contestar la demanda solicitando su rechazo –el artículo 5° tran-



sitorio, incisos tercero y cuarto, de la Ley N<sup>º</sup> 19.585–, interpretadas de manera estricta, conducirían a concluir que, en la especie, atendida la circunstancia de que el presunto padre falleció con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N<sup>º</sup> 19.585, de 26 de octubre de 1998, los presuntos hijos derechamente no podrían accionar o sólo podrían hacerlo en el plazo de un año contado desde la entrada en vigencia de dicha ley, plazo que se encuentra cumplido en la causa *sub-lite*. Así, la aplicación del precepto impugnado, en la gestión de que se trata, vedaría la posibilidad de que la acción de reclamación de paternidad deducida por el actor pueda prosperar, no obstante que el artículo 195 del Código Civil consagra la imprescriptibilidad de estas acciones, dejando, al mismo tiempo, salvaguardados los efectos patrimoniales, toda vez que no se puede perjudicar derechos adquiridos con anterioridad por terceros (inciso final del artículo 5<sup>º</sup> transitorio). (Fojas 20 vuelta);

**QUINTO.** Que el precepto legal impugnado en estos autos dispone:

**Artículo 5<sup>º</sup> transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 19.585:**

*“Los plazos para impugnar, desconocer o reclamar la filiación, paternidad o maternidad, o para repudiar un reconocimiento o legitimación por subsiguiente matrimonio, que hubieren comenzado a correr conforme a las disposiciones que esta ley deroga o modifica, se sujetarán en su duración a aquellas disposiciones, pero la titularidad y la forma en que deben ejercerse esas acciones o derechos se regirá por la presente ley.*

*Los plazos a que se refiere el inciso anterior que no hubieren comenzado a correr, aunque digan relación con hijos nacidos con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, se ajustarán a la nueva legislación.*

**No obstante, no podrá reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.**

***Pero podrán interponerse las acciones contempladas en los artículos 206 y 207 del Código Civil dentro del plazo de un año, contado desde la entrada en vigencia de la presente ley, siempre que no haya habido sentencia judicial ejecutoriada que rechace la pretensión de paternidad o maternidad. En este caso, la declaración de paternidad o maternidad producirá efectos patrimoniales a futuro y no podrá perjudicar derechos adquiridos con anterioridad por terceros.”;***

**SEXTO.** Que, precisando el conflicto constitucional sometido a la decisión de esta Magistratura, la jueza requirente plantea que la aplicación de los incisos tercero y cuarto del artículo 5<sup>º</sup> transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 19.585, en la causa de reclamación de filiación de que se trata, infringiría, en primer término, el artículo 5<sup>º</sup> de la Carta Fundamental, en relación con diversos tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, a saber, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2 N<sup>º</sup> 1, 24, N<sup>º</sup> 1 y 26); el Pacto Internacional de

Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2, Nº 1 y 10); la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 1, 17, Nº 5 y 24) y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 1, 3, Nº 1, 7, Nº 1 y 8, párrafo 1). A juicio de la magistrada requirente, la Ley Nº 19.585, que modificó el sistema filiativo chileno, se basó no sólo en las normas constitucionales sino que en los tratados internacionales que se han incorporado a la legislación interna, de todos los cuales derivó sus principios inspiradores: a) la igualdad de los seres humanos, b) la supremacía del interés superior del niño y c) el derecho a la identidad de toda persona, principios que, en su concepto, deben guiar la interpretación judicial. Refiriéndose a este último derecho sostiene que “goza de rango constitucional”, de modo que la inconstitucionalidad se configura precisamente, en este caso, porque al impedir el precepto legal impugnado el reclamo de la paternidad de personas fallecidas antes de la entrada en vigencia de la Ley Nº 19.585, se veda de forma absoluta la posibilidad del actor de ejercer su derecho a la identidad;

**SÉPTIMO.** Que, en segundo término, la jueza Maldonado plantea que la aplicación de los incisos tercero y cuarto del artículo 5º transitorio de la Ley Nº 19.585, en la gestión de reclamación de paternidad de que conoce, vulnera el derecho a la igualdad ante la ley asegurado en el artículo 19, Nº 2º, de la Carta Fundamental, debido a que introduce una diferencia de trato, que estima arbitraria, entre personas que se encuentran en una situación similar: quienes reclaman su paternidad. Según postula, la diferencia entre los que pueden reclamar su estado civil de hijo, dependiendo de si el padre fallece antes o después de una fecha determinada, no parece razonable, entendiéndose que el fin es el mismo en ambos casos: determinar la verdad biológica o real de una persona;

**OCTAVO.** Que, traídos los autos en relación y terminada la vista de la causa, se procedió a votar el acuerdo respectivo, produciéndose empate de votos, con lo cual, atendido el quórum exigido por la Carta Fundamental para acoger esta clase de requerimientos y teniendo en cuenta que, por mandato de la letra g) del artículo 8º de la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal, el voto del Presidente no dirime un empate en estos casos, se tuvo por desechado el requerimiento, por no haberse alcanzado el quórum constitucional necesario para ser acogido.

## I

### VOTO POR ACOGER EL REQUERIMIENTO

**Los Ministros señor Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Gonzalo García Pino y Juan José Romero Guzmán estuvieron por acoger el requerimiento de autos, por las razones que se consignan a continuación:**

## 1. Cuestión previa

1°. Que para abocarse al juzgamiento que seguirá a continuación, los Ministros que suscriben este voto aprecian que no se ha sometido a la decisión del Tribunal Constitucional 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 (STC roles N<sup>OS</sup> 1.700, 1.772, 1.781, 1.794, 1.830, 1.832, 1.839, 1.860 y 2.215, entre otros).

Por el contrario, de lo que se trata es de resolver una duda de constitucionalidad que a la jueza que ha de fallar 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. De hecho, la jueza requirente invoca –en apoyo de su acción– la sentencia de este Tribunal recaída en el Rol N<sup>º</sup> 1.537, de 1<sup>º</sup> de septiembre de 2011, que acogió una acción de inaplicabilidad deducida contra los mismos preceptos impugnados en esta ocasión, por el Juez de Familia de Pudahuel;

## 2. Infracción al artículo 5<sup>º</sup>, inciso segundo, de la Constitución Política

2°. Que, en la presente causa, la jueza requirente ha impugnado los incisos tercero y cuarto del artículo 5<sup>º</sup> transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 19.585, sosteniendo que su aplicación, en el juicio de reclamación de paternidad que sustancia, vulneraría el artículo 5<sup>º</sup> de la Constitución Política, en relación con los artículos 2, N<sup>º</sup> 1, 24, N<sup>º</sup> 1, y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 2, N<sup>º</sup> 1, y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículos 1, 17, N<sup>º</sup> 5, y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículos 1, 3, N<sup>º</sup> 1, 7, N<sup>º</sup> 1, y 8, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño, de todos los cuales se deriva el derecho a la identidad como un derecho esencial que emana de la naturaleza humana;

3°. Que, en relación con esta impugnación, esta Magistratura ha precisado que la reclamación de la filiación constituye un derecho, tal y como se desprende del artículo 195 del Código Civil, toda vez que dicha norma expresa, en su inciso segundo: “*El derecho de reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable (...)*.” (STC roles N<sup>OS</sup> 1.340 y 2.215).

Así, la reclamación de la filiación constituye un derecho desde la perspectiva de posibilitar el legítimo ejercicio de las facultades que conlleva tal calidad. Pero, también, constituye un derecho desde el momento en que permite acceder a la verdad biológica y, por ende, concretar el derecho a la identidad personal que esta Magistratura ha definido como aquel que

“implica la posibilidad de que toda persona pueda ser ella misma y no otra, lo que se traduce en que tiene derecho a ser inscrita inmediatamente después de que nace, a tener un nombre desde dicho momento y, en la medida de lo posible, a ser cuidada por ellos”. Ha agregado que “la estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana es innegable, pues la dignidad sólo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar al reconocimiento social que merece.” (STC Rol N° 1.340, c. décimo). El derecho a la identidad personal recae, en todo caso, “sobre la posibilidad de desarrollar una investigación y no sobre la obtención de un resultado concreto.” (Turner, Susan. El derecho a la identidad como derivación constitucional. Análisis de la jurisprudencia constitucional alemana. En: Juan Carlos Ferrada B. (coordinador). La constitucionalización del derecho chileno. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 122).

Ciertamente esta perspectiva asumida por el Tribunal Constitucional chileno en la sentencia aludida no es original, pues el Tribunal Constitucional alemán ha entendido que el derecho del niño a conocer su origen biológico se desprende del derecho al libre desarrollo de la personalidad, es decir, del artículo 2º, inciso primero, de la Constitución alemana, que alude expresamente a este derecho, en relación con el artículo 1º, inciso primero, de la Ley Fundamental, referido a la intangibilidad de la dignidad humana. Así, el referido derecho fundamental protege la personalidad humana en su integridad y, con ello, sus elementos constitutivos específicos (Turner, ob. cit., p. 127). (Énfasis agregado).

Por su parte, la estrecha ligazón entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana, valor que sustenta todo el edificio de los derechos fundamentales en la actualidad, ha sido puesta de relieve, también, por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, que en su sentencia 01894, de 12 de marzo de 1999, ha afirmado: “la Convención sobre los Derechos del Niño, en la regulación que establece en relación con los elementos determinantes de la identidad y –en consecuencia– de la dignidad del menor, incluye el derecho que tiene a conocer quiénes son sus padres.” (Expediente 95-004850-0007, Fundamento V). (Énfasis agregado);

4º. Que, por lo demás, el carácter de derecho esencial que emana de la naturaleza humana del derecho a la identidad personal –comprometido en el ejercicio de las acciones de reclamación de la filiación– no puede ponerse en duda. Desde luego, porque este mismo Tribunal ha sostenido 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 el hecho de ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional.” (STC Rol N° 226, c. vigesimoquinto). Asimismo, porque 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, lo que no puede limitarse a la sola inscripción del nombre y apellidos de una persona en el registro correspondiente. Es por esta razón que se ha sostenido que el derecho a la identidad personal constituye un derecho implícitamente reconocido en nuestro ordenamiento constitucional en base a lo dispuesto en los artículos 1<sup>º</sup>, 5<sup>º</sup>, inciso segundo, y 19, N<sup>º</sup> 4<sup>º</sup>, de la Ley Suprema (STC Rol N<sup>º</sup> 2.215, c. vigesimoprimer del voto por acoger).

Esta misma conclusión es compartida, desde la doctrina, por la profesora Susan Turner, para quien *“el derecho a la identidad en su vertiente de conocimiento sobre la ascendencia biológica del niño, estaría entonces incorporado como derecho fundamental del niño a través del artículo 5<sup>º</sup> de la Constitución Política del Estado, sin perjuicio de formar parte del conjunto de derechos fundamentales de todo ser humano.”* (Turner. ob. cit., p. 122).

En la misma línea, el profesor Hernán Corral nos plantea: *“La pregunta ¿de dónde vengo?, ¿cuál es mi historia?, se presenta como fundamental para la construcción de una personalidad psicológicamente sana. De allí que rápidamente se haya conectado el principio de verdad biológica, como un derecho del hijo, y más específicamente, del hijo a construir su propia dignidad. El principio asume entonces la característica de un derecho humano, derecho fundamental o derecho de la personalidad tutelado por instrumentos jurídicos internacionales de alto rango: tratados internacionales y constituciones.”* (Corral, Hernán. Intereses 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);

5<sup>º</sup>. Que, en la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño indica que: *“1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con la legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.”*

El artículo 8 de la misma Convención señala, a su turno, que: *“1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecerla rápidamente.”*

Tratándose, por ende, de un derecho esencial emanado de la naturaleza humana que, además, ha sido reconocido expresamente por tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, como el que se ha recordado, constituye una obligación de todos los órganos del Estado su

respeto y promoción, según ordena el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental;

6°. Que, precisamente, en base a lo razonado, esta Magistratura ha afirmado que *“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°s 834, c. vigesimosegundo, y 1.340, c. noveno).

La conclusión recordada no puede predicarse, por cierto, sólo respecto de quienes tienen la condición de “niños”, pues este mismo Tribunal ha sostenido que la realización del valor de la justicia a través de la búsqueda de la verdad y a la promoción y respeto de un derecho que, como el que se refiere a la identidad personal, forma parte del haz de facultades reconocidas a toda persona por la Carta Fundamental, independientemente de su edad y condición (STC Rol N° 834, c. vigesimooctavo). (Énfasis agregado).

La afirmación que antecede cobra especial vigor de cara al asunto sometido al juzgamiento de esta Magistratura, pues el demandante en el proceso por reclamación de paternidad que constituye la gestión pendiente, nació en el año 1963, por lo que, claramente, no podría invocar la Convención de los Derechos del Niño en su favor, pero sí la circunstancia de atropello de un derecho esencial de toda persona que emana de su dignidad y que obliga a todos los órganos del Estado –incluidos los jueces– a respetarlo y promoverlo si la aplicación de los incisos tercero y cuarto del artículo 5° transitorio de la Ley N° 19.585 le impiden accionar en búsqueda de la determinación de su calidad de hijo de una persona ya fallecida;

7°. Que, a mayor abundamiento, la historia del debate parlamentario que dio origen a la Ley N° 19.585, reproducida en la sentencia recaída en el Rol N° 1.340, deja en evidencia que algunos legisladores visualizaron la total afectación para el derecho a la identidad personal que podría producirse en caso de establecerse limitaciones para accionar contra los herederos cuando el supuesto padre, como en el caso en examen, ha fallecido y se hace necesario dirigirse contra aquéllos (c. vigesimosexto);

8°. Que teniendo presente, entonces, la circunstancia de que el derecho a la identidad personal –reflejado en las acciones de reclamación de paternidad como la de la especie– constituye un derecho esencial que emana de la propia naturaleza humana, aun cuando no tenga reconocimiento expreso en la Carta Fundamental, y que, en ese carácter, limita el ejercicio de la soberanía, es que no puede resultar acorde con la Ley Suprema un precepto legal, como el artículo 5° transitorio de la Ley N° 19.585, cuyos incisos tercero y cuarto impiden que la acción de reclama-

ción de paternidad pueda prosperar cuando el supuesto padre ha fallecido antes de la entrada en vigencia de dicha ley y cuando, tratándose de las situaciones contempladas en los artículos 206 y 207 del Código Civil, se establece un plazo de prescripción de la respectiva acción de un año contado desde la aludida vigencia. Y ello, justamente, porque su aplicación impide del todo reconocer el lugar que una persona ocupa dentro de la sociedad, posibilidad que siempre debe estar abierta.

Es por lo antes expresado que esta Magistratura ha sostenido que:

*“En el caso del hijo que, como ocurre en la especie, está reclamando el reconocimiento de su filiación, aunque 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 (sic) que el juez estimase, precisamente, que el actor no se encuentra dentro de los supuestos contemplados en el precepto legal impugnado.”* (STC Rol N<sup>º</sup> 1.340, c. vigesimoquinto);

9°. Que el argumento anterior, desarrollado con ocasión del examen de constitucionalidad del artículo 206 del Código Civil, puede aplicarse a la limitación absoluta de accionar si el fallecimiento del supuesto padre se ha producido antes de la vigencia de la Ley N<sup>º</sup> 19.585 (inciso tercero del artículo 5° transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 19.585) y a la limitación temporal –un año desde la entrada en vigencia de la ley– (inciso cuarto del artículo 5° transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 19.585) para deducir la acción de reclamación de la paternidad a que se refiere la gestión pendiente, dado que, como se ha indicado previamente, el transcurso de dicha condición y del plazo indicado anula totalmente la posibilidad de que una persona concrete su derecho a la identidad personal conociendo, en definitiva, el lugar que ocupa dentro de la sociedad. Ello, naturalmente, en forma independiente de los efectos patrimoniales que se derivan de ese reconocimiento, pues debe reconocerse que el derecho a la identidad personal tiene dos facetas: una referida a la necesidad de conocer la verdad biológica y, otra, relacionada con las consecuencias patrimoniales derivadas de la constatación de esa verdad biológica.

Esta misma perspectiva de protección y amparo de un derecho esencial de la naturaleza humana –como es el derecho a la identidad personal– ha sido asumida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, la que, en fallo de 12 de marzo del año 1999, declaró la inconstitucionalidad del plazo de un año contenido en el artículo 95

del Código de Familia que establecía que tratándose de hijos mayores de edad, la investigación de paternidad o maternidad podría intentarse en cualquier momento en vida del padre o de la madre o, a más tardar, dentro del año siguiente a su fallecimiento. La Sala Constitucional argumentó que:

*“(...) el derecho de toda persona a saber quiénes son sus padres, como derecho fundamental (...) cuenta con una evidente dimensión procesal, a saber, la existencia de mecanismos legales que permitan a toda persona investigar la paternidad o maternidad, con el objeto de que se declare la existencia o no de un vínculo filiatorio, lo que no significa que se desconozca su aspecto sustancial.”* Agregó que *“el término de caducidad de un año establecido en el párrafo primero del artículo 95 del Código de Familia constituye un obstáculo procesal al derecho que tiene toda persona –en el caso concreto el hijo mayor de edad– de accionar para que se investigue una determinada paternidad o maternidad y se defina si existe o no un vínculo filiatorio (...). Dicho obstáculo también lesiona el aspecto sustancial de ese derecho fundamental, porque impide –sin otro motivo que la seguridad jurídica– que las personas –en la medida de lo posible– lleguen a obtener un conocimiento jurídicamente relevante para todo efecto, acerca de quién es su padre o madre.”* (Sentencia 01894, Expediente 95-004850-0007, Fundamento V);

**10°.** Que, en consecuencia, habiéndose constatado que la aplicación del artículo 5° transitorio, incisos tercero y cuarto, de la Ley N° 19.585, en la gestión que sustancia el Juzgado de Familia de Coyhaique, es contraria a lo dispuesto en el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental, los Ministros que suscriben este voto se inclinaron por acoger la inaplicabilidad de dicho precepto por este vicio de constitucionalidad;

### **3. Infracción al artículo 19, N° 2°, de la Constitución Política**

**11°.** Que, según se ha recordado, en el auto motivado que rola a fojas 20 y siguientes, la Jueza de Familia de Coyhaique ha argumentado que la aplicación de los incisos tercero y cuarto del artículo 5° transitorio de la Ley N° 19.585 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.

Aduce, en este sentido, que de la lectura de los preceptos reprochados aparece una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar, diferencia que estima arbitraria y contraria a la Constitución. Agrega que, en efecto, no existiría una razón suficiente, atendible, justificable, que permita el trato desigual entre los que pueden reclamar su estado civil de hijo, dependiendo de si el padre fallece antes o después de una fecha determinada. Así, tal diferencia no parece razonable, cuando el fin que se persigue es el mismo: determinar la verdad biológica o real de una persona (fojas 23 vuelta);



**12°.** Que, como indica la misma magistrada requirente, el precepto reprochado ha sido declarado inaplicable previamente por esta Magistratura (STC Rol N<sup>º</sup> 1.537), por resultar las limitaciones en él contenidas inconciliables con el derecho a la igualdad ante la ley (consagrado en el numeral 2° del artículo 19 constitucional);

**13°.** Que, en la misma línea de la sentencia mencionada, debe tenerse presente que la aplicación de los incisos tercero y cuarto del artículo 5° transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 19.585 a la causa *sub lite* introduce una diferencia de trato entre aquellos hijos que pueden reclamar su paternidad o maternidad en cualquier momento por estar sus supuestos padres vivos y aquellos que no pueden hacerlo por intentar la respectiva acción respecto de los supuestos progenitores ya fallecidos con anterioridad a la vigencia de dicho cuerpo legal o, en todo caso, transcurrido el plazo de un año desde la vigencia de dicha ley cuando se trata de aquellos hijos que se encuentran en los supuestos de los artículos 206 y 207 del Código Civil. Existiendo una diferencia de trato, el examen que involucra la igualdad ante la ley supone preguntarse por la razonabilidad de dicha diferencia;

**14°.** Que, desde las sentencias recaídas en los roles N<sup>os</sup> 755 y 790, de esta Magistratura, el aludido examen de razonabilidad se ha venido verificando en base a los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida diferenciadora introducida por el legislador;

**15°.** Que, en tal sentido, el examen de la historia del establecimiento del artículo 5° transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 19.585 revela que no se discutió, profundamente, en el Congreso Nacional, la necesidad de una norma como la que hoy se cuestiona.

En efecto, consta en las actas respectivas que el plazo de un año desde la vigencia de la Ley N<sup>º</sup> 19.585 para reclamar de la paternidad, como en este caso, fue introducido por una indicación parlamentaria del Senador Beltrán Urenda, durante el segundo trámite constitucional de dicho proyecto, sin que se justificara. La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado concordó con dicha propuesta, entre otras, sin tampoco añadir una justificación. (Historia de la Ley N<sup>º</sup> 19.585, p. 851).

La búsqueda de una posible respuesta a la necesidad de limitar la acción de reclamación de la filiación al plazo de un año debe situarse, en primer término, en la constatación de que se trata de una excepción a la regla general contenida en el inciso tercero del mismo artículo 5° transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 19.585, según la cual “*no podrá reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*” Así, el inciso siguiente abre la posibilidad de reclamar la paternidad siempre que se trate de las acciones consignadas en los artículos 206 y 207 del Código Civil, que contemplan un plazo de tres años para deducir las acciones respectivas desde la muerte del padre o

madre o desde la obtención de la plena capacidad del hijo, según el caso. El plazo contemplado en las aludidas normas se ve reducido a un año en virtud de lo dispuesto en el inciso final del referido artículo.

En segundo lugar, la lectura de la historia de la Ley N<sup>o</sup> 19.585 revela que existió una particular preocupación del legislador por no abrir una suerte de incertidumbre en los reconocimientos de paternidad o de maternidad en el sentido de que, en cualquier momento y sin límite de tiempo, pudiera afectarse *“la vida de los hogares ya constituidos o donde se desconoce el hecho de la existencia de un hijo.”* (Intervención del diputado Carlos Bombal durante el primer trámite constitucional, p. 285), lo que podría llegar a incidir en la necesaria *“certeza jurídica que se debe establecer en estas materias.”* (Intervención de la diputada Pía Guzmán durante el tercer trámite constitucional, p. 1260);

**16°.** Que, no obstante lo señalado, la necesidad de la norma que se analiza no aparece, en concepto de estos sentenciadores, suficientemente justificada, a la luz de los bienes jurídicos en juego. Y es que, por una parte, se trata de proteger la tranquilidad de los herederos del supuesto padre (en este caso, su viuda, y los hijos de ésta) frente al derecho que toda persona tiene de reclamar su filiación y que está expresamente reconocido en el inciso segundo del artículo 195 del Código Civil. Tal y como se encuentra redactado el artículo 5° transitorio de la Ley N<sup>o</sup> 19.585, puede aceptarse que se satisface el primero de los bienes jurídicos reseñados, pero, sin duda, el segundo de ellos no se limita simplemente sino que llega a anularse en caso de que el supuesto hijo no reclame su filiación antes de un año desde la vigencia del referido cuerpo legal;

**17°.** Que, acorde con lo expresado, no resulta idónea una diferencia de trato que llega a anular la posibilidad de ejercer un derecho esencial, como es el derecho a la identidad personal. Más aún si, como ya se argumentó previamente, la necesidad de preservar la paz y armonía familiar de los herederos, que podía verse violentada por falsas imputaciones de paternidad, podía satisfacerse, igualmente, introduciendo resguardos frente a ese tipo de demandas o asegurando que se respondiera de la mala fe empleada;

**18°.** Que, junto con la falta de necesidad y de idoneidad del artículo 5° transitorio de la Ley N<sup>o</sup> 19.585, en la parte que se cuestiona, es posible sostener, asimismo, su falta de proporcionalidad, pues, como ya se ha sostenido, la necesidad de preservar ciertos derechos –como la tranquilidad de los herederos– no puede verificarse a costa de la anulación de otros –derecho a reclamar la filiación– que revisten el carácter de esenciales a la naturaleza humana por su propia fisonomía y por su estrecho ligamen con la misma dignidad humana;

**19°.** Que, de esta forma, los autores de este voto deben concluir que la aplicación de los incisos tercero y cuarto del artículo 5° transitorio de la

Ley N<sup>º</sup> 19.585, a la gestión pendiente de que se trata, vulnera el derecho a la igualdad ante la ley asegurado en el numeral 2<sup>º</sup> del artículo 19 de la Constitución Política;

#### **4. Imposibilidad de solucionar el conflicto constitucional planteado invocando otras normas legales**

20°. Que, finalmente, quienes suscriben este voto estiman que debe descartarse la idea de que el juez de fondo pueda salvar la inconstitucionalidad constatada con la sola aplicación de otras normas del Código Civil, pues aun cuando la regla contenida en su artículo 317 –que define en términos amplios quiénes son legítimos contradictores en la cuestión de paternidad o maternidad–, unida al artículo 195 del mismo cuerpo legal –según el cual el derecho a reclamar la filiación es imprescriptible–, lleve a una solución supuestamente favorable para el supuesto hijo que no acciona dentro del plazo contemplado en el artículo 5<sup>º</sup> transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 19.585, no es menos cierto que las reglas de interpretación de la ley, previstas en los artículos 19 al 24 del mismo Código, obligan al juez a dar prevalencia a la norma especial constituida, en este caso, por los preceptos legales cuestionados;

21°. Que, encontrándose la jueza de la causa en la imposibilidad de ignorar las reglas de interpretación de la ley que se han recordado, el conflicto de constitucionalidad sometido a la decisión de este Tribunal se mantiene en términos de justificar plenamente la decisión de acoger el requerimiento.

**El Ministro señor Juan José Romero Guzmán previene que vota por acoger** el requerimiento de inaplicabilidad en virtud de las consideraciones expuestas precedentemente, con excepción de lo argumentado en los considerandos 5<sup>º</sup> y 6<sup>º</sup>.

## II

### VOTO POR RECHAZAR EL REQUERIMIENTO

**Los Ministros señores Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Domingo Hernández Emparanza y señora María Luisa Brahm Barril** estuvieron por rechazar el requerimiento, por las siguientes razones:

#### **I. LA IMPUGNACIÓN**

1°. Que se nos pide declarar inaplicables los incisos tercero y cuarto del artículo 5<sup>º</sup> transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 19.585, en el marco de una acción

de filiación interpuesta por Emilio Lagos Olivares en contra de Elicia Cadagán y Carlos, Sigisfredo y Fabián Lagos Cadagán.

En la demanda de filiación, el señor Emilio Lagos alega ser hijo natural de Sigisfredo Lagos Cedas, fallecido el 30 de mayo de 1995. La demanda se dirige contra la viuda del señor Lagos y los hijos de ese matrimonio;

2°. Que es importante tener presente que el demandante en la gestión pendiente nació en 1963. Tiene, por tanto, a la fecha 49 años. Y cuando falleció su presunto padre, en 1995, tenía 32 años;

3°. Que la norma que se impugna diseña un sistema especial y único para regular las situaciones generadas con anterioridad a su entrada en vigencia. En efecto, antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585, junto con distinguirse entre hijos legítimos e ilegítimos, una de cuyas categorías era la de hijo natural, se establecía en el artículo 272 del Código Civil que la demanda para el reconocimiento de paternidad o maternidad debía notificarse en vida del supuesto padre o madre. El artículo 5° transitorio establece como regla general que no puede reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la vigencia de esa ley, salvo que la acción la ejerzan los hijos que se encuentren en la situación de los artículos 206 y 207 del Código Civil, y lo hagan en el plazo de un año. En otras palabras, la ley permite la demanda, pero con la limitación de que se haga en un plazo. El artículo 5° transitorio de la Ley N° 19.585 establece el derecho de reclamar la filiación de padres muertos, que antes no existía. Pero otorga un plazo para hacerlo;

4°. Que las condiciones que fija el artículo 5° transitorio para que sea posible dicha demanda, son las siguientes.

En primer lugar, la demanda debió interponerse en un plazo de un año, contado desde la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585. Es decir, a más tardar el 27 de octubre de 2000.

En segundo lugar, no tiene que existir sentencia judicial ejecutoriada que rechace la pretensión de paternidad o maternidad. Con ello se impide renovar discusiones zanjadas por los tribunales. Ello lo reitera el artículo 6° transitorio de la misma ley, al señalar que *“la presente ley no alterará el efecto de cosa juzgada de la sentencia ejecutoriada con anterioridad a su entrada en vigencia”*.

En tercer lugar, es necesario que se dé la hipótesis de los artículos 206 ó 207. En consecuencia, el demandante tiene que ser hijo póstumo o hijo de padres fallecidos dentro de los 180 días siguientes al parto, o el hijo tiene que haber fallecido siendo incapaz;

5°. Que la jueza que formula el requerimiento, señora Norma Maldonado Illanes, Jueza Titular de Familia de Coyhaique, sostiene que el precepto impugnado afecta la igualdad ante la ley, la supremacía del interés superior del niño y el derecho a la identidad de toda persona;

## II. EL PRECEPTO ES CONSTITUCIONAL

6°. Que para estos Ministros no es dable considerar que este sistema sea inconstitucional. En primer lugar, porque la ley que crea un derecho, puede fijar las condiciones de su ejercicio. En este caso, se otorgó el derecho a demandar de filiación a un padre fallecido. Este derecho antes no existía. Se debía demandar en vida. Pero se lo sujetó a un plazo de un año.

Cuando falleció el presunto padre del demandante en la gestión pendiente (1995), no hubo derecho a iniciar demanda hasta que se dictó la Ley N<sup>º</sup> 19.585. Pero ahí este derecho surgió con un plazo determinado para ser ejercido.

Desde 1999, hasta que presenta su demanda, en julio de 2012, transcurrieron prácticamente trece años;

7°. Que, en segundo lugar, el artículo 5° transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 19.585 no reconoce la calidad de hijo que tenga una persona respecto de cierto padre o madre. Sólo permite un reclamo judicial, para obtener este reconocimiento. Pero el reclamo queda sujeto a un límite temporal;

8°. Que, en tercer lugar, es cierto que el artículo 195 del Código Civil establece que el derecho a reclamar la filiación es imprescriptible.

Sin embargo, éste es un derecho legal. Por lo mismo, otra norma legal, en este caso el artículo 5° transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 19.585, puede establecer reglas de caducidad.

No hay reglas en la Constitución que prohíban establecer estos plazos. Más todavía si se trata de normas que regulan la transición de un régimen a otro totalmente nuevo. Además, el artículo 19, N<sup>º</sup> 26°, de la Constitución permite al legislador avanzar en estas reglas, por la vía de la seguridad jurídica;

9°. Que, en cuarto lugar, esta regla de entablar la demanda dentro de un plazo, es parte de otra serie de medidas destinadas a consolidar situaciones que la Ley N<sup>º</sup> 19.585 estableció, sobre todo en materia patrimonial. En efecto, si bien la filiación produce efectos retroactivos a la época de la concepción del hijo, cuando queda legalmente determinada (artículo 181, Código Civil), los efectos patrimoniales quedan sometidos a las reglas de prescripción (artículo 195).

El punto no deja de ser significativo, porque en la demanda de filiación, el señor Lagos justifica su pretensión en el hecho de que, concedida la posesión efectiva a los herederos del causante, en enero de 2006 (que son los demandados en la gestión pendiente), éstos se aprontan a enajenar los bienes del haber hereditario, *“razón por lo que mi precaria situación legal provocará que cualquier expectativa en las resultas de dichas enajenaciones, sean sólo ilusorias”* (fojas 2 vta.);

10°. Que, asimismo, el artículo 5° transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 19.585 es claramente favorable. Salvo las situaciones de los artículos 206 y 207 del

Código Civil, todos los demás hijos no pueden demandar de reconocimiento de paternidad o maternidad a los padres muertos;

11°. Que, por lo demás, en el caso particular, cuando entró en vigencia la Ley N° 19.585 el demandante de la gestión pendiente tenía 32 años. En el marco de las reglas de transición de la Ley N° 19.585, tuvo un año para demandar, hasta el 27 de octubre del 2000.

De este modo, no es que el artículo 5° transitorio le haya impedido demandar. Dicha norma no lo prohibió; sólo estableció un plazo para hacerlo. Sin embargo, el demandante no ejerció ese derecho en el plazo permitido por la ley. Él era, a esa fecha, mayor de edad;

12°. Que también hay que considerar que en el marco de la legislación anterior a la impugnada, el señor Emilio Lagos pudo demandar mientras su padre estuvo vivo. En 1984 el señor Lagos cumplió 21 años de edad, que era la antigua mayoría de edad. Tuvo entre ese año y 1995, fecha de fallecimiento de su presunto padre, largos diez años para iniciar esta demanda;

13°. Que, entonces, no es que las normas impugnadas le hayan negado un derecho al señor Lagos. Él lo tuvo mientras su presunto padre vivió. Y luego de fallecer, se le concedió un nuevo derecho para demandar a sus herederos, pero con un plazo. Lo que observamos es, más bien, una omisión de su parte, que no nos corresponde calificar para determinar si se encuentra o no justificada;

14°. Que por todas esas razones, estos Ministros consideran que el requerimiento formulado contra los incisos tercero y cuarto del artículo 5° transitorio de la Ley N° 19.585, debe rechazarse.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 5°, 19, Nos 2° y 4°, y 93, incisos primero, N° 6°, y undécimo, de la Constitución Política de la República y en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

**Que, por no haberse reunido el quórum exigido por el artículo 93, numeral 6°, de la Constitución Política para acoger el requerimiento respecto de la solicitud de inaplicabilidad de los incisos tercero y cuarto del artículo 5° transitorio de la Ley N° 19.585, éste se entiende rechazado.**

Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 32, debiendo oficiarse al efecto al Juzgado de Familia de Coyhaique.

Redactaron el voto por acoger la Ministra señora Marisol Peña Torres, el voto por el rechazo, el Ministro señor Carlos Carmona Santander y la prevención, su autor.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N<sup>º</sup> 2.333-2012**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente Subrogante, Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake, y por los Ministros señora Marisol Peña Torres y señores Carlos Carmo-  
na Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

**ROL N<sup>º</sup> 2.334-2012**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 6<sup>º</sup>  
DEL D.F.L. N<sup>º</sup> 1, DE 1994, DEL MINISTERIO DE HACIENDA,  
ESTATUTO ORGÁNICO DE LA TESORERÍA GENERAL  
DE LA REPÚBLICA, DEDUCIDO POR RIGG S.A.**

Santiago, treinta y uno de octubre de dos mil doce.

Proveyendo a fojas 37: por acompañado certificado, a sus antecedentes.

**VISTO Y CONSIDERANDO:**

1<sup>º</sup>. Que, con fecha 17 de octubre del año en curso, el abogado Hugo Vilches Órdenes, en representación judicial de Rigg S.A., ha deducido un requerimiento ante esta Magistratura Constitucional, a fin de que declare la inaplicabilidad del artículo 6<sup>º</sup> del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, de 1994, del Ministerio de Hacienda, Estatuto Orgánico de la Tesorería General de la República, en el marco del juicio ejecutivo caratulado “*Fisco-Tesorería General de la República con RIGG S.A.*”, de que conoce el Decimoprimer Juzgado Civil de Santiago, Rol N<sup>º</sup> 6866-2008;

2<sup>º</sup>. Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, de la Constitución, es atribución de este Tribunal “*resol-*

*ver, 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 o 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”;*

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, 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 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 señalan:

*“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 Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento de inaplicabilidad deducido en la Segunda Sala de este Tribunal;

5°. Que esta Magistratura Constitucional en oportunidades anteriores ha resuelto, atendido el mérito de cada caso particular, que si un requerimiento de inaplicabilidad interpuesto adolece de vicios o defectos tales que hacen imposible que pueda prosperar, resulta impertinente que la Sala respectiva efectúe un examen previo de admisión a trámite, procediendo que la misma declare derechamente la inadmisibilidad de la acción deducida (ente otras, STC roles N<sup>OS</sup> 1.890, 1.878, 1.860, 1.789, 1.834, 1.828, 1.788, 1.771 y 1.749);

6°. Que del certificado acompañado y agregado a fojas 39 vuelta y de los antecedentes que rolan a fojas 34 y 35 se desprende que la gestión pendiente invocada en el requerimiento se encuentra archivada, con lo que la acción constitucional deducida no puede prosperar y será declarada derechamente inadmisibile, al concurrir en la especie la causal de inadmisibilidad establecida en el artículo 84, N<sup>º</sup> 3°, de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, por no existir gestión pendiente actualmente en tramitación.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6, e inciso decimoprimer y en los preceptos citados y pertinentes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

**Que se declara inadmisibile el requerimiento deducido en lo principal de fojas 1;** al primer, segundo, tercer, cuarto y quinto otrosies, estese a lo resuelto.

Notifíquese por carta certificada al requirente.

**Rol N<sup>º</sup> 2.334-2012**

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta Subrogante, Ministra señora Marisol Peña Torres, y por los Ministros señores Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y el Suplente de Ministro Ricardo Israel Zipper. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

ROL Nº 2.335-2012

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 88 DEL CÓDIGO  
DE PROCEDIMIENTO CIVIL, DEDUCIDO POR  
FERNANDO EDUARDO VARGAS LLANOS

Santiago, veintinueve de octubre de dos mil trece.

**VISTOS:**

Con fecha 19 de octubre de 2012, Ignacio José Sapiaín Martínez, en representación de Fernando Eduardo Vargas Llanos, ha requerido a esta Magistratura la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 88 del Código de Procedimiento Civil.

El precepto cuya aplicación se impugna dispone:

*“Artículo 88. La parte que haya promovido y perdido dos o más incidentes en un mismo juicio, no podrá promover ningún otro sin que previamente deposite en la cuenta corriente del tribunal la cantidad que éste fije. El tribunal de oficio y en la resolución que desche el segundo incidente determinará el monto del depósito. Este depósito fluctuará entre una y diez unidades tributarias mensuales y se aplicará como multa a beneficio fiscal, si fuere rechazado el respectivo incidente.*

*El tribunal determinará el monto del depósito considerando la actuación procesal de la parte y si observare mala fe en la interposición de los nuevos incidentes podrá aumentar su cuantía hasta por el duplo. La parte que goce de privilegio de pobreza en el juicio, no estará obligada a efectuar depósito previo alguno.*

*El incidente que se formule sin haberse efectuado previamente el depósito fijado, se tendrá por no interpuesto y se extinguirá el derecho a promoverlo nuevamente.*

*En los casos que la parte no obligada a efectuar el depósito previo en razón de privilegio de pobreza interponga nuevos incidentes y éstos le sean rechazados, el juez, en la misma resolución que rechace el nuevo incidente, podrá imponer personalmente al abogado o al mandatario judicial que lo hubiere promovido, por vía de pena, una multa a beneficio fiscal de una a diez unidades tributarias mensuales, si estimare que en su interposición ha existido mala fe o el claro propósito de dilatar el proceso.*

*Todo incidente que requiera de depósito previo deberá tramitarse en cuaderno separado, sin afectar el curso de la cuestión principal ni de ninguna otra, sin perjuicio de lo que se pueda resolver en el fallo del respectivo incidente.*

*Las resoluciones que se dicten en virtud de las disposiciones de este artículo, en cuanto al monto de depósitos y multas se refiere, son inapelables.”.*

La gestión pendiente invocada es un juicio laboral de indemnización de perjuicios por accidente del trabajo con material radioactivo, caratulado “VARGAS con INSPECCIÓN TÉCNICA Y CONTROL DE CALIDAD LTDA., ETCHEVERRÍA IZQUIERDO MONTAJES INDUSTRIALES

S.A., y CELULOSA ARAUCO”, Rol N<sup>º</sup> 190-2007 del Segundo Juzgado Civil de Talcahuano, en el cual se han formulado diversas incidencias, tras lo cual el tribunal que conoce de dicha causa ha decretado que la demandante debe efectuar dicha consignación para poder incidentar, según consta a fojas 33, 34 y 48 del expediente respectivo.

La parte requirente considera que la aplicación del precepto impugnado vulnera su derecho a la defensa y a que la intervención del letrado no sea interferida, al impedirle contrainterrogar y objetar las repreguntas respecto de los testigos en la audiencia de prueba, pues se le exige previamente consignar 120 mil pesos. Expone que la audiencia lleva 5 días, las preguntas de tacha duran una hora y media, la declaración una hora y las contrainterrogaciones entre cuatro y cinco, sin que pueda objetar nada.

Agrega que se le afectó una incidencia referida a un mandato para absolver posiciones y otra referida a reconocimiento de documentos.

Finalmente, recuerda que la regla *solve et repete* del artículo 171 del Código Sanitario fue declarada inconstitucional por este Tribunal.

Con fecha 24 de octubre de 2012 la Primera Sala de esta Magistratura acogió a tramitación el requerimiento, confiriendo traslado para resolver acerca de su admisibilidad y ordenando la suspensión del procedimiento en la gestión invocada.

Evacuando el traslado de admisibilidad, Celulosa Arauco y Constitución S.A., demandada en dicha gestión, solicitó la declaración de inadmisibilidad, argumentando que no es efectivo que el apercibimiento le impida a la requirente repreguntar ni contrainterrogar, agregando que no se afecta tampoco el derecho a la intervención del letrado.

Expone que una cosa es el derecho a defensa letrada y otra cosa es que su ejercicio deba ajustarse a las formalidades y requisitos legales. Alega que la aplicación del precepto cuestionado no es decisiva, al no tener nada que ver con el fondo del asunto controvertido.

Con fecha 14 de noviembre de 2012 se declaró la admisibilidad del requerimiento y posteriormente se confirió traslado acerca del fondo del conflicto de constitucionalidad planteado.

Vencido el plazo sin que se evacuara el traslado y concluida la tramitación de la causa, se ordenó traer los autos en relación.

Con fecha 4 de junio de 2013 se verificó la vista de la causa.

#### CONSIDERANDO:

**PRIMERO.** Que se ha requerido a este Tribunal Constitucional la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 88 del Código de Procedimiento Civil, reproducido íntegramente en la parte expositiva de esta sentencia, cuya disposición medular, contenida en su inciso primero, establece que “(l)a parte que haya promovido y perdido dos o más incidentes en un mismo juicio, no podrá promover ningún otro sin que pre-

*viamente deposite en la cuenta corriente del tribunal la cantidad que éste fije. El tribunal de oficio y en la resolución que deseche el segundo incidente determinará el monto del depósito. Este depósito fluctuará entre una y diez unidades tributarias mensuales y se aplicará como multa a beneficio fiscal, si fuere rechazado el respectivo incidente.”;*

**SEGUNDO.** Que, a juicio del requirente, la disposición aludida precedentemente infringe el N° 3° del artículo 19 de la de la Carta Fundamental, que asegura a todas las personas, entre otras garantías, “*la igual protección en el ejercicio de sus derechos*”, así como que “*toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida.*” Y añade “*que corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.*”;

## I

### LA NORMA IMPUGNADA

**TERCERO.** Que, en lo esencial, el actual artículo 88 del Código de Procedimiento Civil tiene su origen en el artículo 91 del texto original del mismo, que prescribía que “*la parte que hubiere promovido i perdido tres o más incidentes dilatorios en un mismo pleito, no podrá promover ningún otro sin que previamente consigne la cantidad que el tribunal fije desde diez hasta cien pesos, la cual se aplicará precisamente al Fisco por vía de multa si perdiera también el nuevo incidente. Estos nuevos incidentes se tramitarán siempre en ramo separado, cualquiera que sea su naturaleza, salvo que el contendor acepte la suspensión de la acción principal*”.

En el Mensaje de 1° de febrero de 1893, suscrito por el entonces Presidente de la República, don Jorge Montt, existen pasajes estrechamente relacionados con el precepto impugnado:

*“En las leyes de procedimiento, se hace preciso conciliar el interés de los litigantes, que exige una pronta solución de los pleitos, y el interés de la justicia, que requiere una concienzuda y acertada apreciación del derecho sobre que debe recaer el fallo. En obediencia a este doble propósito, se ha creído necesario, por una parte, simplificar en lo posible la tramitación y adoptar al mismo tiempo una serie de medidas encaminadas a hacer ineficaces los expedientes dilatorios a que apela la mala fe para retardar la solución de los pleitos; y, por otra parte, dar a los magistrados mayor latitud en sus atribuciones a fin de que puedan hacer sentir en mayor grado que hasta ahora su acción en la formación y marcha de los procesos. Confiados éstos a la sola iniciativa de las partes, se desvían a menudo de su verdadera marcha, resultando de allí que la acción de la justicia se hace más fatigosa y menos eficaz” (párrafo III).*

*“La promoción de incidentes, con el solo fin de retardar la entrada en la litis o de paralizar su prosecución, es arbitrio que con frecuencia usan los litigantes de*

*mala fe. Para corregir este mal, se adoptan diversas precauciones, facultando a los jueces para rechazar de oficio los incidentes que aparecieren inconexos con el pleito, determinando el tiempo que es lícito promoverlos, estableciendo que su tramitación se haga en ramo separado y no detenga la de la acción principal, salvo que sea ello absolutamente indispensable, y fijando penas para los litigantes que promovieren y perdieren más de tres incidentes dilatorios, pues hay en tal caso presunción vehemente de mala fe” (párrafo X);*

**CUARTO.** Que el texto actual del referido precepto lo fijó la Ley N<sup>º</sup> 18.705, de 1988, que sustituyó la norma vigente hasta entonces. Consta de la historia fidedigna de la norma que su objeto consistió en evitar la dilación innecesaria de los juicios por mala fe o ignorancia de los abogados. Así el Colegio de Abogados lo sintetizó en su oficio N<sup>º</sup> 109, de 17 de agosto de 1987, al señalar: “*Contener la litigiosidad maliciosa, que hace del incidente su más frecuente instrumento, con evidente deterioro para el prestigio de la administración de justicia*” (Derecho Procesal Civil: Modificaciones a la Legislación 1988-2000, p. 111);

**QUINTO.** Que existe abundante doctrina sobre el particular. Entre ella, don Mario Casarino Viterbo lo aborda dentro de las “*Medidas tendientes a evitar la multiplicidad de los incidentes*”. Sostiene que “*los incidentes por su naturaleza perturban la marcha regular del juicio; y es por eso que el legislador señaló expresamente la oportunidad en que ellos deben ser promovidos y la sanción para los incidentes extemporáneos. Pero lo anterior no es suficiente: ha sido también necesario establecer ciertas restricciones en su interposición. En efecto, la parte que haya promovido y perdido dos o más incidentes en un juicio, no podrá promover ningún otro sin que deposite previamente en arcas fiscales la cantidad que el tribunal fije, la que fluctuará entre una y diez unidades tributarias mensuales, la cual se aplicará a beneficio fiscal por vía de multa, si se desecha también el nuevo incidente. El incidente que se formula sin previa consignación se tendrá por no interpuesto y se extinguirá el derecho de promoverlo nuevamente (art. 88, inc. 3<sup>º</sup>, CPC). Llamamos la atención que en estos casos debe tratarse de una misma parte que haya promovido y perdido dos o más incidentes y de que no importa la naturaleza o clase de estos incidentes*” (Manual de Derecho Procesal (Derecho Procesal Civil), Tomo III, p. 149);

**SEXTO.** Que, a mayor abundamiento, existe en tramitación legislativa un proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil, de marzo de 2012 –mensaje de S.E. el Presidente de la República N<sup>º</sup> 004-360, correspondiente al Boletín N<sup>º</sup> 8197-07–, en el que se proponen normas que, al igual que la del artículo 88 del Código de Procedimiento Civil (CPC), tienden a cautelar el principio formativo de la buena fe procesal. Ya su artículo 5<sup>º</sup> prescribe que “*las partes, sus apoderados y todos quienes intervengan en el proceso deberán actuar de buena fe. /El tribunal, de oficio o a petición de parte, deberá prevenir, corregir y sancionar, según corresponda, toda acción u omisión que importe un fraude o abuso procesal, colusión, contravención de*

*actos propios o cualquiera otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe*". El artículo 45, por su parte, establece la responsabilidad solidaria para el apoderado en el pago de las costas, "cuando hubiere incurrido reiteradamente en acciones manifestamente dilatorias, para lo cual deberá haber sido previamente apercibido por el tribunal de oficio o a petición de parte" (inciso primero). En el caso de los incidentes, el Tribunal tiene la facultad de decretar su inadmisibilidad: "El tribunal podrá rechazar un incidente sin acogerlo a tramitación, declarándolo inadmisibile, en uno o más de los siguientes casos: a) Si tuviere un carácter manifestamente dilatorio, lo que se presumirá en todos aquellos casos en que careciere de justificación razonable o quedare en evidencia la inutilidad de la pretensión incidental, y b) Si no se hubiere efectuado la consignación previa en los casos previstos en el inciso primero del artículo 133." La regulación de los incidentes varía según si se promueven en audiencia o fuera de ella: incidentes que se promueven en la audiencia (artículo 131); incidente fuera de audiencia (artículo 132) y se establece una norma cuya sustancia es similar a la del artículo 88 del CPC: "la parte que haya promovido y perdido dos o más incidentes planteados fuera de audiencia no podrá promover ningún otro de esa índole, sin que previamente consigne en la cuenta corriente del tribunal la cantidad que éste fije" (artículo 133 del proyecto);

## II

### LA NORMA IMPUGNADA NO ES CONTRARIA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

**SÉPTIMO.** Que el requirente, en lo que toca a los hechos y tal como se señala en la parte expositiva de esta sentencia, sostiene que al inicio de la audiencia respectiva su parte solicitó la exhibición de la personería de los tres abogados comparecientes por una de las demandadas. El juez rechazó la petición, con costas. Luego, se opuso a que absolviera posiciones una persona porque fue citada a absolver sobre hechos propios y porque el mandato lo acompañó en la audiencia, no obstante que el artículo 445 del Código del Trabajo es claro en el hecho de que se debe acompañar antes de ella, para que las partes puedan revisarlo y objetarlo. El tribunal rechaza la petición con costas y ordena consignar 1 UTM. Al objetar dos preguntas del pliego de posiciones presentado por otra de las demandadas, consignó 1 UTM y el tribunal acogió las objeciones. Agrega que durante la testimonial objetó una pregunta que pretendía que el testigo reconociera el nombre de las personas mencionadas en 22 fotocopias simples de documentos emanados de terceros y que no habían sido firmados por la demandante. El Tribunal rechaza la objeción e impone consignar 3 UTM;

**OCTAVO.** Que, continúa afirmando el requirente, el procedimiento laboral antiguo, que sería aplicable al caso por la fecha de interposición

de la demanda, se rige por las normas de los artículos 425 y siguientes del Código del Trabajo, no reformados. A falta de norma especial, se le aplican los Libros I y II del CPC, dentro de los que se encuentra el precepto impugnado. Afirma que la Carta Fundamental garantiza el derecho a la defensa y a la intervención del letrado cuando sea requerida, principio que es complementado y desarrollado por el artículo 449 del Código del Trabajo y por el artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, que permite a los abogados hacer preguntas a los testigos y objetar las que estimen impertinentes. De ahí, sostiene que la aplicación del artículo 88 del Código de Procedimiento Civil a la audiencia de conciliación y prueba (artículo 444 del Código del Trabajo no modificado) impide, obstaculiza, perturba y amenaza el legítimo derecho constitucional a la intervención del letrado y a una adecuada defensa, pilares fundamentales del debido proceso, garantizado por el artículo 19, N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup>, de la Constitución Política. Sostiene que la aplicación del precepto inequívocamente impide y obstaculiza el ejercicio de una defensa y limita el derecho de intervención de un letrado, porque se le impone una exigencia imposible de cumplir: consignar en la cuenta corriente del Tribunal, lo que importaría la interrupción de la audiencia, infringiendo con ello el artículo 444 del Código del Trabajo que consagra el principio de continuidad de la audiencia laboral;

**NOVENO.** Que sostiene el requirente que se infringiría asimismo la Constitución Política al restringir e impedir la debida intervención del letrado, vulnerando el legítimo derecho a una adecuada defensa en juicio y que se materializa en el derecho consagrado en el artículo 366 del Código de Procedimiento Civil: interrogar, contrainterrogar y oponerse a las preguntas impertinentes o que estén destinadas a finalidades distintas de las aclaraciones, rectificaciones o precisiones de los dichos del testigo. Agrega que la deducción de un incidente sin consignar previamente la cantidad de 3 UTM en la cuenta corriente del tribunal, importa el rechazo inmediato de la gestión incidental pendiente, cuestión que de modo causal sirve de base a la sentencia definitiva posterior;

**DÉCIMO.** Que esta Magistratura estima que la aplicación a la parte demandante de la sanción establecida en el artículo 88 del Código de Procedimiento Civil, al haber promovido y perdido más de dos incidentes, no impide al recurrente poder repreguntar o contrainterrogar a los testigos, ni menos impide o restringe la intervención del letrado. Lo que la norma establece es que, atendida la actuación procesal del recurrente, observada por el Tribunal conforme se lo ordena el artículo 88 del Código de Procedimiento Civil, debe efectuar una consignación judicial para formular nuevos incidentes, pero en caso alguno limita, impide o restringe la debida intervención del letrado que representa al demandante en los autos en que incide este recurso, respecto a la interrogación de testigos. La norma que se examina, resulta razonable; esto es, idónea para

alcanzar un fin constitucionalmente lícito, imponiendo un gravamen que se estima proporcional al logro de fines lícitos;

**DECIMOPRIMERO.** Que, respecto de la aplicación del artículo 88 en relación al artículo 366 del CPC, y en abono del considerando precedente, Cristián Maturana Miquel comenta: *“Las partes tienen el derecho de oponerse a las preguntas que formula el tribunal o la contraria por conducto de éste al testigo, por no ser ellas procedentes; esto es, no encuadrarse dentro de los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos de la causa respecto de los cuales se ha presentado a declarar al testigo, o por tratarse de preguntas inductivas, porque en este caso en que el testigo se limita a afirmar o negar lo que se le señala en la pregunta no es él quien está declarando, sino que la parte a través suyo. De la oposición a la formulación de la pregunta se da traslado a la otra parte, y en caso de desacuerdo respecto a su formulación, resolverá el tribunal. La resolución que se pronuncia por el tribunal es apelable en el solo efecto devolutivo (artículo 366, inciso segundo). A esta oposición a la formulación de una pregunta se le da la tramitación de un incidente, por lo que si en la audiencia se perdieren dos o más incidentes por una parte se podría aplicar lo previsto en el artículo 88 del C.P.C.”* (Maturana, 259-260);

**DECIMOSEGUNDO.** Que, en relación al artículo 19, N° 3°, de la Carta Fundamental, que establece que toda persona tiene derecho a una defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención de un letrado si hubiere sido requerida, lo hace en el caso que sea impedida una defensa y se la obstaculice en el ejercicio de acciones judiciales, pero es concordante con esa garantía que, ejercitados los derechos de defensa, éstos deban someterse a los procedimientos y a las formas que la ley señale, dentro de los cuales, desde luego, se comprenden aquellas sanciones que la ley establece frente a la actuación de los litigantes en el juicio como la establecida en el artículo 88 del Código de Procedimiento Civil, lo que a juicio de esta Magistratura no contraviene lo dispuesto en la garantía constitucional señalada;

**DECIMOTERCERO.** Que, por otra parte, el requirente sostiene que el artículo impugnado vulnera el artículo 19, N° 3°, en cuanto restringe e impide la intervención del letrado afectando el legítimo derecho a una adecuada defensa en juicio; invoca al efecto decisiones de esta Magistratura relativas a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del *“solve et repete”*. En el caso de la norma requerida, su naturaleza es más bien contraria a impedir el acceso a la jurisdicción, ya que el proceso está en pleno desarrollo y ejercicio, por lo que mal puede afectar la tutela judicial efectiva que todo requirente necesita para ingresar a un proceso;

**DECIMOCUARTO.** Que la situación de autos difiere de la jurisprudencia aludida, por cuanto en aquellas ocasiones la norma impugnada establecía la necesidad de consignación previa a efectos de poder reclamar



ante la jurisdicción de una multa impuesta por un órgano de la Administración, exigencia que dificultaba y privaba el ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, sin que la imposición de la sanción administrativa tuviera como fundamento la protección de alguno de los derechos fundamentales que asegura la Constitución Política. En este caso, no se niega el acceso al aludido derecho de tutela judicial, por cuanto el marco en que se impone la consignación es la decisión de un órgano jurisdiccional, de manera que no se está ante la exigencia de una consignación previa para reclamar ante el juez, sino que para recurrir a una instancia jurisdiccional, posibilidad que se restringe mediante consignación a efectos de evitar procesos laterales. La naturaleza del proceso exige de una ritualidad que avance en la resolución del caso con imparcialidad debida, para lo cual el legislador otorgó al juez una herramienta adecuada para administrar los incidentes, que se estima proporcional por la verificación de la cantidad de incidentes promovidos y perdidos, y por el monto de la consignación estimada;

**DECIMOQUINTO.** Que, a mayor abundamiento, el precepto no es decisivo respecto a la determinación de una eventual responsabilidad civil en el caso concreto. La norma impugnada, como se ha señalado, se refiere a ciertas exigencias dispuestas precisamente por la ley procesal para regular la forma, modo y requisitos que se imponen a todos los litigantes en un juicio para la interposición de peticiones accesorias a la cuestión principal. Lo anterior, sin perjuicio de que, de consignarse, como lo ha hecho el recurrente a lo largo del pleito, no tiene obstáculos para el pleno ejercicio de sus derechos;

**DECIMOSEXTO.** Que a propósito del derecho a la defensa y a la racionalidad y justicia del procedimiento, este Tribunal ha afirmado lo siguiente en el considerando vigesimoprimer de la STC Rol N<sup>º</sup> 977: *“Que, desde luego, la Carta Fundamental, al garantizar el derecho a la defensa, no asegura a todas las personas ejercer sus derechos sin ningún tipo de obstáculos ni les garantiza conducir sus defensas conforme a su leal saber y entender, como pretende el requirente. Un entendimiento así de absoluto del derecho a defensa impediría toda regla procesal que sujetara la defensa a ciertos plazos, ritualidades o limitaciones. Con ello se haría imposible toda regla procedimental y resultaría imposible alcanzar la justicia y racionalidad de los procedimientos que la Constitución exige al legislador. El derecho a la defensa está efectivamente garantizado por la Carta Fundamental, pero él debe ejercerse en conformidad a la ley. La Carta Fundamental no prohíbe reglas de ritualidad procesal; sólo les exige que permitan la defensa y garanticen racionalidad y justicia;”*. En el caso del artículo 88, la regla se aplica indistintamente a demandante y demandado, no obediendo su establecimiento al mero capricho del legislador, sino que atañe al correcto desempeño de la administración de justicia y a la no dilación indebida de los juicios. Es un resguardo que racionalmente el legislador

adoptó teniendo presente que la interposición sin límites de incidentes frustra ambos propósitos. La norma, por cierto, no impide la promoción de un incidente, sino que lo supedita al cumplimiento de un requisito. Dicho requisito –la consignación previa– no es antojadizo. Por el contrario, se basa en la conducta procesal previa del incidentista;

**DECIMOSÉPTIMO.** Que, en un sentido general, este Tribunal ha entendido por debido proceso “*aquel que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando, como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y, en definitiva, la plena eficacia del Estado de Derecho. A este respecto, el debido proceso cumple una función dentro del sistema en cuanto garantía del orden jurídico, manifestado a través de los derechos fundamentales que la Constitución les asegura a las personas. Desde esta perspectiva, el imperio del derecho y la resolución de conflictos mediante el proceso son una garantía de respeto por el derecho ajeno y la paz social. En síntesis, el debido proceso, más allá de consagrar los derechos de los litigantes, y el poder-deber del juez en la forma que el constituyente ha establecido para eliminar la fuerza en la solución de los conflictos, genera un medio idóneo para que cada cual pueda obtener la solución de sus conflictos a través de su desenvolvimiento.*” (STC Rol N° 786). A su vez, como ha señalado esta Magistratura, “*el procedimiento legal debe ser racional y justo. Racional para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad. Y justo para orientarlo a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso. Con ello se establece la necesidad de un juez imparcial, con normas que eviten la indefensión, que exista una resolución de fondo, motivada y pública, susceptible de revisión por un tribunal superior y generadora de la intangibilidad necesaria que garantice la seguridad y certeza jurídica propias del Estado de Derecho*” (STC Rol N° 1.838).

**Y TENIENDO, ADEMÁS, PRESENTE** lo preceptuado en los artículos 19, N° 3°, 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,

**SE RESUELVE:**

**Que se rechaza el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fs. 1 y que se pone término a la suspensión de procedimiento decretada en estos autos, oficiándose al efecto.**

Que no se condena en costas a la requirente, por haber tenido motivo plausible para litigar.

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake e Iván Aróstica Maldonado,** quienes estuvieron por acoger el requerimiento, sobre la base de los siguientes argumentos:

1°. Que, atinente a la gestión judicial pendiente, referente a una eventual responsabilidad por accidente del trabajo, el requirente –allí demandante– sostiene que atentaría contra el artículo 19, N<sup>º</sup> 3, constitucional, por “restringir e impedir la debida intervención del letrado cuando ha sido requerida”, e infringir el “principio de una adecuada defensa en juicio” (f. 4), el reclamado artículo 88, inciso primero, del Código de Procedimiento Civil, que dice así:

*“La parte que haya promovido y perdido dos o más incidentes en un mismo juicio, no podrá promover ningún otro sin que previamente deposite en la cuenta corriente del tribunal la cantidad que éste fije. El tribunal de oficio y en la resolución que deseche el segundo incidente determinará el monto del depósito. Este depósito fluctuará entre una y diez unidades tributarias mensuales y se aplicará como multa a beneficio fiscal, si fuere rechazado el respectivo incidente”;*

2°. Que motiva este requerimiento el hecho de que, durante la correspondiente audiencia verbal de conciliación y prueba, el interesado haya formulado tres cuestionamientos, uno relativo a la calidad de los abogados comparecientes (f. 19), otro relacionado con la identidad de la persona que compareció a absolver posiciones (f. 32), y el último tocante a la objeción a una pregunta efectuada a un testigo (f. 45 y ss).

El juez sustanciador rechazó tales “incidentes” y conminó al requirente, vencido éste en la segunda ocasión, en el sentido de que *“para el caso de promover un nuevo incidente, previamente deberá depositar en la cuenta corriente del Tribunal, como multa a beneficio fiscal, la suma equivalente a 1 UTM”* (f. 33). Una vez interpuesto el referido nuevo incidente, el juez, a más de desestimarlos, resolvió que si la demandante dedujere un nuevo incidente *“deberá la consignar previamente la suma de 3 UTM para los efectos previstos en el artículo 88 incisos 1 y 2 del Código de Procedimiento Civil”* (f. 48);

3°. Que el precepto objetado tuvo originalmente otra redacción, en cuya virtud se restringía la obligación de consignar antes de promover uno nuevo, sólo a quien hubiese *“promovido i perdido tres o más incidentes dilatorios en un mismo pleito”* (artículo 91 del Código de Procedimiento Civil). En tanto que la finalidad que se tuvo en consideración para sustituirla por el texto ahora vigente, como señala la doctrina, fue *“evitar la dilación innecesaria de los juicios por mala fe o ignorancia de los abogados”* (Miguel Otero Lathrop, “Derecho Procesal Civil: Modificaciones a la Legislación 1988-2000”, p. 111);

Debiendo, a lo anterior, agregarse que esta Magistratura ha definido que, en el ámbito del control concreto de constitucionalidad, le corresponde *“declarar inaplicable un precepto de ley, aunque éste –a primera vista– aparezca justo en su tenor literal e inocuo en su aspecto, cuando en la práctica resulta que da pábulo para aplicarse de algún modo inconstitucional”* (STC roles N<sup>OS</sup> 2.292, c. décimo; 2.161, c. segundo; y 2.373, c. sexto);

4°. Que, así entonces, aun admitiendo la justificación hipotética de la norma refutada, resulta injusto e irracional que la misma, al imponer indiscriminadamente la consignación de que se trata, no permita al juez distinguir la circunstancia de que en la práctica –durante la sustanciación de un proceso– pueden darse dos tipos de cuestiones accesorias por completo diferentes, según se trate de incidentes que efectivamente dan lugar a una tramitación especial por parte del tribunal, o se trate de incidencias adjetivas o menores susceptibles de ser resueltas en el acto y sin más trámite, cuyo es el caso de autos.

Siendo de reparar, además, que el citado artículo 88, en la parte impugnada, imponga la obligación de consignar sin dejar al juez diferenciar si los incidentes anteriores se han promovido con motivo plausible o con un claro ánimo dilatorio.

Por lo mismo que, en ocasiones anteriores, estos jueces constitucionales han representado la desvalorización de la jurisdicción, contraviniendo el artículo 76 de la Constitución, que acontece cuando la ley impone al juez la ejecución de conductas únicas y automáticas, que lo inhiben a priori para conocer y juzgar, a cabalidad, los diversos asuntos que les son propios e inalienables.

Redactó la sentencia la Ministra señora María Luisa Brahm Barril y la disidencia, el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado.

Notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 2.335-2012**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora Marisol Peña Torres, y por los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

ROL N<sup>º</sup> 2.336-2012REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 387, INCISO  
SEGUNDO, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, DEDUCIDO POR  
JOSÉ GABRIEL FIGUEROA LEIVA

Santiago, veintitrés de noviembre de dos mil doce.

Proveyendo a lo principal y al tercer otrosí de fojas 275, téngase presente; al primer otrosí, téngase por evacuado el traslado conferido, y al segundo otrosí, téngase presente y por acompañado el documento, bajo apercibimiento legal.

Proveyendo a lo principal y al segundo y tercer otrosíes de fojas 281, téngase presente, y al primer otrosí, téngase por evacuado el traslado conferido.

A fojas 286, téngase presente.

A fojas 288, estése al mérito de lo que se resolverá.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1<sup>º</sup>. Que, por resolución de 30 de octubre de 2012, esta Sala admitió a tramitación el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido en estos autos por José Gabriel Figueroa Leiva respecto del artículo 387, inciso segundo, del Código Procesal Penal, en la causa caratulada "*Lilian Maytee Luque Quezada con José Gabriel Figueroa Leiva*", que se encuentra actualmente pendiente ante la Corte Suprema bajo el Rol N<sup>º</sup> 7695-2012.

En la misma resolución citada, para pronunciarse acerca de la admisibilidad del requerimiento, se confirió traslado por el plazo de diez días al Ministerio Público y a la querellante, traslados que fueron evacuados dentro de plazo;

2<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 dispone que "en el caso del número 60, 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 razona-*

blemente 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, 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 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° 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 Ministerio Público ha solicitado se declare la inadmisibilidad del requerimiento deducido en estos autos, por concurrir la causal contenida en el N° 2° del artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, esto es, porque “conociendo este Excmo. Tribunal de cuatro requerimientos enderezados contra la misma disposición legal que ahora se objeta, y respecto de los mismos supuestos vicios, dicha regla fue declarada conforme a la Constitución Política de la República, lo cual obsta a la admisibilidad de este requerimiento” (fojas 277).

Al efecto, el Ministerio Público cita los precedentes de esta Magistratura contenidos en las sentencias roles N°s 986, 821, 1.130 y 1.501;

5°. Que, por su parte, el requirente se hace cargo de lo expuesto por el Ministerio Público, señalando que los cuatro casos aludidos son “completamente distintos al que analizamos”, por lo que solicita “se declare la admisibilidad, ya que no existen precedentes idénticos al presente caso y todos los demás casos responden a situaciones distintas para argumentar que la norma del art. 387 del C. Procesal Penal es derechamente constitucional” (fojas 286 y 287);

6°. Que, entonces, esta Sala debe hacerse cargo de la procedencia o no en el presente caso de la causal de inadmisibilidad contenida en el artículo 84, N<sup>º</sup> 2°, de la Ley Orgánica Constitucional de estas Magistratura.

En efecto, esta disposición ordena la inadmisibilidad de un requerimiento de inaplicabilidad *“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”*. Este precepto debe, además, concordarse con lo dispuesto en el artículo 90 de la misma ley orgánica constitucional, que establece: *“Resuelta la cuestión de inaplicabilidad per 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.”*

Al respecto, este Tribunal Constitucional ha manifestado que *“únicamente procede declarar la inadmisibilidad de acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en razón de un pronunciamiento 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;”* (STC Rol N<sup>º</sup> 1.710, c. centesimosexagesimocuarto).

También ha declarado que *“el vicio cuya existencia se exige consiste en una contradicción entre el precepto legal que fue declarado inaplicable y la Constitución...”* (STC Rol N<sup>º</sup> 1.710, c. centesimoseptuagesimoséptimo);

7°. Que, conforme a lo expuesto, para que concurra la causal de inadmisibilidad del citado artículo 84, N<sup>º</sup> 2°, en razón de pronunciamientos anteriores del Tribunal, conociendo de requerimientos de inaplicabilidad, se requiere que en los fallos precedentes se haya solicitado la inaplicabilidad del mismo precepto legal, se hayan invocado como infringidas las mismas disposiciones constitucionales, que la infracción constitucional denunciada sea la misma y que el Tribunal haya desechado ese cuestionamiento declarando que el precepto legal impugnado se ajusta a la Constitución.

Luego, teniendo presente que los precedentes invocados para que concurra la causal del artículo 84, N<sup>º</sup> 2, fueron pronunciados teniendo en consideración los efectos que la aplicación del artículo 387, inciso segundo, del Código Procesal Penal tendría en cada uno de los casos en que fue cuestionada su constitucionalidad, no se puede omitir el análisis de las circunstancias fácticas de cada caso concreto, para efectos de la concurrencia de la causal de inadmisibilidad en comento, pues la concurrencia del mismo vicio presupone un examen de los efectos de la norma en los casos que fueron fallados por esta Magistratura y en la actual gestión pendiente en que incide este recurso.

Es evidente que cada uno de los procesos en que se ha planteado un requerimiento de inaplicabilidad es distinto, pero lo fundamental es determinar si esas diferencias son sustanciales o accidentales a fin de precisar si existe o no el mismo vicio de constitucionalidad. En efecto, el único evento en que podrían ser idénticas las circunstancias de hecho ocurriría si se volviera a plantear una inaplicabilidad del mismo precepto legal en la misma gestión, caso expresamente prohibido por el artículo 90 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, arriba transcrito;

8°. Que, conforme a lo expuesto, corresponde ahora analizar los precedentes citados por el Ministerio Público.

Así, en primer lugar, debe señalarse que en las cuatro sentencias aludidas, roles N°s 986, 821, 1.130 y 1.501, se solicitó a este Tribunal la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del mismo artículo 387, inciso segundo, del Código Procesal Penal.

En segundo lugar hay que consignar que en el presente requerimiento de inaplicabilidad, el requirente estima que la aplicación del precepto impugnado podría infringir los artículos 1; 4; 5; 6; 7; 19, N°s 2°, 3°, incisos segundo, cuarto, quinto y sexto, y 76 de la Carta Fundamental, y el artículo 8, N° 2°, letra h), de la Convención Americana de Derechos Humanos, en circunstancias que, en su conjunto, los requerimientos roles N°s 986, 821, 1.130 y 1.501, se hicieron cargo de las alegaciones de inconstitucionalidad por todas dichas normas de la Constitución y del tratado internacional mencionado, siendo análogos los raciocinios en que se argumentó la inaplicabilidad, es decir, la forma en que la aplicación del artículo 387, inciso segundo, del Código Procesal Penal en cada caso particular, produciría efectos contrarios a la Constitución.

En tercer lugar, debe mencionarse que las cuatro acciones de inaplicabilidad deducidas en las causas roles N°s 986, 821, 1.130 y 1.501, fueron rechazadas por este Tribunal Constitucional, mediante sentencias de 30 de enero de 2008, 1° de abril de 2008, 7 de octubre de 2008 y 31 de agosto de 2010, respectivamente;

9°. Que en varios de esos casos el asunto en cuestión es la imposibilidad legal de recurrir frente a lo resuelto en un proceso penal incoado luego de haber sido anulado uno anterior por parte de la Corte de Apelaciones respectiva o de la Corte Suprema, siendo a lo menos en dos de los casos aludidos, condenatorias ambas sentencias, por considerar que ello lesionaría gravemente los derechos principios y reglas contenidos en las normas constitucionales que se alegan como vulneradas. Tal circunstancia es esencialmente similar en todos esos procesos y en el presente caso, como se puede desprender fácilmente de *“la exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoyan y de cómo ellos producen como resultado la infracción de constitucionalidad”* (artículo 80 de la Ley Orgánica Constitucional



del Tribunal Constitucional). La hipótesis del artículo 387, inciso segundo, del Código Procesal Penal cuestionada, prescinde de la naturaleza del delito y de sus circunstancias al excluir la procedencia de recurso contra la sentencia que se dictare en el nuevo juicio luego de acogido un recurso de nulidad;

**10°.** Que en ningún caso cabe estimar que la aplicación de la causal de inadmisibilidad contemplada en el artículo 84, N<sup>º</sup> 2, de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional pueda interpretarse en el sentido de conferir a la institución de la inaplicabilidad efectos *erga omnes*, visto que sólo se limita a validar el precedente constitucional, lo que deberá ser en cada caso ponderado por una de las Salas de esta Magistratura;

**11°.** Que, conforme a lo expuesto en los motivos precedentes, esta Sala ha llegado a la convicción de que en la especie concurre la causal de inadmisibilidad contenida en el N<sup>º</sup> 2<sup>º</sup> del artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, toda vez que el precepto impugnado es el mismo, así como las normas constitucionales que se estiman contravenidas, existiendo además en todos los casos una argumentación análoga para fundamentar el vicio invocado, por lo que se declarará la inadmisibilidad del presente requerimiento.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo establecido en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política y en el N<sup>º</sup> 2<sup>º</sup> del artículo 84 de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**Que se declara inadmisibile el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas uno.** Téngase por no presentado para todos los efectos legales.

Notifíquese por carta certificada.

Comuníquese a la Corte Suprema.

Archívese.

**Rol N<sup>º</sup> 2.336-2012**

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta Subrogante, Ministra señora Marisol Peña Torres, y por los Ministros señores Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

ROL Nº 2.337-2012

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38,  
INCISO TERCERO, Y 38 BIS DE LA LEY Nº 18.933,  
DEDUCIDO POR MARÍA ELENA LAVÍN LLONA

Santiago, primero de octubre de dos mil trece.

**VISTOS:**

Con fecha 23 de octubre de 2012, a fojas 1, María Elena Lavín Llona deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 38, inciso tercero, y 38 bis de la Ley Nº 18.933, conocida como Ley de ISAPRES, actuales artículos 197, inciso tercero, y 198 del texto refundido por el D.F.L. Nº 1, del Ministerio de Salud, de 2006, en la causa sobre juicio arbitral caratulada “*Lavín Llona con Isapre Cruz Blanca S.A.*”, de que conoce actualmente la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud de la Superintendencia del ramo, bajo el Rol Nº 18.380-2012.

Los preceptos legales impugnados reglan la facultad de las Instituciones de Salud Previsional para modificar, anualmente, el precio base de los planes de salud de sus afiliados, y son del siguiente tenor:

**– Inciso tercero del artículo 38 (actual artículo 197 del D.F.L. Nº 1, del año 2005, del Ministerio de Salud):**

*“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. Estas condiciones generales deberán ser las mismas que se estén ofreciendo a esa fecha a los nuevos contratantes en el respectivo plan. La infracción a esta disposición dará lugar a que el contrato se entienda vigente en las mismas condiciones generales, sin perjuicio de las demás sanciones que se puedan aplicar. La adecuación propuesta deberá ser comunicada al afectado mediante carta certificada expedida con, a lo menos, tres meses de anticipación al vencimiento del período. En tales circunstancias, el afiliado podrá aceptar el contrato con la adecuación de precio propuesta por la Institución de Salud Previsional; en el evento de que nada diga, se entenderá que acepta la propuesta de la Institución. En la misma oportunidad y forma en que se comunique la adecuación, la Institución de Salud Previsional deberá ofrecer uno o más planes alternativos cuyo precio base sea equivalente al vigente, a menos que se trate del precio del plan mínimo que ella ofrezca; se deberán ofrecer idénticas alternativas a todos los afiliados del plan cuyo precio se adecua, los que, en caso de rechazar la adecuación, podrán aceptar alguno de los planes alternativos que se*

les ofrezcan o bien desafiliarse de la Institución de Salud Previsional. Sólo podrán ofrecerse planes que estén disponibles para todos los afiliados y el precio deberá corresponder al precio base modificado por las tablas de riesgo según edad y sexo correspondientes.”

**– Artículo 38 bis (actual artículo 198 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1 del año 2005, del Ministerio de Salud):**

“La libertad de las Instituciones de Salud Previsional para cambiar los precios base de los planes de salud en los términos del inciso tercero del artículo 197 de esta Ley, se sujetará a las siguientes reglas:

1. Antes del 31 de marzo de cada año, las ISAPRES deberán informar a la Superintendencia el precio base, expresado en unidades de fomento, de cada uno de los planes de salud que se encuentren vigentes al mes de enero del año en curso y sus respectivas carteras a esa fecha.

Para expresar en unidades de fomento los precios base de los planes de salud que se encuentren establecidos en moneda de curso legal, las Instituciones de Salud Previsional utilizarán el valor que dicha unidad monetaria tenga al 31 de diciembre del año anterior:

2. En dicha oportunidad, también deberán informar la variación que experimentará el precio base de todos y cada uno de los contratos cuya anualidad se cumpla entre los meses de julio del año en curso y junio del año siguiente. Dichas variaciones no podrán ser superiores a 1,3 veces el promedio ponderado de las variaciones porcentuales de precios base informadas por la respectiva Institución de Salud Previsional, ni inferiores a 0,7 veces dicho promedio.

El promedio ponderado de las variaciones porcentuales de precio base se calculará sumando las variaciones de precio de cada uno de los planes cuya anualidad se cumpla en los meses señalados en el párrafo anterior, ponderadas por el porcentaje de participación de su cartera respectiva en la suma total de beneficiarios de estos contratos. En ambos casos, se considerará la cartera vigente al mes de enero del año en curso.

3. Asimismo, la variación anual de los precios base de los planes creados entre febrero y junio del año en curso, ambos meses inclusive, deberá ajustarse a la regla indicada en el párrafo primero del numeral 2 precedente, al cumplirse la anualidad respectiva.

4. La Institución de Salud Previsional podrá optar por no ajustar los precios base de aquellos planes de salud en donde el límite inferior de la variación, a que alude el numeral 2, es igual o inferior a 2%. Dicha opción deberá ser comunicada a la Superintendencia en la misma oportunidad a que alude el numeral 1 de este artículo.

5. En ningún caso las ISAPRES podrán ofrecer rebajas o disminuciones respecto del precio base del plan de que se trate informado a la Superintendencia, a los afiliados vigentes o a los nuevos contratantes de ese plan.

6. Se prohíbe ofrecer o pactar planes alternativos con menos de un año de comercialización o que, cumpliendo con la vigencia indicada, no tengan personas

*adscritas, a los afiliados o beneficiarios cuya anualidad se cumpla en el período indicado en el numeral 2. La misma prohibición se aplicará cuando se ponga término al contrato y la persona se afilie nuevamente en la misma Institución de Salud Previsional.*

*Corresponderá a la Superintendencia fiscalizar el cumplimiento de esta norma, pudiendo dejar sin efecto alzas de precios que no se ajusten a lo señalado precedentemente, sin perjuicio de aplicar las sanciones que estime pertinentes, todo lo cual será informado al público en general, mediante publicaciones en diarios de circulación nacional, medios electrónicos u otros que se determine.*

*Lo señalado en los incisos precedentes no será aplicable a los contratos de salud previsional cuyo precio se encuentre expresado en un porcentaje equivalente a la cotización legal.”.*

Como antecedentes de la gestión en que incide el requerimiento, indica la actora que, con fecha 3 de octubre de 2012, demandó ante el Tribunal Arbitral de la Superintendencia de Salud a la ISAPRE Cruz Blanca, por el acto ilegal y arbitrario de reajustar nuevamente ese año el precio base de su plan de salud en un 2,4%, pasando su valor de 2,18 a 2,23 unidades de fomento mensuales, y aumentando en definitiva el valor del plan de 7,982 a 8,152 unidades de fomento mensuales, causa que se encuentra pendiente en primera instancia y suspendida conforme a lo ordenado a fojas 108 por la Primera Sala de este Tribunal Constitucional.

Agrega que el reajuste le fue comunicado por carta de adecuación de 31 de agosto de 2012, que le ofrecía un plan alternativo que mantenía el precio base, pero aumentaba el factor edad del grupo familiar, por lo que, además de contener menos beneficios y coberturas, era aún más caro que el plan original reajustado en su precio base.

Ante ello, indica que disponía de tres alternativas, igualmente inconstitucionales: 1°, aceptar el reajuste del precio base, para conservar sus beneficios y coberturas; 2°, aceptar un plan alternativo, aún más caro y con menos beneficios, y 3°, desafiliarse de la ISAPRE y migrar a FONASA, disminuyendo de un 90% a un 20% su cobertura de gastos en salud.

Sostiene que no se encuentra en condiciones de soportar el aumento del valor de su plan ni de migrar forzosamente a FONASA, pues es cotizante cautiva, tanto por tener 57 años de edad, cuanto por padecer dos enfermedades graves, crónicas e incurables, consistentes en Policitemia Vera y Esófago de Barret, que le pueden provocar la muerte y que implican altos gastos mensuales en exámenes y medicamentos, al tiempo que tiene un hijo dependiente y que, entre los años 1999 y 2013, sus ingresos mensuales han disminuido a la mitad, pero el valor de su plan de salud ha aumentado al triple, concluyendo que estos antecedentes son del todo relevantes para la decisión del caso concreto.

Afirma que la aplicación en la gestión pendiente de los preceptos legales impugnados es segura e insoslayable, toda vez que ellos habilitan a la

ISAPRE para reajustar anualmente el precio base de su contrato de salud y que, de no acogerse su requerimiento, el tribunal arbitral se limitará a constatar que la ISAPRE está facultada legalmente para reajustar y que el monto del reajuste se ubica dentro de la banda de precios, concretándose así la infracción de sus derechos constitucionales.

En cuanto a los vicios de inconstitucionalidad invocados, señala que la aplicación en la gestión de los artículos 38, inciso tercero, y 38 bis, infringe ocho de sus derechos constitucionales, y vulnera los artículos 1<sup>º</sup>, incisos primero y tercero; 5<sup>º</sup>, inciso segundo, y 19, números 1<sup>º</sup>, 2<sup>º</sup>, 9<sup>º</sup>, 18<sup>º</sup>, 24<sup>º</sup> y 26<sup>º</sup>, de la Constitución, en los siguientes términos:

1<sup>º</sup>. Se infringe la igualdad ante la ley y la prohibición a la ley y a la autoridad de establecer diferencias arbitrarias, asegurada en el artículo 19, N<sup>º</sup> 2<sup>º</sup>, de la Constitución, en relación con los artículos 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 1<sup>º</sup> de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Los artículos 38, inciso tercero, y 38 bis consagran a la ISAPRE como entidad privilegiada y a la afiliada, como discriminada, infringiendo la Constitución y la obligación internacional del Estado chileno de combatir las prácticas discriminatorias.

Esta desigualdad se manifiesta, en el caso concreto, primero, en que los preceptos legales cuestionados permiten a la ISAPRE aumentar siempre el precio base del plan pero jamás la obligan a rebajarlo, ni aun ante aumentos de utilidades ni descensos en la siniestralidad, en circunstancias que la ISAPRE Cruz Blanca, entre el primer semestre de 2010 y el primer semestre de 2011, triplicó sus utilidades, al tiempo que la requirente ha disminuido su remuneración a la mitad pero triplicado su gasto en ISAPRE; y, segundo, en que las tres alternativas de que dispone la afiliada son perjudiciales para ella y benefician sólo a la ISAPRE, sin que exista un mínimo equilibrio. Así, (i) si acepta el alza, disminuye su patrimonio, y aumenta el de la ISAPRE, pero por los mismos beneficios y coberturas; (ii) si acepta el plan alternativo, mantiene el precio, pero por menos beneficios y coberturas, aumentando el lucro de la ISAPRE. En la especie, sin embargo, el plan alternativo es aún más alto que el reajuste, por aplicársele el cambio de tramo por factor edad; y (iii) si no acepta el reajuste ni el plan alternativo, debe desafiliarse, y como cotizante cautiva que no puede cambiarse de ISAPRE, disminuiría radicalmente su cobertura en FONASA, no obstante estar gravemente enferma.

Manifiesta la actora que en los anteriores requerimientos recaídos sobre los mismos preceptos impugnados, roles N<sup>os</sup> 1.856 y 2.020, acumulados, este Tribunal Constitucional rechazó la inaplicabilidad por existir empate de votos, de modo de no alcanzarse la mayoría constitucional para acogerlo. Sin embargo, el voto que impidió que prosperaran los requerimientos sólo analizó en forma abstracta la igualdad ante la ley, sin

tomar en consideración el caso particular, como se pide expresamente que se efectúe en esta oportunidad. El voto por acoger los requerimientos, en cambio, sí cumplió con analizar la igualdad en los casos concretos, manifestando –luego de aludir al respeto de la bilateralidad en las modificaciones de los contratos y a que el contrato de salud se enmarca dentro del ámbito de la seguridad social– que el sistema de reajuste consagrado en los preceptos cuestionados consagra un privilegio a las ISAPRES, carente de fundamento racional y violatorio de la igualdad ante la ley.

Agrega que las limitaciones que para el reajuste anual del precio base establece el artículo 38 bis de la Ley de ISAPRES, al cual se remite el inciso tercero del artículo 38 de la misma ley, no hacen desaparecer la inconstitucionalidad del reajuste. A su vez, el artículo 38 bis no establece limitación alguna de fondo, como sería fijar un límite de anualidades a reajustar. Por su parte, la Superintendencia de Salud se limita a supervigilar aspectos formales e irrelevantes, como que el reajuste no sea superior a 1,3 veces ni inferior a 0,7 veces el promedio de las variaciones porcentuales del precio base de todos los planes; que no se discrimine entre afiliados a un mismo plan; que no se considere el estado de salud del afiliado –cuestión que pone en duda en el caso concreto– y que las condiciones sean las mismas ofrecidas a los nuevos contratantes del plan, en circunstancias que el plan de la requirente hace años que no se comercializa. Luego, la Superintendencia carece de facultades legales para controlar el monto de los reajustes y su fundamento.

Aún más, la Superintendencia, no obstante que los precios de los planes se expresan en unidades de fomento, de modo que compensan automáticamente la inflación, adicionalmente fija un índice de variación de precios que es aplicado por las ISAPRES, basado en el valor de las prestaciones que otorgan, más los subsidios de salud y la frecuencia de aquéllas y éstos, lo que en definitiva es un índice de gastos y no de precios, que afecta más aún a los afiliados.

Añade que el desequilibrio entre las ISAPRES y el afiliado se aprecia en que aquéllas son las únicas empresas monopólicas en Chile que quedan fuera de la ley sobre protección de los derechos de los consumidores, no obstante estarse en presencia de un contrato de adhesión, y fuera del D.L. Nº 211, sobre Libre Competencia, que impediría a la ISAPRE conductas anticompetitivas en contra de cotizantes cautivos que alcanzan el 30% de los afiliados.

**2º.** Infracción del derecho a la protección de la salud y a elegir el sistema de salud, estatal o privado, asegurados por el artículo 19, Nº 9º, de la Constitución:

Los artículos 38, inciso tercero, y 38 bis, al consagrar las tres alternativas aludidas –aceptar el reajuste, aceptar un plan alternativo con menos cobertura o irse de la ISAPRE–, conducen a la violación del derecho de la

afiliada a elegir el sistema privado de salud, pues el Estado permite optar, pero no que se pueda perseverar en la opción, toda vez que la ISAPRE puede alzar unilateralmente el precio base del plan hasta obtener la salida de la afiliada de la ISAPRE, por su imposibilidad de costearlo.

**3º.** Infracción de la igualdad en dignidad y derechos, asegurada en el artículo 1º, inciso primero, de la Constitución, en relación con el artículo 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

Dicha aplicación significa reconocer el derecho de Cruz Blanca a imponer sus decisiones discrecionales de reajuste, legitimando una relación contractual de sometimiento a la ISAPRE y en que ésta siempre gana y la requirente es desplazada a persona de segunda clase, no obstante que la dignidad humana constituye un enunciado constitucional de eficacia directa y aplicación inmediata, y cuyo respeto constituye una obligación internacional del Estado chileno.

**4º.** Infracción de la obligación del Estado de estar al servicio de la persona y promover el bien común, contemplada en el artículo 1º, inciso cuarto, de la Constitución:

El Legislador ha creado un sistema injusto y aberrante, en el cual mientras más edad y siniestralidad tenga la requirente y mientras cuente con menos ingresos, igualmente se le reajustará y aumentará anualmente el valor de su plan, a menos que sufra la indignidad de irse trasladando a un plan con cada vez menos beneficios y coberturas. Así, el Estado chileno no se ha alineado con el bien común, sino con los intereses particulares de las ISAPRES.

**5º.** Infracción del derecho de propiedad de la afiliada sobre el plan de salud contratado, asegurado en el artículo 19, N<sup>º</sup> 24º, de la Constitución:

La aplicación de los artículos 38, inciso tercero, y 38 bis en la gestión *sub lite* infringe y desconoce el derecho de propiedad de la requirente sobre los beneficios y coberturas de su plan de salud, pues, para mantenerlos, debería aceptar el reajuste discrecional del precio base. Las otras opciones, de aceptar un plan con menos coberturas o emigrar a FONASA, igualmente violan su derecho de propiedad, así como el principio de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, infringiéndose, asimismo, el artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental, que estatuye el deber del Estado –incluido el Tribunal Constitucional– de respetar los derechos garantizados por la Constitución y los tratados internacionales.

**6º.** Infracción del derecho a la integridad psíquica, asegurado en el artículo 19, N<sup>º</sup> 1º, de la Constitución, en relación con el artículo 12, N<sup>º</sup> 1º, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Es irracional que, para denunciar la violación de sus derechos constitucionales, la requirente deba recurrir año a año de protección o, en caso de vencerle el plazo para ello, deba recurrir al juicio arbitral ante la Superintendencia de Salud, cuando existe la presente acción de inapli-

capacidad al efecto. Recurrir de protección o demandar en juicio arbitral anual e indefinidamente, constituye un atentado a la integridad psíquica y emocional de la actora, salud mental que ha sido reconocida como obligación internacional de los Estados.

**7°.** Infracción del derecho a la seguridad social, asegurado en el artículo 19, N° 18°, de la Constitución:

Se pregunta la requirente qué seguridad social puede tener si a sus 57 años está gravemente enferma y con un hijo dependiente y no sabe si puede seguir en la ISAPRE, por su incapacidad económica para solventar el reajuste de su plan de salud, o si debe reducir beneficios y coberturas o migrar a FONASA con la quinta parte del financiamiento de sus gastos en salud.

**8°.** Infracción del derecho a que las disposiciones legales no infrinjan derechos constitucionales ni los afecten en su esencia, consagrado en el artículo 19, N° 26°, de la Constitución:

Los artículos 38, inciso tercero, y 38 bis de la Ley de ISAPRES, en su aplicación al juicio arbitral que constituye la gestión pendiente, vulneran los derechos constitucionales de la requirente, en los términos ya expuestos y, como conforme a los artículos 6° y 7° de la misma Carta Fundamental, está vedado a los tribunales de justicia –incluidos los arbitrales– dejar de aplicar normas legales aunque sean inconstitucionales, es precisamente esta Magistratura Constitucional la que tiene el deber de declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de dichos preceptos en el caso particular, en aras de hacer realidad la servicialidad del Estado, promover el bien común e impedir la violación de los derechos constitucionales de la actora.

La Primera Sala de esta Magistratura Constitucional, por resolución de 6 de noviembre de 2012 (fojas 108), admitió a trámite el requerimiento y, por resolución de 14 de diciembre de 2012 (fojas 235), luego de evacuados los traslados y oídos los alegatos de las partes al efecto, lo declaró admisible.

A fojas 242, se confirió a los órganos constitucionales interesados y a la ISAPRE Cruz Blanca S.A., en su calidad de parte en la gestión en que incide, el plazo de 20 días para formular sus observaciones sobre el fondo del requerimiento.

Con fecha 18 de enero de 2013, a fojas 259, la ISAPRE Cruz Blanca S.A. formula dentro de plazo observaciones al requerimiento, instando por su rechazo en todas sus partes, en virtud de las siguientes consideraciones:

En primer lugar, aduce los siguientes motivos generales para el rechazo del requerimiento:

**1°.** Las normas impugnadas no resultan decisivas en la resolución de la gestión pendiente:



La jurisprudencia, tanto de las Cortes de Apelaciones como de la Corte Suprema, en sede de protección, y de la Superintendencia de Salud, actuando como árbitro arbitrador, nunca ha puesto en duda la juridicidad ni la constitucionalidad de la facultad de las ISAPRES de reajustar el precio base de los planes de salud, conforme a los artículos 38, inciso tercero, y 38 bis de la Ley de ISAPRES, sino que se ha centrado en el modo concreto en que las ISAPRES hacen uso de dicha facultad legal, para determinar si se ajusta a derecho o afecta los derechos de los afiliados. En efecto, como indica la requirente, virtualmente la totalidad de los recursos de protección han sido acogidos por las Cortes de Apelaciones y Suprema, pero sin afirmar nunca que los preceptos legales impugnados generen *per se* efectos contrarios a la Constitución, ni considerar que dichos preceptos impidan acoger los respectivos recursos. En esta situación, no procede declarar la inaplicabilidad, en la medida que las normas cuestionadas no son decisivas en la resolución del asunto y que la revisión concreta de las actuaciones de la ISAPRE, a partir de dichas normas, constituye una discusión de mérito que corresponde al juez de fondo.

Lo dicho no se altera por el hecho de que en el presente caso la gestión pendiente se tramite ante el Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud de la Superintendencia de Salud, pues éste, al igual que el Superintendente en la apelación, actúan como árbitros arbitradores, por lo que, conforme al artículo 223, inciso tercero, del Código Orgánico de Tribunales, fallarán “*obedeciendo a lo que su prudencia y equidad les dictaren*”. Luego, no están sujetos al deber de aplicar estrictamente disposiciones legales y, como señala la requirente, estos árbitros también han acogido la mayoría de los reclamos similares al suyo, no obstante la existencia de los preceptos legales impugnados.

2°. El requerimiento debe ser rechazado porque la eventual inconstitucionalidad que plantea la actora ya fue conocida y fallada por este Tribunal Constitucional, sin que la presente acción pueda desconocer la cosa juzgada:

Así, por sentencia de 2 de mayo de 2012, esta Magistratura Constitucional rechazó en el fondo dos requerimientos de inaplicabilidad recaídos en los mismos preceptos legales ahora impugnados, y por los mismos vicios, de modo que estos preceptos deben entenderse como conformes a la Constitución. Lo contrario, además, implicaría desconocer la presunción de constitucionalidad de las normas jurídicas.

3°. El requerimiento debe rechazarse porque plantea una discusión crítica y de mérito acerca del modelo regulatorio empleado en el sector salud en nuestro país y no una cuestión de constitucionalidad:

En efecto, nuestro esquema de control de constitucionalidad supone el reconocimiento de la autonomía del legislador y la deferencia razonada, que implica reconocer la discrecionalidad del legislador dentro de

los márgenes fijados por la Constitución. En materia de salud, el diseño regulatorio ha sido fijado por el artículo 19, N° 9°, inciso cuarto, de la Carta Fundamental, conforme al cual el Constituyente dejó abierta a los particulares la participación en el sector salud, en la forma y condiciones determinadas por la ley. Así, conviven actores públicos y privados operando, en materia de financiamiento, tanto FONASA como las ISAPRES, y contemplándose mecanismos para internalizar los costos, como condición esencial para garantizar la ejecución de las acciones de salud. En esta parte, la garantía es doble: por una parte se definen mínimos de cobertura que las ISAPRES deben asegurar a los afiliados y, por la otra, se asegura a las personas que, si su contrato con la ISAPRE queda sin efecto, serán reincorporadas al sistema del FONASA, de modo que nunca queden sin cobertura de salud.

El contrato de salud previsional es, además, un contrato regulado, en que el legislador reglamenta el precio que las ISAPRES pueden cobrar a sus afiliados, en la lógica de un contrato de seguro, que implica transferencia de riesgos de salud del afectado al asegurador, a cambio de una prima. En este sentido, esta Magistratura Constitucional, en su sentencia Rol N° 1.710, manifestó que la naturaleza del contrato de salud estaba vinculada al derecho a la protección de la salud y al derecho a la seguridad social, por lo que no puede interpretarse sólo a la luz del contrato de seguro, pero no señaló que fuera del todo ajeno a la lógica de los contratos de seguros, como parece pretender la requirente.

En la lógica antedicha, el legislador ha regulado el precio base de los contratos, permitiendo a las ISAPRES modificarlo anualmente, como medio de restablecer el equilibrio, frente a otras reglas que benefician al afiliado, como, por ejemplo, la duración indefinida del contrato o que el afiliado puede ponerle término a su sola voluntad, mientras que la ISAPRE sólo puede hacerlo por causas legales. Sin embargo, la misma Ley de ISAPRES, desde el año 2005, contempló un esquema de banda de precios, de modo que el reajuste del precio base no sea superior a 1,3 veces ni inferior a 0,7 veces el promedio de las variaciones porcentuales del precio base de todos los planes. Con este método, además, se establece una doble solidaridad entre los afiliados y las ISAPRES, consistente en que la variación del precio base debe ser la misma para todos los afiliados a un mismo plan y en que la banda de precios establece un máximo de reajuste para todos los planes de una misma ISAPRE. Así, los afiliados de menor costo subsidian a los de mayor y el precio base de los segundos aumenta menos.

El requerimiento también da a entender que no es necesario un sistema de reajuste de precios, desde que los contratos de salud se fijan en unidades de fomento, de modo que incorporan la variación del Índice de Precios al Consumidor. Sin embargo, los precios de las prestaciones de salud aumentan en forma considerablemente superior al IPC, conforme al

cálculo que efectúa la Superintendencia de Salud de acuerdo al aumento del valor de las prestaciones, al aumento de su frecuencia y las variaciones en las licencias médicas, que son de cargo de las ISAPRES. Así, por ejemplo, el año 2012, la Superintendencia determinó que los costos operacionales de las ISAPRES aumentaron un 2,15% por sobre la variación del IPC. Luego, el sistema contemplado en las normas legales impugnadas permite de modo razonable restablecer el equilibrio económico de los contratos de salud. Si bien se dice que FONASA no reajusta sus precios, lo cierto es que a este sistema anualmente se le aportan fondos directamente a través de la Ley de Presupuestos, reconociendo así el Estado que los costos de salud aumentan por sobre el IPC.

4°. El requerimiento debe ser rechazado, pues el proceso de adecuación del precio base del último año se ha ajustado a la legislación y normativa de la Superintendencia del ramo vigentes y no perjudica los derechos de los afiliados.

Así, sin perjuicio de que la requirente plantea cuestiones de mérito propias de la discusión ante los jueces del fondo, lo cierto es que –en relación con los mecanismos de solidaridad aludidos– el sistema legal de adecuación de precios no permite distinguir entre afiliados a un mismo plan, y debe aplicarse –dentro de la banda de precios– a todos los afiliados a la respectiva ISAPRE, de modo que no es admisible afirmar que Cruz Blanca estaría interesada en perjudicar arbitrariamente a un afiliado específico con el alza, pues ello es imposible.

A continuación, Cruz Blanca se hace cargo de las vulneraciones de derechos fundamentales invocadas por la requirente, estimando que ninguna de ellas concurre en la especie, por lo que solicita se rechace la acción de inaplicabilidad de autos, en los siguientes términos:

1°. La aplicación de los preceptos impugnados no vulnera la igualdad ante la ley ni la prohibición de establecer diferencias arbitrarias.

Como se explicó, por la aplicación de las disposiciones de la Ley de ISAPRES, el alza del precio base que se cobra a la requirente es igual para todos los afiliados de la ISAPRE que han contratado el mismo plan. Así, no se aprecia cómo podría generarse una discriminación arbitraria o vulnerarse la igualdad ante la ley de la actora.

2°. No se vulnera el derecho a la protección de la salud ni el derecho a elegir el sistema privado de salud por la requirente.

La Constitución y la ley entienden que la opción por el sistema privado es libre del afiliado, pero debiendo asumir los costos y condiciones del mismo, que no pueden ser traspasados al Estado o a otro privado, incluida la ISAPRE, pues ello llevaría al colapso y ruina del sistema.

3°. No se vulnera la igualdad en dignidad y derechos de la requirente.

Acá no estamos propiamente en presencia de un derecho, sino de una de las bases de la institucionalidad, que no se aprecia cómo podría verse

afectada. Además, la igualdad en dignidad y derechos supone proscribir las diferencias arbitrarias, pero no que exista una igualdad absoluta. Siendo libre la afiliación a la ISAPRE y existiendo un esquema en que la modificación del precio base es soportada solidariamente entre los afiliados a un mismo plan y a una misma ISAPRE, ello favorece a los que se encuentran en una peor situación.

4°. No se vulnera el bien común.

Sin perjuicio de que también se trata de una base de la institucionalidad, lo cierto es que las normas impugnadas no sirven al solo interés de la ISAPRE, sino que constituyen un mecanismo de re-estabilización del equilibrio económico del contrato, que permite la viabilidad del sistema en el tiempo.

5°. No se vulnera el derecho de propiedad sobre el plan.

Este argumento es asimétrico, pues la actora pretende mantener las prestaciones y beneficios de su plan, pero se niega a pagar el precio al que se obligó y que está configurado tanto en la ley como en el contrato.

6°. No se vulnera el derecho a la integridad psíquica.

La actora sustenta esta infracción en la eventual incertidumbre que sufriría en cuanto a la mantención de su plan, como si no tuviera más alternativas, en circunstancias de que puede cambiarse de plan dentro de la ISAPRE o cambiar de ISAPRE, y tiene la certeza de que siempre podrá volver a FONASA.

7°. No se vulnera el derecho a la seguridad social de la actora.

La Constitución dispone que el Estado debe garantizar el acceso a prestaciones básicas uniformes, sea a través del sistema público o privado, debiendo así los particulares colaborar con el Estado en la generación del derecho social en comento, pero ello no puede entenderse –como hace la requirente– como la privación de todo beneficio lícito para los privados que operan en el sistema.

8°. No se vulnera el derecho a que las disposiciones legales no infrinjan derechos constitucionales ni los afecten en su esencia, que la actora ha vinculado, además, con el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución.

Conforme a todo lo dicho, no se divisa cómo las normas cuestionadas podrían producir una afectación de derechos en su esencia, desde que aquéllas establecen un sistema de cobertura de riesgos de salud para todo el conjunto de afiliados y que es viable en el tiempo.

Es válido que la requirente pueda preferir un sistema diferente, pero ello no transforma –ni en abstracto ni en concreto– en inconstitucionales los artículos 38, inciso tercero, y 38 bis de la Ley de ISAPRES.

Concluye Cruz Blanca que el requerimiento debe rechazarse, además, porque, de acogerse, se la estaría afectando en su derecho constitucional a la libre iniciativa económica, toda vez que la ISAPRE ha desarrollado legítimamente la actividad económica relacionada con la protección de

la salud y con estricto apego a la ley que la regula, conforme a los numerales 9° y 21° del artículo 19 constitucional. Asimismo, se le conculcaría su derecho de propiedad sobre los derechos derivados de los contratos de salud que ha suscrito con la requirente, al invalidar un mecanismo de costos pactado en el mismo contrato. Invocar un derecho social no puede implicar desconocer la esencia de otros derechos constitucionales.

A fojas 328, se ordenó traer los autos en relación y, en sesión de Pleno de 9 de mayo de 2013, se acordó la vista preferente de la presente causa, agregándose en la tabla de Pleno del día 16 de mayo de 2013, fecha en que tuvo lugar la vista de la causa, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados Pedro Barría Gutiérrez, por la requirente, y Germán Concha Zavala, por Isapre Cruz Blanca S.A. Con fecha 22 de mayo de 2013 se adoptó acuerdo en esta causa.

#### Y CONSIDERANDO:

### I

#### CUESTIÓN SOMETIDA A ESTE TRIBUNAL

**PRIMERO.** Que, conforme se ha expuesto, la requirente estima arbitrario y abusivo que el precio base del plan convenido con su Institución de Salud Previsional se reajustara por un año en 2,4%, pasando de 2,18 a 2,23 UF. Anomalías que –en su concepto– resultarían de aplicar dos normas que componen el régimen económico de los contratos de salud, según la Ley N<sup>º</sup> 18.933: la que permite a la Isapre modificar ese precio base con fundamento en una necesaria “adecuación” de las condiciones generales vigentes (inciso tercero del artículo 38), y aquella que establece determinadas “limitaciones” a objeto de que este reajuste no sea discriminatorio (artículo 38 bis). Ambos preceptos aparecen reproducidos actualmente en el Decreto con Fuerza de Ley N<sup>º</sup> 1, de 2006, del Ministerio de Salud (en los artículos 197 y 198, respectivamente).

La arbitrariedad consistiría en que se permite a la Isapre reajustar unilateralmente el precio base, sin que existan razones que lo justifiquen. El abuso radicaría en que el reajuste calculado no consideró la situación particular que aquejaría a la requirente, en tanto cotizante cautiva y doliente de graves enfermedades crónicas incurables, que le ocasiona un progresivo deterioro económico. Luego, el requerimiento discurre en el sentido de que ambas situaciones –abuso y arbitrariedad– serían consecuencia de aplicar los impugnados artículos de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, efecto que los tornaría contrarios a la Constitución, acorde a lo reseñado en la parte expositiva de esta sentencia.

Además de algunas críticas globales que le merece la concepción del sistema, aduce la requirente que, no estando dispuesta a reclamar ante tribunales contra las alzas que padece cada año, ejerce esta acción consti-

tucional para inaplicar las normas que menoscabarían sus derechos constitucionales;

**SEGUNDO.** Que, planteadas así las cosas, el presente requerimiento no puede prosperar. Porque no puede ser contrario a la Constitución que la ley prevea un alza de precios o tarifas respecto de contratos indefinidos y con prestaciones diferidas en el tiempo, si se entiende que ello obedece al ecuaníme propósito de adaptarlos a las nuevas circunstancias, que hacen posible financiar el incremento efectivo en los beneficios de salud.

La incapacidad de algunas Isapres para explicar las causas económicas que justificarían el alza en los precios base, entonces, no deriva de aplicar esta ley sino que –al contrario– daría cuenta de una infracción a la misma, incurriéndose en una falta de fundamentación cuya corrección compete a los jueces del fondo, mas no al Tribunal Constitucional. Esto, sin perjuicio de que las necesidades de impulsar una motivación satisfactoria y de atender situaciones particulares especialmente gravosas, acaso ameritarían perfeccionar la normativa vigente, lo que tampoco cabe acometer a este órgano jurisdiccional, por corresponder en definitiva, con arreglo al artículo 19, N<sup>os</sup> 9<sup>o</sup> y 18<sup>o</sup>, de la Constitución Política, al legislador;

## II ANTECEDENTES

**TERCERO.** Que, efectivamente, conforme se desprende de los numerales 9<sup>o</sup> y 18<sup>o</sup> del artículo 19 de la Carta Fundamental, este último en relación con sus artículos 63, N<sup>o</sup> 4, y 65, inciso cuarto, N<sup>o</sup> 6, conviene tener presente que tanto el derecho a la protección de la salud como el derecho a la seguridad social presuponen la cobertura de ciertos estados de necesidad a través de determinadas prestaciones o servicios, solventadas con equivalentes cotizaciones o aportes; aspectos esenciales –todos– cuya entidad y cuantía son materia de reserva legal.

Esto es, no se reconocen tales derechos en el acceso irrestricto a un universo de beneficios ilimitados, sino en la previsión de unas prestaciones que deben correr a parejas con sus correspondientes fuentes de financiamiento legal, equitativas y proporcionadas;

**CUARTO.** Que, en ausencia de un modelo ideal, que permita conjugar óptimamente todos estos diversos factores, el caso es que la Ley N<sup>o</sup> 18.933, siguiendo el esquema básico de los contratos de seguro, optó por regular un sistema privado de salud administrado por las Instituciones de Salud Previsional, a quienes se les ordena que “*financiarán las prestaciones y beneficios de salud, con cargo al aporte de cotización legal para salud o una superior convenida*” a las personas que tengan la calidad de afiliados al régimen, conforme prescribe el citado D.F.L. N<sup>o</sup> 1, de 2005, del Ministerio de Salud (artículo 171, inciso primero).

Esta fórmula legislativa es perfectamente coherente con las mencionadas garantías constitucionales, las cuales permiten la concurrencia de instituciones públicas y privadas en la administración de los aportes respectivos. De allí que en este rubro se contemple la participación tanto de las Isapres, que en lo que interesa sólo se nutren con los precios que perciben de sus cotizantes, como –por otra parte– de un servicio público, el Fondo Nacional de Salud, que se financia con una cotización mensual indexada al reajuste e incremento de las remuneraciones de los afiliados más los aportes estatales directos que contempla su presupuesto oficial;

**QUINTO.** Que, en esta lógica, como las Isapres han de asumir los riesgos puestos a su cargo por un tiempo que puede durar toda la vida del afiliado, aparece indispensable al Estado modular “*el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social*”, y las consiguientes obligaciones correlativas, en los términos del artículo 19, N<sup>º</sup> 18<sup>º</sup>, inciso cuarto, constitucional, mediante un procedimiento de actualización de los precios contratados.

Fue así que, como contrapartida a la duración indefinida de los contratos de salud, en su origen la Ley N<sup>º</sup> 18.933 facultó ampliamente a las Isapres para modificar en forma anual los precios, prestaciones convenidas y la naturaleza y monto de los beneficios, con las acotadas restricciones y cumpliendo las formalidades que ese texto señalaba. Además de las modificaciones que introdujo, el año 1995, la Ley N<sup>º</sup> 19.381 (artículo 1<sup>º</sup>, N<sup>º</sup> 16, que reemplazó los tres primeros incisos del primitivo artículo 38), donde se obligó a las Isapres a ofrecer un plan alternativo por el mismo precio;

**SEXTO.** Que, a continuación, es de subrayar que uno de los principales cambios que introdujo posteriormente la Ley N<sup>º</sup> 20.015, fue minorar los precios en los contratos de salud que podían variar autónomamente las Isapres (artículo 1<sup>º</sup>, N<sup>º</sup> 14, letra b), a un tiempo de limitar el ejercicio de esa facultad, poniendo como condición la observancia de precisas reglas legales sobre adecuación (artículo 1<sup>º</sup>, N<sup>º</sup> 15), según quedaron redactados –tras esta reforma del año 2005– los mencionados artículos 38 y 38 bis;

**SÉPTIMO.** Que, en virtud de dicho artículo 38 (artículo 197 del DFL N<sup>º</sup> 1, de 2005), las Isapres sólo pueden modificar el precio base del plan (con las limitaciones que se indican en el artículo 38 bis), pero no los beneficios, los que únicamente se pueden cambiar de mutuo acuerdo y conforme a un plan de comercialización; las alteraciones se deben comunicar oportunamente; así como es menester ofrecer planes realmente alternativos y equivalentes en cuanto a precio base.

Merced al artículo 38 bis (artículo 198 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, de 2005), las Isapres deben informar a la Superintendencia del ramo el precio base de todos sus planes vigentes a enero de cada año, lo mismo que la variación que introducirán a esos precios base; las fluctuaciones tienen un mínimo

y un máximo, ya que no pueden exceder en 1,3 veces el promedio ponderado de precios bases ni ser inferiores a 0,7 veces dicho promedio; las instituciones no pueden ofrecer rebajas a fin de evitar discriminaciones, a la vez que se prohíbe ofrecer cualquier plan alternativo por los períodos que indica la ley, para impedir que una Isapre incumpla las reglas anteriores. Además, la norma confiere potestades expresas a la Superintendencia para fiscalizar su observancia y dejar sin efecto aquellas alzas de precios que no se ajusten a tales prescripciones;

### III CONSIDERACIONES

**OCTAVO.** Que, en lo que incumbe ahora a la arbitrariedad invocada, es dable reiterar cuanto este Tribunal sostuviera en sentencia desestimatoria Rol N° 1856-10 (2020-11), en orden a que la facultad que los referidos preceptos atribuyen a las Isapres para ajustar el precio base de los contratos de salud se encuentra razonablemente delimitada por el propio legislador. De modo que no puede entenderse como una potestad omnimoda de reforma unilateral, a ser ejercida con volubilidad, sino, más bien, como un mecanismo concebido para mantener la equivalencia de las prestaciones de los contratantes, con vistas a precaver que, a través de su aplicación, se produzca un enriquecimiento sin causa de una de ellas en desmedro de la otra.

Las señaladas normas no sólo proscriben las discriminaciones y consagran severas prohibiciones en orden a incrementar los precios considerando el estado de salud de los afiliados y sus cargas, sino que también estatuyen reglas precisas a las que deben sujetarse las Isapres al poner en práctica la antedicha potestad, cuyo cumplimiento se encomienda fiscalizar a la Superintendencia respectiva, pudiendo este servicio dejar sin efecto las alzas de precios que no se ajusten a ellas y aplicar, además, sanciones que han de ser informadas al público en general;

**NOVENO.** Que todo lo anterior es sin perjuicio de la impugnación jurisdiccional de las aludidas alzas, generalizadamente practicada por aquellos afiliados a las Isapres que se han sentido agraviados en sus derechos por aumentos injustificados en los precios base de sus respectivos contratos.

Reclamos que han sido acogidos, sentando la Corte Suprema la doctrina de que tales reajustes deben basarse en cambios efectivos y verificables de los precios de las prestaciones cubiertas por el plan del afectado, en razón de alguna alteración significativa de sus costos, de modo que al disponer un aumento sin aportar antecedentes específicos que lo justifiquen, la Isapre del caso procede “*sin atender a los términos de los artículos 197, 198 y 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1*” (sentencia de 7 de enero de 2013, Rol N° 8327-2012, entre otras);



**DÉCIMO.** Que si es regla común en el mundo de los negocios que las empresas deben dejar tan claro como sea posible el móvil en los reajustes de sus precios, a fin de que se perciban como justos y no ligados al mero deseo de incrementar sus ganancias u otros motivos ocultos, con cuanto mayor razón esta máxima debe entenderse incorporada en los artículos examinados de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, que versan sobre un contrato regulado por gravitante en la eficacia real de sendos derechos fundamentales.

Por lo mismo que la inaplicabilidad de estos preceptos produciría el efecto de restar aquel soporte legal que –en sede jurisdiccional– permite precisamente exigir una motivación convincente a las Isapres, tal como se advirtiera en esa sentencia de rechazo recaída en autos Rol N<sup>º</sup> 1856;

**DECIMOPRIMERO.** Que, atinente enseguida al abuso aducido, cabe observar que el D.F.L. N<sup>º</sup> 1, citado, define la expresión “*precio base*” como “*el precio asignado por la Institución a cada plan de salud. Se aplicará idéntico precio base a todas las personas que contraten el mismo plan*” (artículo 170, letra m). Repitiendo así cuanto dice el inciso tercero del artículo 197 del mismo cuerpo normativo (inciso tercero en el artículo 38 de la Ley N<sup>º</sup> 18.933), en cuanto a que la revisión anual de tal suma debe hacerse “*en condiciones generales que no importen discriminación entre los afiliados de un mismo plan*” y que “*las revisiones no podrán tener en consideración el estado de salud del afiliado y beneficiario*”.

Vale decir, si en materia de precios base el Legislador ha establecido una regulación general, justamente puesta para garantizar la igualdad y la ausencia de discriminaciones, no procede que ésta sea sustituida en sede jurisdiccional por una regulación particular, basada en la equidad del caso y ponderando elementos de juicio que la ley tuvo buenos motivos para excluir expresamente al efecto de que se trata;

**DECIMOSEGUNDO.** Que, así como la ley ha estimado improcedente que estos precios generales fluctúen en razón del estado de salud de cada uno de los usuarios, como pretende la requirente, tampoco ha preceptuado que sus reajustes deban guardar relación con la renta individual de los mismos, toda vez que ello distorsionaría absolutamente el sistema. Porque implicaría, o gravar a las instituciones con una carga indebida de no mediar compensaciones estatales, al imponérseles que sigan brindando un servicio con precios fijos y desactualizados, o estimular el aumento de los precios desde un principio, encareciendo artificialmente el acceso al sistema.

Por eso, en anterior oportunidad, precisamente tratándose del derecho a la protección de la salud, este Tribunal tuvo oportunidad de pronunciarse en el sentido de que él no es absoluto, amén de que los detrimentos o menoscabos en el patrimonio no bastan para dar por establecida una infracción al derecho aludido por parte del legislador (STC Rol N<sup>º</sup> 1.266, cc. vigesimotercero, vigesimocuarto y vigesimonoveno);

**DECIMOTERCERO.** Que tampoco puede estimarse vulnerado, en la especie, el derecho de propiedad sobre las coberturas y beneficios contratados, como alega la requirente. Siendo bastante para desechar este argumento la circunstancia de que no es titular de un estatus que le permita mantener un precio inalterado, desde que la ley incorporada a su contrato de salud contempla explícitamente la posibilidad de que la Isapre reajuste el precio base, por las razones anotadas y con las limitaciones a que se ha hecho mención anteriormente.

Insistir, es menester, que tal reajuste encuentra su razón de ser en el hecho de que se trata de contratos de tracto sucesivo e indefinidos en el tiempo. Por lo que contraría al mismo derecho de propiedad conformarse sólo con aquellas normas sobre reajuste, que naturalmente le incomodan, pero no con las que favorecen al afiliado. Dejándose a salvo de reclamo –como se intenta en la especie– las que establecen que los contratos perduran por tiempo indefinido y que no pueden dejarse sin efecto por la Isapre, a menos que medie incumplimiento o mutuo acuerdo entre las partes (inciso primero del artículo 38); la facultad que tiene el cotizante para desahuciar unilateralmente el contrato (inciso segundo); así como la norma que permite modificar los beneficios contractuales de consuno (inciso cuarto), entre otras;

**DECIMOCUARTO.** Que, finalmente, no corresponde hacerse cargo de las demás garantías y normas constitucionales invocadas, porque lo han sido a título meramente argumental, esto es sin indicar exactamente cómo ellas resultarían afectadas por la puesta en práctica de los preceptos legales reclamados.

Al paso que tampoco esta Magistratura puede pronunciarse respecto a otros cuestionamientos genéricos, a que se haría merecedor el sistema, ni le compete opinar acerca de las razones que impulsarían el alza en los reajustes cuestionados;

#### IV CONCLUSIÓN

**DECIMOQUINTO.** Que, en las condiciones anotadas, no se ha demostrado en este proceso que concurra el presupuesto necesario para acoger un requerimiento de inaplicabilidad, cual es que la aplicación de las normas legales impugnadas dé por resultado esas supuestas inconstitucionalidades, en la especie presentadas como abuso y arbitrariedad.

Además que los artículos 38, en su inciso tercero, y 38 bis de la Ley Nº 18.933 aparecen ajustados a la Carta Fundamental, por las consideraciones antes expresadas. A lo que debe reiterarse que las eventuales infracciones o deficiencias relativas a dichas disposiciones, competen ser corregidas por los jueces del fondo o por los órganos legisladores, según corresponda, pero no al Tribunal Constitucional.

Y TENIENDO PRESENTE, además, las disposiciones pertinentes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se contiene en el D.F.L. N<sup>º</sup> 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia,

SE RESUELVE:

**Que se rechaza el requerimiento deducido a fojas 1.**

Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 108. Officiase al efecto a la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud de la Superintendencia de Salud.

No se condena en costas a la requirente, por estimar el Tribunal que tuvo motivo plausible para deducir su acción.

**El Ministro señor Juan José Romero Guzmán previene** que concurre al fallo, con excepción de lo dispuesto en sus considerandos noveno y décimo. Asimismo, éste fundamenta el rechazo al requerimiento en consideración, especialmente, a los argumentos complementarios que se esgrimen a continuación:

1°. Que el fundamento general esgrimido a favor de la declaración de inaplicabilidad en este tipo de casos consiste en que los artículos impugnados constituyen una regulación insuficiente y carente de razonabilidad, lo que pugna con el principio de reserva legal y trae como consecuencia una desigualdad ante la ley, además de vulnerar el derecho de protección de la salud y el derecho a la seguridad social;

2°. Que, más específicamente, un primer reproche a la regulación impugnada se sintetiza en que *“el legislador no ha regulado una materia básica referida a la seguridad social, pues ha entregado a la discrecionalidad de la Isapre la determinación del máximo neto de cada alza anual. Las únicas limitaciones que contempla la norma se refieren a la proporcionalidad de los incrementos entre los distintos planes, pero no establece una restricción o tope respecto del alza en sí misma. Ello deja al arbitrio de la Isapre la determinación del alza, con la única limitación de subir todos los planes en un rango relativamente similar. Dicha limitación consiste en que las variaciones del precio base no podrán ser superiores a 1,3 veces el promedio ponderado de las variaciones porcentuales de precios bases, informadas por la Isapre; ni inferiores a 0,7 veces dicho promedio. Dicho de otra manera, es admisible un incremento hipotético de un 30% y una rebaja, aún más hipotética, del mismo rango. Todo ello hace que nos encontremos frente a una carencia de una regulación legal suficiente, adecuada y eficaz para la determinación del precio base de un contrato de salud.”* (c. 37° del voto por acoger de la STC Rol N<sup>º</sup> 2.020);

3°. Que, en atención a lo anterior, lo primero que amerita ser destacado, en términos generales, es que hay una razonabilidad de que en contratos potencialmente de largo plazo, en donde las circunstancias son cambiantes, puedan establecerse mecanismos que faciliten el ajuste. Lo

anterior resulta particularmente atendible en contratos que por su naturaleza, como el de seguro, requieren de una evaluación y re-cálculo periódico de los riesgos. La normativa regula el ajuste de los contratos de seguro de salud de una forma que permite moderar las diferencias de precio entre planes e incrementar el efecto solidario entre éstos. De la misma manera se procura que con una razonable anticipación se puedan conocer las opciones abiertas a los cotizantes, las cuales deben cumplir ciertos estándares, todo lo cual queda bajo la supervisión de la Superintendencia de Salud;

4°. Que el segundo punto a ser destacado en relación al primer gran reproche es que se critica la regulación debido a que ésta no fija un límite o precio máximo, lo que facilitaría un abuso de la Isapre respecto de su contraparte. Este argumento se sustenta en supuestos inciertos y no acreditados. Así, pues, se asume que el mercado no constituye un factor capaz de disciplinar los precios, que no existe competencia alguna entre Isapres, y que Fonasa no es, en algún grado, una alternativa sustituta para los afiliados. Pero no sólo eso, sino que, equivocadamente, se insinúa como exigencia constitucional la necesidad de fijar un precio tope o máximo;

5°. Que un segundo reproche global al diseño legislativo que ha servido de fundamento a favor de acoger requerimientos de inaplicabilidad en esta materia consiste en que *“la ley no ha establecido condiciones o parámetros razonables en esta materia, ya que permite un reajuste unilateral del precio base por parte de la Isapre sin justificación alguna. Todo ello puede afectar el libre e igualitario acceso de las personas a las acciones de salud, al establecerse un precio que no guarda relación alguna con las rentas de los afiliados, contraviniendo así el equilibrio que tenía el contrato en un inicio.”* (c. 44° del voto por acoger de la STC Rol N° 2.020). Como consecuencia, a los afiliados a una Isapre *“se les estrecha el margen de libertad para decidir el sistema de salud al que deseen acogerse, sea éste estatal o privado.”* (c. 32° del voto por acoger de la STC Rol N° 2.020);

6°. Que el reproche al diseño legislativo recién expuesto puede ser desagregado en diferentes temas: (i) la permisividad de la ley a la posibilidad de reajustes sin justificación alguna y en contravención al equilibrio que tenían los contratos en un inicio; (ii) la existencia de un modelo legislativo de salud privada que no guarda relación alguna con las rentas de los afiliados; y (iii) el estrechamiento en el margen de libertad de los afiliados para decidir el sistema de salud al que deseen acogerse;

7°. Que, en relación a la primera objeción, esto es, la permisividad de la ley a la posibilidad de reajustes sin justificación alguna y en contravención al equilibrio que tenían los contratos en un inicio, no sólo resulta pertinente ratificar lo manifestado en los considerandos 4° y 5° precedentes, sino que corresponde, además, reconocer que la inflación de precios

de la salud es una realidad que no tiene por qué ser reflejo del abuso de los prestadores privados. Es un hecho notorio, reconocido por la autoridad, que las prestaciones médicas han experimentado alzas de precios (ver, por ejemplo, los boletines estadísticos del Instituto Nacional de Estadísticas referido a los indicadores referenciales de costos de las Isapre –IRCI). Este fenómeno del encarecimiento de las prestaciones médicas permite, a su vez, explicar, en parte, el aumento de precio de los planes de salud. En consecuencia, los incrementos de precios no tienen por qué obedecer al mero capricho de las Isapres y las normas impugnadas no tienen por qué asociarse a hipótesis de abuso, como si se tratara de una falencia crítica de diseño que no resulta constitucionalmente admisible;

8°. Que, en el caso concreto de autos, no se aprecia abuso, capricho o desproporción en el alza de precios ofrecida. Se trata, en primer lugar, de un aumento de precio de 2,4% sobre el valor de su plan, similar a la variación incremental promedio de costos calculado por la Superintendencia de Salud para el total de la industria, el cual ascendió a 2,15% (ver minuta de la Superintendencia de Salud, “ ‘IPC de la salud’, indicador del costo operacional de las Isapres entre el año 2011 y 2010”, 27 de marzo de 2012, p. 3). En consecuencia, el incremento de 2,4% en el precio del plan de salud de la requirente representa una variación relativamente marginal en relación al aumento promedio de costos de la industria, lo cual no parece sustentar la hipótesis de que la norma impugnada da lugar a un efecto arbitrario o caprichoso y, por ello, inconstitucional. En segundo lugar, y a mayor abundamiento, se alega que el reajuste produce en la requirente una merma económica de tal magnitud, que se verá incapacitada de poder seguir pagando el plan de salud que tenía. Sin embargo, los datos objetivos proporcionados por la parte requirente dan cuenta de que el ajuste del precio base ofrecido equivale a un 0.071% de su remuneración, o a un 0.24% si se considera el reajuste no sólo del precio base, sino del plan de salud, lo que no permite sostener la hipótesis de ausencia de proporcionalidad. En definitiva, si la regulación es tan deficiente e injusta que resulta constitucionalmente intolerable, cabe preguntarse qué impidió que el reajuste de precio fuera mayor (al punto de ser abusivo), en especial teniendo presente que las Isapres son empresas privadas que racionalmente buscan maximizar sus utilidades;

9°. Que, asimismo, respecto del planteamiento de que el ajuste de precio ofrecido contraviene el equilibrio que tenía el contrato en un inicio, es importante tener en consideración que lo relevante es el equilibrio en las prestaciones, es decir, que se obtenga efectivamente el servicio por el cual se paga. No se alega, en este caso concreto, que las prestaciones médicas hayan decaído en número o calidad. De hecho, las cifras de la industria indican que las Isapres han mantenido o aumentado los beneficios que entregan a sus afiliados. La información proporcionada por la

autoridad permite confirmar, en términos aproximados, lo manifestado por la Asociación de Isapres en el sentido de que en el año 2011 un 83,8% de los ingresos de las Isapres fueron destinados a financiar beneficios médicos (prestaciones y subsidios), mientras que en 2012 ascendieron a un 84,5% (Superintendencia de Salud, Estadísticas Financieras de las Isapres a diciembre de 2012, cuadro N° 1). La calidad y cantidad de los beneficios médicos de las Isapres no es algo que se haya puesto en duda por la requirente. De hecho, dicha parte manifiesta su decidida voluntad de permanecer en el sistema privado de salud, subrayando las diferencias de cobertura que tendría con la alternativa pública representada por Fonasa;

**10°.** Que en relación a la segunda objeción, esto es, que el diseño legislativo puede afectar el libre e igualitario acceso de las personas a las acciones de salud, al establecerse un precio que no guarda relación alguna con las rentas de los afiliados, es menester efectuar las consideraciones que siguen. Primero, una política como la aludida implicaría asumir que la exigibilidad del cumplimiento de una obligación contractual (como lo es, por ejemplo, el contrato de salud) está condicionada a la capacidad de pago del obligado, algo ajeno al sistema de obligaciones imperante en Chile. No puede reprocharse la constitucionalidad de una norma por no acoger tal aserto. Y, segundo, el pretender que los precios en un sistema de seguro privado de salud guarden relación con las rentas de los afiliados lleva a concluir que éstos tienen el derecho a permanecer para siempre en el plan de salud que se contrató, al mismo costo del pactado al inicio del seguro. En este sentido, resulta apropiado recordar la posición de minoría en la STC Rol N° 976, en la cual se señala que *“la Constitución no asegura a las personas poder permanecer en un determinado plan o seguro de salud, ni menos hacerlo por un precio inalterable.”* (c. noveno). En efecto, *“ningún precepto constitucional (...) garantiza acceder a un seguro destinado a cubrir los costos de salud, independiente de la capacidad de pago de quien pretende el bien y menos a mantener indefinidamente el que se pacta por un período determinado;”* (c. decimoprimer);

**11°.** Que lo mencionado precedentemente también resulta atingente frente a la tercera objeción de que a los afiliados a una Isapre *“se les estrecha el margen de libertad para decidir el sistema de salud al que deseen acogerse, sea éste estatal o privado”*. Frente a tal argumentación es importante tener presente, igualmente, que la garantía última de acceso universal a la salud recae en el sistema público (Fonasa en combinación con el plan Auge). La obligación impuesta al Estado de proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud está dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes a prestaciones básicas uniformes. Esto, como se dijo, no implica que exista un derecho constitucional de las personas a permanecer en un plan de salud privado

por un precio inalterado, sin consideración de los riesgos y costos involucrados. Los derechos sociales de prestación, en particular, el derecho a la salud y a la seguridad social, buscan garantizar prestaciones mínimas, las cuales están directamente vinculadas con el nivel de desarrollo económico de un país y con decisiones políticas expresadas en normas infra constitucionales;

12°. Que hay que tener presente, por último, que el derecho de cada persona a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado nunca será absoluto y que un eventual estrechamiento en el margen de libertad de los afiliados no sólo no vulnera la Constitución, sino que puede resultar inevitable si se atiende a la capacidad económica. En efecto, la capacidad económica puede alterar las oportunidades de la requirente para cubrir eventos actuales o futuros que afecten su salud, pero no cercenan su libertad de elección. Sin perjuicio de lo anterior, existe un argumento formal a tener en consideración: si se considerara que la enfermedad preexistente aducida por la requirente genera un efecto de cautividad en su Isapre y, en consecuencia, restringen su libertad de elección, el requerimiento debió interponerse contra las normas de la Ley de Isapres relativas a las preexistencias (artículos 189, N<sup>º</sup> 5, letra g) y h), y 190, N<sup>º</sup> 6, del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, de 2005), lo que no ocurrió. En consecuencia, y más allá de las consideraciones expuestas precedentemente, las alegaciones referidas al efecto de cautividad de las enfermedades crónicas que impedirían un cambio de Isapre no proceden en este caso, donde se discute la constitucionalidad de las normas relativas al reajuste del valor del precio base del plan de salud.

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino,** quienes estuvieron por acoger el requerimiento de inaplicabilidad, fundados en las siguientes consideraciones:

### **I. Normas legales impugnadas**

1°. Que el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ha impugnado el inciso tercero del artículo 38 (actual 197) y el artículo 38 bis (actual 198) de la Ley N<sup>º</sup> 18.933. La primera de estas normas establece que las Isapres podrán revisar anualmente los contratos de salud, pudiendo sólo modificar el precio base del plan, con las limitaciones a que se refiere el artículo 38 bis, 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°. Que, conforme a la segunda norma impugnada, la facultad de las Isapres para modificar discrecionalmente, en el mes coincidente al de

suscripción del contrato, el precio base de los planes de sus afiliados, debe sujetarse a ciertas reglas. Ellas exigen:

Que las Isapres informen el precio base de los planes a la Superintendencia, antes del 31 de marzo de cada año, y asimismo las variaciones que experimentarán los precios base de todos y cada uno de los planes cuya anualidad se cumpla entre los meses de julio del año en curso y junio del año siguiente (N<sup>os</sup> 1 y 2 del artículo 198).

Que la eventual alza de los precios base no podrá ser superior a 1,3 veces el promedio ponderado de las variaciones porcentuales de precios bases informadas por la respectiva Isapre, ni inferior a 0,7 veces dicho promedio (N<sup>o</sup> 2 del artículo 198);

## **II. Derechos constitucionales estimados infringidos por la requirente**

3°. Que los derechos constitucionales que la requirente considera vulnerados por estas disposiciones legales son: la igual dignidad y derechos de las personas desde su nacimiento (artículo 1°, inciso primero, de la Carta Fundamental); la igualdad ante la ley y la prohibición de establecer diferencias arbitrarias (artículo 19, numeral 2°); el bien común (artículo 1°, inciso cuarto); el derecho de propiedad (artículo 19, numeral 24°); el derecho de protección de la salud y la libertad de elegir entre el sistema privado o público de salud (artículo 19, numeral 9°); el derecho a la integridad psíquica (artículo 19, numeral 1°, inciso final); el derecho a la seguridad social (artículo 19, numeral 18°) y el derecho al respeto del contenido esencial de los derechos (artículo 19, numeral 26°);

4°. Que los suscriptores de este voto acogemos el requerimiento de autos basándonos, exclusivamente, en la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y en la relativa al derecho de protección de la salud, sostenidos en la invariable jurisprudencia que esta Magistratura ha definido como un estándar aplicable al caso *sub lite*, según se explicará;

## **III. El estándar constitucional del derecho a la salud**

5°. Que cabe tener presente la jurisprudencia previa de este Tribunal, puesto que configura el corpus teórico y práctico del derecho a la salud, determinando, junto a diversas normas constitucionales, el parámetro de control en estas materias;

6°. Que esta jurisprudencia cabe contrastarla, adicionalmente, con los escasos y polares avances interpretativos que han existido en el mundo, relativos al derecho a la protección de la salud. Así, por ejemplo, el reconocimiento de este derecho, en la perspectiva del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ha implicado



reconocer “la dimensión de relatividad o flexibilidad presente en la formulación del artículo 12 del PIDESC: la referencia al más alto nivel posible de salud pretende tener en cuenta tanto las precondiciones biológicas y socioeconómicas de cada persona como los recursos con los que cuenta cada Estado. En coherencia con ello, 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 nivel posible de salud” (Juan María Pemán Gavín, “El derecho a la protección de la salud”, en Marina Gascón, María del Carmen González y Josefa Cantero (Coordinadoras), *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 29). De esta manera, se defiende un núcleo básico ampliable según las condiciones de cada país. Bajo esta exigencia se van concretando los niveles mínimos de protección de la salud que los Estados están obligados a garantizar. Entre esos mínimos, está “el acceso a los servicios de salud en condiciones de no discriminación, alimentación esencial mínima, el acceso a medicamentos esenciales según el Programa de Acción de Medicamentos Esenciales de la OMS, la inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, etc.” (Observación General N<sup>º</sup> 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas).

También los Tribunales Constitucionales en el mundo se mueven entre dos polos en esta materia. Por una parte, un conjunto de países que “carecen de las condiciones objetivas previas –sanitarias y jurídico-institucionales– necesarias para que el derecho a la salud pueda alcanzar alguna dosis de efectividad” y otros “en las sociedades europeas desarrolladas, que están dotadas de un sistema público de asistencia sanitaria consolidado y maduro y que están además fuertemente medicalizadas, el núcleo básico o esencial de protección garantizado por el derecho a la salud puede considerarse ya alcanzado y asentado y el legislador se mueve en un escenario de opciones organizativas y prestacionales que resultan en su mayoría indiferentes desde el punto de vista constitucional (...) salvo que incurra en discriminación, por introducir divergencias de trato injustificadas” (Pema Gavín, Id., p. 56).

Por tanto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno y de otras magistraturas nacionales representa un espacio intermedio de construcción de garantías jurídico-institucionales que no cabe soslayar, consideradas en sí mismas y en perspectiva comparada. Además, nuestra jurisprudencia ha sido especialmente sensible a la discriminación en materia de trato en salud y las condiciones de acceso a los servicios de salud, en este caso, privados;

7°. Que, a efectos de identificar criterios interpretativos, esta disidencia se guiará por la sentencia de inconstitucionalidad Rol N<sup>º</sup> 1.710 y por las sentencias relativas a requerimientos de inaplicabilidad que construyeron el núcleo esencial de nuestra doctrina constitucional en la materia y que se desprende de las STC roles N<sup>OS</sup> 976, 1.218, 1.273, 1.287, 1.552 y

1.572, las cuales se reprodujeron con matices en más de cien casos que las sucedieron;

8°. Que muchos de estos criterios son aplicables a la presente causa constitucional. Sin embargo, a efectos de vincular su contenido estricto nos referiremos a los siguientes elementos: a) Las Instituciones de Salud Previsional bajo el estándar de un servicio público; b) Son comunicables los argumentos que derivaron en la inconstitucionalidad de la determinación del precio de un plan por la tabla de factores de riesgo en relación con la fijación del precio base del contrato; c) Las Isapres no tienen libertad contractual. El contrato de salud es de orden público; d) El principio de igualdad en la determinación de alzas unilaterales del precio del contrato exige que ésta deba ser contrastada mediante elementos objetivos y verificables; e) Las reglas de igualdad exigen proporcionalidad y racionalidad para no ser discriminatorias en su aplicación a los contratos de salud; f) La relación entre el prestador de un servicio público y el contratante del mismo no puede ser deslegalizada a favor del contratante fuerte afectando la reserva legal y, finalmente, g) Que estas conductas derivan en la vulneración del principio de igualdad ante la ley y del derecho de protección a la salud;

#### **IV. Las Isapres como servicio público *sui generis***

9°. Que el contrato de salud tiene especiales características que se corresponden con la naturaleza de las Isapres, entendidas como “*servicio público desarrollado por particulares cuyo giro es cubrir las acciones de salud contenidas en la Constitución Política de la República*”. (SCS Rol 8837/2010, considerando 7°);

10°. Que este servicio público *sui generis* es prestado por privados que se organizan bajo la forma jurídica de Instituciones de Salud Previsional. La necesidad de asegurar prestaciones de salud de manera regular y continua genera un conjunto de prerrogativas que garantizan una posición predominante a estas Instituciones. Estas prerrogativas estatales limitan, severamente, la autonomía de las personas. La más relevante es la reserva constitucional para fijar por ley cotizaciones obligatorias de salud (artículo 19, N° 9°, inciso cuarto, de la Constitución). (Otras jurisdicciones han debatido acerca de la inconstitucionalidad de estas obligaciones. Específicamente, podemos mencionar el caso de Estados Unidos, donde se discutió acerca del denominado “mandato individual” que consistía en la obligación de contar con un seguro médico o, en su defecto, ser sancionado por el incumplimiento de tal deber en la *Patient Protection and Affordable Care Act* y que fue resuelta favorablemente por estrecha sentencia de la Corte Suprema de dicho país en el Caso *National Federation of Independent Business v. Sebelius* de 28 de junio de 2012, evidentemente en ausencia de una norma constitucional habilitante).

Incluso, en el caso chileno, debió mediar el legislador (Ley N<sup>º</sup> 20.317) para el reconocimiento de la condición de irrenunciables de los excedentes y excesos de cotización que naturalmente les pertenecen a los usuarios, recién desde el año 2009 a la fecha.

Esta es una de las reglas que afectan derechos fundamentales y que convierten a las Isapres en servicios públicos especiales. Se sostiene que éstas operan con el riesgo de garantizar contratos indefinidos y de por vida, lo que las lleva a buscar posiciones preferentes en esta relación pública. De esta condición de incertidumbre en la cual se fundan sus riesgos e invierten en su garantía, ¿se pueden deducir reglas contractuales exorbitantes en su relación con el usuario contratante de la Isapre? Es evidente que las Isapres deben garantizar y asegurar prestaciones que manifiestan la rigidez propia del cumplimiento del interés general que reviste el acceso a la salud y su prestación en condiciones igualitarias. Para ello, el legislador contempla un contrato con la suficiente elasticidad para dar cuenta de sus garantías, que se perfeccionan año tras año. Sin embargo, tal predominio no puede desequilibrar la economía del contrato ni las reglas que lo sostienen, máxime si nunca ha estado en juego un desequilibrio que perjudique a las Instituciones de Salud Previsional, como lo acredita la reiterada y creciente evolución de las utilidades de estas instituciones. Efectivamente, nunca ha estado comprometida su capacidad financiera para hacer frente a las garantías de los contratos de los usuarios y se advierte, por el contrario, un enorme crecimiento del poder de las Isapres al extenderse sus servicios a la dimensión prestacional de la atención de salud, generando integración vertical en la industria;

## **V. Comunicabilidad entre la fijación del precio base y la determinación de los inconstitucionales factores de riesgo**

11°. Que, mirada en su conjunto, la correlación para determinar el precio de un plan de salud siempre parte de un precio base ajustado por la respectiva tabla de factores de riesgo. Así por lo demás lo expresa el artículo 199 de la Ley N<sup>º</sup> 18.933, que regula las reglas generales para calcular el precio total de un plan, y respecto de las cuales cuatro numerales fueron declarados inconstitucionales por la sentencia Rol N<sup>º</sup> 1.710 de este Tribunal Constitucional. Esa normativa estaba referida indistintamente al precio base y a la tabla de factores de riesgo porque son los elementos fundamentales indisolubles para el cálculo del precio del plan. Por lo demás, así lo acredita el Mensaje del Ejecutivo (Boletín 8105-11) por el que inicia un proyecto de ley que establece un Plan Garantizado de Salud y que, explicando la actual situación legal, sostiene que *“en la especie, se estableció que el precio final a pagar a la Institución de Salud Previsional se obtendría multiplicando el respectivo precio base por el factor que corresponda al*

*afiliado o beneficiario, de conformidad a la respectiva tabla de factores*” (Boletín 8105-11, p. 4);

12°. Que, por tanto, esta vinculación legal revela que el estándar constitucional que esta Magistratura ha dictado es plenamente comunicable, según se apreciará, a la determinación del precio base del plan de salud de cada usuario. Por tanto, se trata de casos nuevos, pero que se contrastan con una doctrina constitucional existente y desarrollada largamente en los últimos tres años por este Tribunal Constitucional. En consecuencia, estos ministros parten de la base de esa jurisprudencia;

## VI. Las reglas constitucionales de los contratos de salud

13°. Que el Tribunal Constitucional ha calificado la naturaleza de los contratos de salud en los siguientes términos: *“El constituyente quiso consagrar ciertos elementos de dicho acuerdo de voluntades, dado el impacto que éste tiene en la vida de las personas. Esos elementos tienen que ver con la posibilidad de las Isapres de prestar acciones de salud (artículo 19, N° 9°), con la opción del cotizante para elegir entre el sistema estatal o privado (artículo 19, N° 9°), con la cotización obligatoria (artículo 19, N° 9°) y con el control por el Estado de las acciones relacionadas con la salud (artículo 19, N° 9°).”* (STC Rol N° 1.572, c. trigésimosexto). De conformidad con estos criterios, el legislador, en la Ley N° 18.933 y sus modificaciones, ha ido configurando los elementos especiales de este contrato de salud que difieren de la dimensión de un contrato sólo regido por la autonomía de la voluntad. Éste es un contrato forzoso (artículo 184), de plazo indefinido (artículos 189 y 197), que no puede dejarse sin efecto durante su vigencia, salvo por incumplimiento de sus obligaciones o de mutuo acuerdo entre las partes (artículo 197), de contenido mínimo (artículo 189) e indisponible (artículo 189). En síntesis, *“desde el punto de vista de este Tribunal, es un contrato de tracto sucesivo, de orden público y distinto a un contrato de seguro propio del derecho privado”* (STC Rol N° 1.572, c. cuadragésimo);

## VII. La vulneración del principio de igualdad en relación a la determinación unilateral del precio base del contrato

14°. Que esta Magistratura ha establecido dos estándares específicos en materia de libertad contractual que se corresponden con el punto de partida y el punto de llegada del principio de igualdad aplicado a un contrato de salud. Primero, que, como punto de partida, se ha de regular la relación de igualdad entre Isapre y cotizante en el marco del respeto de otros derechos fundamentales, ya que no es posible propiciar la desregulación de la relación contractual, asunto que estuvo en la base de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter, N°s 1 a 4, de la Ley de

Isapres, reflejada en la STC Rol N<sup>º</sup> 1.710 del año 2010. Y, segundo, que, en una perspectiva de igualdad de resultados, el poder del cotizante debe crecer en función de una negociación de términos contractuales más justos. No se trata de reconocer una paridad ni un mismo poder de negociación imposible de sostener en un contrato de adhesión, sino simplemente de reducir la abismante diferencia de poder correlativo en la fijación de los términos contractuales del plan de salud. Ambas desigualdades son las caras de una misma moneda. Si se concede una dimensión de regulación de igualdad de contratantes, debe proveerse un resultado más equitativo. Ambos estándares aparecen vulnerados en esta causa, según veremos;

**15°.** Que es evidente, por la relación entre un servicio público desarrollado por particulares y los propios cotizantes adscritos a la Isapre, que el punto de partida en el juicio de igualdad no es precisamente el de un poder equivalente. En tal sentido, el que la Isapre y los cotizantes tengan un vínculo que manifiesta diferencias *ab initio* no puede implicar que se desconozca que se trata de una relación sostenida en derechos fundamentales. *“La existencia de un contrato no es impedimento para que se respeten y promuevan los derechos de las personas. Sostener lo contrario implicaría la posibilidad de que invocando la autonomía de la voluntad dichos derechos pudieran ser menoscabados o lesionados en su esencia”* (STC Rol N<sup>º</sup> 976, cc. cuadragésimo, cuadragésimoprimer y cuadragésimotercero; Rol N<sup>º</sup> 1.218, cc. cuadragésimoprimer y quincuagesimoquinto; Rol N<sup>º</sup> 1.287, cc. trigesimoquinto, cuadragésimoprimer y sexagésimo). La igualdad ante la ley no es un bien disponible y modulado por los efectos de un contrato entre la Isapre y el cotizante;

**16°.** Que el contrato de salud entre un cotizante y una Isapre es un contrato de adhesión relativo al ejercicio de un derecho constitucional que viene predeterminado por la presencia de cotizaciones obligatorias. En tal sentido, la característica de adhesión que tiene el contrato no puede implicar una modulación flagrante de derechos sino que, simplemente, una modalidad de contratar. El margen de libertad personal que se reduce por la naturaleza del contrato no implica, por sí mismo, una vulneración de derechos, siempre que esta restricción sea suficientemente compensada con un poder negociador. Justamente, es deber del legislador establecer una regulación que abarque no sólo la contención de efectos confiscatorios, sino que regule el precio, de tal manera que el derecho fundamental se vuelva realizable y ejercitable. Si no hay tal regulación real, ese margen de libertad, a favor del contratante fuerte, es todo el espacio del abuso del derecho. Por lo mismo, es deber del legislador regular el modo, oportunidad y parámetros con los cuales la Isapre puede reajustar el precio base del contrato de salud que impacta sobre los contenidos variables del precio final que un cotizante debe pagar por su plan de salud. Esta exigencia es aún más relevante cuando el poder

del cotizante nace reducido por las cotizaciones obligatorias respecto de las cuales las Isapres siempre le piden un “esfuerzo adicional”, mediante cotizaciones voluntarias, sea para mejorar su plan como para mantenerlo. La importancia de los bienes jurídicos en juego y la naturaleza e intensidad de la prestación de los respectivos servicios en el tiempo parecen siempre terminar obligando a realizar ese sacrificio;

17°. Que, en segundo lugar, el otro estándar es el referido al poder de los cotizantes. *“De lo que se trata es que se mantenga un cierto equilibrio entre las partes del mismo. Este es el mandato que el legislador debe cumplir; cuando se le obliga a que garantice la ejecución de las acciones de salud (artículo 19 N° 9° de la Constitución). **El derecho a la protección de la salud se desvirtúa si una de las partes del contrato tiene cero o ningún poder negociador.** Y en el contrato de salud, la Isapre fija las condiciones, revisa el contrato anualmente y tiene garantías respecto del pago de la cotización”* (STC Rol N° 1.572, c. sexagesimoprimer). El principio de igualdad queda vulnerado por este mandato de modificación unilateral del contrato de salud, por parte de la Isapre. Tampoco es razonable otorgar un básico poder de negociación al cotizante con el solo objeto de que renuncie a derechos fundamentales, reduciendo prestaciones y aceptando la vulneración del derecho de protección a la salud. En ambas circunstancias por la ausencia de reconocimiento de una relación de derecho fundamental entre las partes y, por consecuencia, de la validación de un poder de negociación, por mínimo que fuese, en manos del cotizante, según estándares expresos de esta Magistratura y según principios generales de derecho de amplia validez en nuestra legislación;

18°. Que puede considerarse como un principio general de derecho el que las modificaciones de los contratos sólo pueden tener lugar por la voluntad conteste de las partes por ellos vinculadas, toda vez que, por definición, el contrato es un acuerdo de voluntades que obliga en virtud de la intención libre y conscientemente expresada en tal sentido por los sujetos de derecho que lo celebran;

19°. Que, como regla general, el consentimiento es esencial en la contratación y en sus etapas sucesivas de modificación. Entre ellas, los cambios a los elementos esenciales del contrato, como lo es el precio en los contratos a título oneroso. Tanto es así que, a título ejemplar, en la regulación habitual en la materia, el propio Código Civil, en relación con el contrato de compraventa, señala en el inciso primero de su artículo 1808 que *“el precio de la venta debe ser determinado por los contratantes”*, sin perjuicio de que su determinación se encomiende a un tercero (inciso primero del artículo 1809), pero en ningún caso *“podrá dejarse el precio al arbitrio de uno de los contratantes”* (inciso segundo del artículo 1809);

20°. Que, por lo tanto, las normas impugnadas en autos, al conceder libertad discrecional a las Isapres para reajustar anualmente los precios

bases de los contratos de salud previsual, entrañan una normativa exorbitante a los principios generales de los contratos, especialmente a los contratos de salud reconocidos en el artículo 19, N<sup>º</sup> 9<sup>º</sup>, de la Constitución, que no tiene justificación racional alguna y configura un tratamiento de privilegio a favor de tales instituciones. Ello, además, vulnera la garantía constitucional de igualdad en el trato que la ley debe dispensar a los imperados por ella, según lo mandata el numeral 2<sup>º</sup> del artículo 19 constitucional;

21<sup>º</sup>. Que la situación descrita es una manifestación concreta de un doble fenómeno jurídico de constitucionalización del Derecho Civil y de eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. En cuanto al primer fenómeno, en relación con el postulado constitucional de **“igualdad en la ley”**, ciertas instituciones nodales de esa rama del Derecho y sus nociones fundantes han pasado a tener tutela constitucional, como es aquí el caso de la inmodificabilidad unilateral de los contratos por la sola voluntad de una de sus partes. Y, en cuanto a la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, todos ellos están vinculados al cumplimiento de los mandatos constitucionales (artículo 6<sup>º</sup>, inciso segundo, de la Constitución), impidiéndose la renuncia de derechos fundamentales regulados por la Constitución;

22<sup>º</sup>. Que tan efectivo es lo precedentemente aseverado, que la iniciativa de la ya larga tramitación para una nueva Ley de Isapres, ingresada a trámite legislativo por el Presidente de la República, contempla como una de sus innovaciones medulares la creación de un mecanismo objetivo e independiente de la voluntad de las partes, denominado Índice de Precios de Salud, que serviría en el futuro de baremo o parámetro neutro para establecer la base de la reajustabilidad periódica de los precios de los contratos de salud previsual, erradicando así su fijación unilateral por la parte predisponente de los mismos;

23<sup>º</sup>. Que, como se indica expresamente en el Boletín 8505-11, sobre el proyecto de ley que establece un Plan Garantizado de Salud, *“es menester tener a la vista que nuestros tribunales superiores de justicia, conociendo de recursos de protección, han cuestionado la justificación de las alzas de los precios base de los planes de salud. Al efecto, la razonabilidad de los ajustes aplicados ha sido objetada, toda vez que, a juicio de nuestros tribunales, en los casos llevados a su conocimiento no se encuentra suficientemente acreditado el cambio efectivo en el valor de las prestaciones médicas (v.gr., fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago roles 5.369-2006, 7.114-2007, 5.190-2010, y fallos de la Corte Suprema roles 4.271-2010 y 2.935-2010). Por ende, teniendo a la vista los fundamentos de los fallos dictados, este proyecto de ley consagra la creación de indicadores elaborados por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), junto a índices elaborados por un Panel de Expertos. Ello con la finalidad de eliminar las asimetrías de información que hoy existen, entregando nuevas herramientas para evitar eventuales arbitrariedades”*;

**24°.** Que, a mayor abundamiento, la anomalía jurídica que entraña el incremento unilateral del precio de los contratos por una de las partes es incluso más flagrante tratándose, como en la especie, de contratos por adhesión, es decir, de aquellos *“cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”* (numeral 6 del artículo 1° de la Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores). Precisamente respecto de este tipo de contratos, la referida ley, en el literal a) de su artículo 16, declara ineficaces las cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador (mas nunca al predisponente) en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales u otras análogas. Con todo, el aludido precepto concluye excepcionando de este predicamento a los contratos especiales que las leyes contemplen, que es justamente lo que ha permitido que la actual Ley de Isapres consagre esta modalidad de reajuste de precio por imposición de la parte que concibió el contrato sin intervención de la otra, dándole así patente de legalidad a este mecanismo, pero no de constitucionalidad, toda vez que, como hemos dejado sentado en los motivos anteriores, consagra un privilegio sin fundamento racional y que violenta el principio de igualdad que la ley y toda autoridad deben observar en el tratamiento a los por ella disciplinados;

**25°.** Que la facultad unilateral de las Isapres para reajustar periódicamente los precios bases de los contratos de salud previsional que celebran con sus afiliados, no sólo debe ser reprochada por conceder una facultad superlativa a dichas entidades, contraria a los estándares expresos de este Tribunal y a los principios formativos del Derecho de los Contratos, aplicados al contrato de salud reconocido constitucionalmente, y opuesta al principio constitucional de **“igualdad en la ley”**, sino porque el objeto de dichos contratos es la provisión de un servicio vital del que no pueden prescindir quienes los celebran; su finalidad no es garantizar a todo evento la expectativa de rentabilidad de los aseguradores privados sino el acceso efectivo de las personas a la protección de su salud y a la seguridad social;

**26°.** Que, en efecto, el contrato de salud se inscribe dentro del ámbito de la seguridad social. Con él se pretende asegurar el financiamiento de las prestaciones de salud imposterables que enfrenten los asegurados. Pero bien puede ocurrir que una Isapre, buscando asegurar su expectativa de rentabilidad, imponga a los asegurados nuevos precios en la medida que aumente el uso del seguro contratado. Este mecanismo asegura la rentabilidad de la Isapre, pero, tal y como ocurre en la especie, puede restringir severamente el acceso efectivo de los asegurados a la protección



de salud, ya que mientras más requieran el seguro de salud que contrataron, más alto puede fijar el precio la Isapre;

27°. Que, en síntesis, la ejecución del contrato en un permanente proceso de desigualdad de poder, información, pruebas y unilateralismo modificadorio, nos lleva a concluir que los preceptos legales impugnados vulneran el último límite de la igualdad ante la ley que es la ausencia de razonabilidad y proporcionalidad en la determinación del precio base. Si hay un rasgo distintivo de la unilateralidad en la fijación del precio es que éste se determina solamente por la Isapre y sin intervención ninguna por parte de la Superintendencia de Salud. Los deberes de ésta se limitan a constatar la entrega de información contextual al usuario cotizante, pero no puede impedir estas alzas carentes de justificación en un baremo objetivo, salvo que se produzcan irrespetando el marco legal, en cuyo caso puede dejarlas sin efecto. Justamente ése fue el argumento compartido mayoritariamente por el Tribunal Constitucional en la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de cuatro numerales del antiguo artículo 38 ter de la Ley N<sup>º</sup> 18.933: no podía producirse tal nivel de deslegalización que desdibujara las competencias públicas sobre derechos fundamentales, al punto que la determinación primera, única y definitiva del precio de un plan de salud está casi siempre en las manos de la Isapre. Esta vulneración de la reserva legal de un contrato sobre un derecho constitucional es flagrante y constituye la principal desprotección de un derecho como la igualdad ante la ley, que simplemente sólo en el contorno del contrato es legal pero su reajustabilidad es contractual, unilateral y no controlada;

### VIII. Afectación de la reserva legal

28°. Que el legislador debe prevenir la vulneración de derechos fundamentales. Como se señaló en la STC Rol N<sup>º</sup> 1.710, el Estado debe asegurar la protección de la salud y tiene un deber preferente en este ámbito. Luego, dicho deber preferente debe llevarse a cabo “*en las formas y condiciones que la ley determine*”, y teniendo además en cuenta que las “*materias básicas relativas al régimen previsional y de seguridad social*” son propias de ley conforme al artículo 63, N<sup>º</sup> 4, de la Constitución (c. centesimovigesimotercero). Por tanto, la reserva legal invocada no es la expresión espacial de hasta dónde llega el administrador y dónde el legislador. Sino que apela al fundamento de por qué se ha de hacer mediante ley. La reserva legal obliga positivamente al legislador a intervenir en la regulación de derechos sociales –de la familia de la seguridad social, con todos sus principios involucrados– de un modo que realice y haga efectivo el derecho fundamental, que lo materialice, concretizándolo en supuestos específicos. No sólo hay intervención sobre el derecho cuando se legisla

sino que, cotidianamente, el regular legislativo importará configurar la prestación misma del derecho;

**29°.** Que en el presente caso el legislador no ha regulado una materia básica referida a la seguridad social, pues ha entregado a la discrecionalidad de la Isapre la determinación del máximo neto de cada alza anual. Las únicas limitaciones que contempla la norma se refieren a la proporcionalidad de los incrementos entre los distintos planes, pero no establece una restricción o tope respecto del alza en sí misma. Ello deja al arbitrio de la Isapre la determinación del alza, con la única limitación de subir todos los planes en un rango relativamente similar. Dicha limitación consiste en que las variaciones del precio base no podrán ser superiores a 1,3 veces el promedio ponderado de las variaciones porcentuales de precios base, informadas por la Isapre; ni inferiores a 0,7 veces dicho promedio. Dicho de otra manera, es admisible un incremento hipotético de un 30 % y una rebaja, aún más hipotética, del mismo rango. Todo ello hace que nos encontremos frente a una carencia de una regulación legal suficiente, adecuada y eficaz para la determinación del precio base de un contrato de salud;

**30°.** Que, para resguardar la proporcionalidad en las alzas que afectarán los derechos de los afiliados, el legislador debe señalar los extremos de tal modificación y no limitarse únicamente al establecimiento de una banda que haga referencia al precio ponderado de alza, sin que se indique cuál debe ser dicho precio y sin que los elementos en que se sustente la banda sean objetivos, plausibles y verificables;

**31°.** Que el legislador ha faltado a su deber de especificidad y determinación al permitir que las Isapres puedan reajustar discrecionalmente el precio base de sus planes de salud sin establecer un criterio o parámetro objetivo que mantenga la equidad del contrato de salud;

**32°.** Que, en palabras de Luigi Ferrajoli, *“una autorregulación es inconcebible (...). Por eso, es a la esfera pública, a sus instituciones de gobierno y sobre todo a específicas instituciones de garantía, funcionalmente encargadas de la tutela de los intereses generales y de los derechos fundamentales de todos, a las que está necesariamente confiada la heteroregulación del mercado, a través de la imposición de límites y vínculos legales a los poderes empresariales.”*. (Principia Iuris, Teoría del Derecho y de la Democracia, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 246-247);

## **IX. Vulneración del derecho de protección de la salud como integrante de los derechos de seguridad social**

**33°.** Que la vulneración de la igualdad ante la ley, anteriormente aludida, acarrea en este caso una afectación sustantiva del derecho de protección de la salud. Siempre el derecho a la igualdad es relacional y aquí,

indefectiblemente, termina vulnerando el derecho de protección de la salud al producir igualaciones hacia abajo en las prestaciones de salud y hacia el alza en el precio de los planes, según explicaremos;

**34°.** Que al permitir ajustar el precio del plan de salud a un porcentaje variable (a criterio de la Isapre) o con un rango inferior de cobertura sobre determinadas prestaciones, se produce un efecto inverso al de la protección de la salud. Como dice el precepto impugnado: *“en la misma oportunidad y forma en que se comuniqué la adecuación (del precio del plan), la Institución de Salud Previsional deberá ofrecer uno o más planes alternativos cuyo precio base sea equivalente al vigente, a menos que se trate del precio del plan mínimo que ella ofrezca; se deberán ofrecer idénticas alternativas a todos los afiliados del plan cuyo precio se adecua, los que, en caso de rechazar la adecuación, podrán aceptar alguno de los planes alternativos que se les ofrezcan o bien desafiliarse de la Institución de Salud Previsional”*;

**35°.** Que, por tanto, las personas aparecen autorizando una reducción de la protección de su salud y se les estrecha el margen de libertad para decidir el sistema de salud al que deseen acogerse, sea éste estatal o privado. Estas situaciones constituyen un efecto inconstitucional de las normas aludidas porque obligan al usuario a renunciar a derechos fundamentales, en circunstancias de que tal renuncia vulneraría principios constitucionales;

**36°.** Que, por otra parte, las normas que rigen el contrato de prestación de servicios de salud previsional no pueden permitir la actuación arbitraria y afectación desproporcionada de derechos (STC Rol N<sup>º</sup> 1.710, cc. centesimocuatrecientosquince y centesimocuatrecientosquince). Ello es relevante pues el contrato de salud no es un mero contrato de seguro regido por la autonomía de la voluntad, sino un contrato en el que se comprometen derechos como a la seguridad social y a la salud (STC Rol N<sup>º</sup> 1.710, c. centesimocuatrecientosquince). A ello debe agregarse la íntima vinculación que tiene asimismo la seguridad social con el derecho a la protección de la salud, asegurado por la Constitución en el N<sup>º</sup> 9<sup>º</sup> de su artículo 19, por cuanto, como ya vimos, la carencia de dicho estado constituye una contingencia que la sociedad debe preocuparse de cubrir;

**37°.** Que la ineludible función social que tienen los contratos de salud previsional, en el sentido de dar cobertura a necesidades impostergables de las personas, es incompatible con otorgar discrecionalidad a las entidades privadas que administran ese seguro para que reajusten los precios unilateralmente, sin importar si con ello restringen o limitan el acceso efectivo de sus afiliados al aseguramiento de salud. Si, como en la especie, la ley permite que un asegurador privado de salud previsional resguarde su rentabilidad mediante el aumento periódico del precio que cobra, sin la obligación de acreditar objetivamente el incremento de los costos que debe cubrir, está en riesgo la suficiencia de las prestaciones que dicho servicio

público incluye, desnaturalizándose el carácter socialmente imprescindible de las mismas. Tal y como afirma la consolidada doctrina de este Tribunal sobre los contratos de salud previsional, es incuestionable la vigencia a su respecto de los derechos constitucionales de protección de la salud y a la seguridad social y, por tanto, las leyes que los regulan deben respetar el contenido esencial de tales derechos, de manera de impedir que la fijación de precios y las condiciones de acceso a las prestaciones aseguradas los vulneren (STC Rol N° 1.218, cc. trigesimoquinto, trigesimoséptimo, trigesimoctavo, trigesimonoveno y cuadragesimotercero; STC Rol N° 1.287, considerandos trigesimoquinto, trigesimoséptimo, trigesimoctavo, trigesimonoveno y cuadragesimotercero; STC Rol N° 1.273, c. septuagesimonoveno, y STC Rol N° 1.710, c. centesimoquincuagesimocuarto);

38°. Que, en consecuencia, cabe constatar que *“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”* (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquincuagesimosexto). Todo lo cual nos hace reiterar una de las conclusiones de esta jurisprudencia declaratoria de inconstitucionalidad: *“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 transcurrir 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.”* (STC Rol N° 1.710, c. centesimosexagésimo);

#### **X. Falta de proporcionalidad y razonabilidad de las normas impugnadas**

39°. Que, por otra parte, más que un mero vacío legal o una simple omisión del legislador, lo que sucede es que las reglas establecidas en la ley sobre el reajuste del precio base, sometidas a un análisis de racionalidad, no cumplen con los requisitos de idoneidad, pertinencia ni proporcionalidad;

40°. Que tal situación se agrava por el factor propio o interno de reajustabilidad del contrato de salud. El reajuste se produce automáticamente porque el precio del plan contratado se estipula en Unidades de Fomento por mandato de la ley (artículo 38 bis). Si se argumenta que el alza anual de los precios de las prestaciones de salud sobrepasa el índice de inflación general, debería entonces la ley contemplar un criterio objetivo para medir ese mayor incremento. La normativa vigente no satisface las exigencias expuestas. La ley no contempla un mecanismo que permita regular eficazmente esa facultad o establecer un tope máximo de cada

alza anual. Este punto no se satisface con las reglas actuales: el alza no podrá ser superior a 1.3 veces el promedio ponderado de las variaciones porcentuales de precio base, ni inferior a 0.7 veces dicho promedio. Y así lo ha señalado en forma reiterada la Corte Suprema. Así, por ejemplo, dicha Corte ha reprochado a las Isapres que *"afirmar con cifras y criterios generales que los costos de la institución recurrida para otorgar las prestaciones a que está obligada han aumentado, sin que ello se demuestre o justifique de manera cabal, pormenorizada y racional, por lo que no puede pretenderse reajustar los precios con los solos antecedentes que se invocan por quien está obligado a brindar por contrato que reviste características de orden público y jerarquía constitucional las prestaciones de un bien como la salud."* (SCS 192/2011, considerando 4<sup>º</sup>, y 601/2011, considerando 5<sup>º</sup>);

41<sup>º</sup>. Que la ley no ha establecido condiciones o parámetros razonables en esta materia, ya que permite un reajuste unilateral del precio base por parte de la Isapre sin justificación alguna. Todo ello puede afectar el libre e igualitario acceso de las personas a las acciones de salud, al establecerse un precio que no guarda relación alguna con las rentas de los afiliados, contraviniendo así el equilibrio que tenía el contrato en un inicio;

42<sup>º</sup>. Que esto resulta más grave si se tiene en cuenta que no concurren parámetros prudentes dentro de latitudes razonables para proceder al reajuste del precio base;

## XI. Los datos del caso concreto

43<sup>º</sup>. Que al permitirse el alza de los precios de modo prácticamente discrecional por la Isapre, no se exige una justificación circunstanciada de tal alza, operando ésta siempre en perjuicio del afiliado, lo que genera situaciones como la de autos. Aquí se produce un triple efecto en la requirente María Elena Lavín Llona. Por una parte, se le incrementa el precio base en 0,17 UF, se le reduce la cobertura proporcional de enfermedades comprendidas y garantizadas por su Plan de Salud y se le imputa directamente el alza de los costos a la cantidad de prestaciones ambulatorias que ha demandado. O sea, la dimensión propia del seguro de salud desaparece como riesgo para la Isapre y se transforma en tarifa para el cotizante. Junto a ello, en la demanda arbitral se recuerda el permanente proceso de judicialización que ha contenido el efecto de las alzas derivadas de las normas impugnadas. Las razones por las cuales la justicia ordinaria ha acogido esos recursos son similares a las sostenidas en este voto disidente y demuestran un ejercicio insostenible de derechos a través de medios extraordinarios como es el permanente recurrir a la justicia. Por tanto, no se trata de minimizar una causa en torno a incrementos mensuales de casi cuatro mil pesos. Es la articulación de efectos de planes de salud decrecientes en cobertura, mayores precios bases y el sostenimiento de

acciones judicializadas. Junto a ello habrá que verificar si los precios son todo lo transparentes que debieran ser;

44°. Que los efectos del caso concreto se dan en un contexto algo más amplio. Al comienzo de este voto se analizaba la naturaleza de la Isapre como servicio público *sui generis*. No obstante, esta institucionalidad ha tenido una evolución económica e industrial que exige, por la prestación de un servicio público orientada a la satisfacción de un derecho constitucional, el cumplimiento de un deber ineludible de transparencia pública de sus costos y objetividad en sus cobros a los usuarios. El mayor o menor incremento del precio base no es relevante si no es clara la determinación definitiva de costos que impactan en el contrato de salud individual. Esto es particularmente significativo al tratarse no sólo de una Isapre sino que de un holding, como “Cruz Blanca Salud”, que está compuesto por una enorme red de Centros Médicos bajo la denominación “Integramédica” y por las Clínicas Reñaca, Antofagasta y San José de Arica, junto a la propia Isapre Cruz Blanca. Por tanto, las repercusiones en la esfera económica de la cotizante pueden no limitarse únicamente al precio base, ya que múltiples factores de la evolución de los costos de salud están en la misma mano de quien garantiza estas prestaciones;

45°. Que, en el caso de autos, la requirente puede seguir siendo afectada por nuevas discriminaciones. Ello se debe a que la única garantía de no discriminación que se asegura se refiere a que no haya arbitrariedad en los reajustes entre los afiliados a un mismo plan, pero se permite que se alcen de forma diferenciada los planes de mujeres y los planes de los más ancianos, resultando tal situación discriminatoria. No existe una forma de controlar esta discriminación por parte de la Superintendencia, pues únicamente puede controlar la relación entre las personas afiliadas a un mismo plan;

46°. Que, por todo lo precedentemente razonado, en opinión de los suscriptores de este voto procede acoger la acción de inaplicabilidad deducida en esta causa, declarando inaplicables los dos preceptos legales impugnados por la requirente.

Redactó la sentencia el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado; la prevención, el Ministro que la suscribe, y la disidencia, el Ministro señor Gonzalo García Pino.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol Nº 2.337-12**

Se certifica que el Ministro señor Domingo Hernández Emparanza concurrió al acuerdo y fallo, pero no firma por encontrarse haciendo uso de su feriado.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora Marisol Peña Torres, y por los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Empanza y Juan José Romero Guzmán, y señora María Luisa Brahm Barril. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

## ROL N<sup>º</sup> 2.338-2012

### CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY N<sup>º</sup> 20.599, QUE REGULA LA INSTALACIÓN DE TORRES SOPORTE DE ANTENAS EMISORAS

#### Ley N<sup>º</sup> 20.643, de 29 diciembre de 2012

Santiago, veinte de noviembre de dos mil doce.

#### VISTOS Y CONSIDERANDO:

**PRIMERO.** Que, por oficio N<sup>º</sup> 10443, de 18 de octubre de 2012, la Cámara de Diputados ha enviado el proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, Boletín N<sup>º</sup> 8366-15, que modifica la Ley N<sup>º</sup> 20.599, que regula la instalación de torres de soporte de antenas emisoras, a fin de que este Tribunal, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 1<sup>º</sup>, de la Constitución Política de la República, ejerza el control de constitucionalidad respecto de la letra c) de su artículo 2<sup>º</sup>;

**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 2°. Introdúcense las siguientes modificaciones en la ley Nº 18.168, General de Telecomunicaciones:

...

c) Agréganse los siguientes incisos sexto y séptimo al artículo 19 bis, pasando los actuales incisos sexto, séptimo y octavo a ser octavo, noveno y décimo, respectivamente:

“En caso de no existir acuerdo entre los operadores en el monto a que deben ascender los pagos por la colocalización, dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que se materializó la respectiva colocalización, se deberá someter la controversia al conocimiento y fallo de un árbitro arbitrador, designado de la manera que establece el artículo 232 del Código Orgánico de Tribunales. El árbitro estará obligado a fallar en favor de una de las dos proposiciones de las partes, vigentes al momento de someterse el caso a arbitraje, debiendo aceptarla en su integridad. En consecuencia, no podrá fallar por una alternativa distinta ni contener en su fallo proposiciones de una y otra parte.

Para los efectos del fallo, el árbitro considerará que el concesionario requirente deberá hacerse cargo de todos los costos y gastos de inversión que sean consecuencia de la colocalización a que se refiere este artículo, incluyendo las inversiones adicionales que puedan ser requeridas para soportar sus nuevos sistemas radiantes. En particular, si como consecuencia de dichas inversiones adicionales, se altera la altura o la envergadura de la infraestructura de soporte de antenas, las autorizaciones y requisitos que se establecen en la ley para el emplazamiento deberán ser asumidos plenamente por el requirente. Asimismo, serán de su cuenta, a prorrata de la proporción en que utilice la parte útil de la torre soporte de antenas respectiva, tanto los costos y gastos necesarios para su operación y mantenimiento, como también el costo equivalente al valor nuevo de reemplazo de dicha torre, entendido como el costo de renovar todas las obras, instalaciones y bienes físicos necesarios para su emplazamiento, y a su vez otros, tales como los intereses intercalarios, las rentas de arrendamiento y otras semejantes, las compensaciones o indemnizaciones, los derechos o los pagos asociados a eventuales servidumbres, todo ello calculado según la tasa de descuento correspondiente. Entre los derechos, no se podrán incluir los que haya concedido el Estado a título gratuito ni los pagos realizados en el caso de concesiones obtenidas mediante licitación.”;

**QUINTO.** Que, de acuerdo a lo señalado en el considerando segundo de esta sentencia, corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre la nor-



ma del proyecto remitido que está comprendida dentro de las materias que el Constituyente ha reservado a una ley orgánica constitucional;

**SEXTO.** Que, como se señalara en la sentencia Rol N<sup>º</sup> 2.191, de 16 de mayo pasado, respecto de una norma de idéntico tenor, la letra c) del artículo 2<sup>º</sup> del proyecto, al modificar la Ley N<sup>º</sup> 18.168, agregando los nuevos incisos sexto y séptimo a su artículo 19 bis, pasando los actuales incisos sexto, séptimo y octavo a ser octavo, noveno y décimo, respectivamente, es propia de la ley orgánica constitucional a que alude el artículo 77, incisos primero y segundo, de la Carta Fundamental, puesto que establece una materia de arbitraje forzoso que se añade a las actualmente establecidas por las leyes que regulan la competencia de los tribunales: en otros términos, 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 roles N<sup>os</sup> 119, de 23 de enero de 1991; 195, de 14 de septiembre de 1994; 285, de 9 de marzo de 1999; 360, de 17 de septiembre de 2002; 475, de 20 de octubre de 2005, y 2191, de 16 de mayo del presente año;

**SÉPTIMO.** Que consta de los antecedentes que se ha oído a la Corte Suprema, dándose cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 77, inciso segundo, de la Carta Fundamental;

**OCTAVO.** Que, de igual forma, consta en estos autos que las normas sometidas a control han sido aprobadas en ambas Cámaras del Congreso Nacional con las mayorías requeridas por el inciso segundo del artículo 66 de la Constitución y que sobre ellas no se ha suscitado en dichas Cámaras cuestión de constitucionalidad;

**NOVENO.** Que, habiéndose cuestionado durante su tramitación la constitucionalidad del proyecto de ley sometido a control, por los reproches formulados por la Corte Suprema al evacuar la consulta que establece, como trámite ineludible en la formación de los proyectos de ley de esta naturaleza, el artículo 77 de la Constitución, y que se ha tenido a la vista, esta Magistratura Constitucional debe zanjar dichos reparos al ejercer su obligación de controlar la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales, antes de su promulgación;

**DÉCIMO.** Que, respecto de lo referido en el considerando precedente, se declarará que el legislador ha obrado dentro de su esfera de atribuciones al establecer que las discrepancias entre los operadores de telefonía móvil, relativas al monto a que deben ascender los pagos por la colocalización, sean dirimidas por jueces árbitros, atendido que esta fórmula contribuye a obtener una solución expedita y eficiente de dichos conflictos, por tribunales actualmente previstos en la legislación nacional y utilizados ordinariamente en cuestiones de similar naturaleza, dándose cumplimiento, con ello, al propósito constitucional de que la ley cree los

tribunales necesarios para una pronta y cumplida administración de justicia, respecto de asuntos litigiosos que, por su naturaleza, son susceptibles de arbitraje, pues envuelven intereses particulares de contenido patrimonial, todo ello en concordancia con el mandato de los artículos 76 y 77 de la Carta Fundamental.

Corresponde al legislador fijar la competencia de los tribunales, y en virtud de dicha potestad puede la ley encomendar la solución de un asunto determinado a jueces árbitros, tal como ocurre con las numerosas materias de arbitraje forzoso previstas en la legislación, pues no es primera vez que la ley ha optado por entregar a tribunales de igual naturaleza a la de los que establece el proyecto, para resolver ciertos asuntos en que los Poderes Colegisladores, en el ámbito de sus atribuciones propias, han privilegiado la especialidad técnica, la experiencia en ciertas áreas y la rapidez con que deben resolverse las controversias, en sectores donde este tipo de resoluciones deben adoptarse teniendo en cuenta el dinamismo de los mercados y de los procesos de inversión.

Estima, asimismo, esta Magistratura Constitucional, que la segunda parte del nuevo inciso sexto que se agrega al artículo 19 bis de la Ley Nº 18.168, mediante el cual el legislador establece que el árbitro deberá optar exclusiva e íntegramente por una de las dos proposiciones de las partes, no pudiendo fallar por otra alternativa ni acoger proposiciones de una y otra parte, no afecta los atributos de la jurisdicción ni los factores que determinan la competencia de los tribunales en general. Primero, porque ello sólo tiene por propósito acercar y delimitar las peticiones que se someten al fallo del tribunal arbitral, vale decir, las pretensiones de las partes, de modo que así quede precisada la cuestión controvertida que constituye el cometido específico del órgano jurisdiccional, en cada proceso concreto de que se trate. Luego, porque el conflicto sometido a conocimiento y resolución de un tribunal puede ser acotado por las pretensiones de las partes o por el legislador. Esto último es lo que sucede en la especie. Debe recordarse, en tal sentido, que a los jueces árbitros se les debe señalar el asunto sometido a su conocimiento (artículo 234, Código Orgánico de Tribunales). Por lo mismo, siendo admisible una definición convencional de su competencia, no se divisa el motivo por el que deba reprocharse que lo haga el legislador.

La controversia que se somete a conocimiento del árbitro es, precisamente, el monto de la indemnización por la colocalización, donde hay dos montos diferentes entre los cuales se debe optar. Si se extiende a otras materias o concede más de lo pedido incurrirá en *ultrapetita*. Para facilitar la labor del juez el legislador define una serie de elementos que debe considerar para tomar su decisión; pero el conflicto que debe resolver es únicamente el monto de los pagos por la colocalización. De ahí que se acote su competencia, descartando que pueda resolver por una alternati-

va diferente. Si, como se dijo, este acotamiento competencial puede establecerse en el pacto en que dos partes someten un asunto a la resolución de un juez árbitro, no se ve inconveniente en que lo haga el legislador, al establecer el arbitraje forzoso para resolver determinados litigios.

Por lo demás, no es éste el único caso en que el legislador establece un sistema semejante, pues tratándose de áreas complejas es una solución a la que se ha acudido antes. Ejemplo reciente de ello es el artículo 100 ter de la Ley N<sup>º</sup> 17.336, sobre propiedad intelectual, introducido por la ley N<sup>º</sup> 20.435, cuyo control obligatorio de constitucionalidad se ejerció, por este Tribunal Constitucional, mediante sentencia de 30 de marzo de 2010 (STC Rol N<sup>º</sup> 1.603).

En definitiva, la solución de los conflictos de relevancia jurídica que se suscitan entre partes, por medio del proceso y en tribunales previamente establecidos por la ley, busca, entre otras finalidades, dar mayores niveles de tranquilidad y seguridad a la sociedad y a los involucrados. Tratándose de conflictos surgidos con ocasión de complejos procesos de inversión, puede el legislador estimar que se despeja en mayor medida la incertidumbre de dichos procesos si lo que puede resolver el juez árbitro está acotado a variables predefinidas. Hay en esa decisión de los Poderes Colegisladores un fortalecimiento de la seguridad jurídica, pues no debe olvidarse que se trata de conflictos entre empresas que compiten en un sector que está intensamente regulado, como lo es la prestación del servicio público de telecomunicaciones móviles, suscitados por el uso compartido de las antenas existentes, en el propósito, promovido por el legislador, de ampliar la cobertura y la intensidad de la telefonía móvil, instrumento de comunicación masivo con altos niveles de tecnología y en pleno desarrollo, cuyo progreso y cobertura interesa a la sociedad toda, abaratando su costo y mejorando su calidad. Están en juego, en definitiva, variables de desarrollo tecnológico, económico y de competitividad que este Tribunal no puede dejar de considerar, pues constituyen factores que están llamados a contribuir al bien común;

**DECIMOPRIMERO.** Que, en consecuencia, la letra c) del artículo 2<sup>º</sup> del proyecto en examen no es contraria a la Constitución Política de la República.

y **VISTO** lo prescrito en los artículos 66, inciso segundo, 77, incisos primero y segundo, y 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 1<sup>º</sup>, e inciso segundo, de la Constitución Política de la República y lo dispuesto en los artículos 34 a 37 de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE DECLARA:**

**Que la letra c) del artículo 2<sup>º</sup> del proyecto sometido a control, que agrega los nuevos incisos sexto y séptimo al artículo 19 bis de la Ley N<sup>º</sup>**

**18.168, General de Telecomunicaciones, pasando los actuales incisos sexto, séptimo y octavo de dicho artículo a ser octavo, noveno y décimo, respectivamente, es constitucional.**

La declaración de constitucionalidad de la norma contenida en la segunda parte del nuevo inciso sexto que el proyecto sometido a examen agrega al artículo 19 bis de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, fue acordada por el voto dirimente del Presidente del Tribunal, de acuerdo a lo dispuesto en la letra g) del artículo 8° de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

**Acordada, en cuanto a la declaración de conformidad a la Constitución de la norma contenida en la segunda parte del nuevo inciso sexto que el proyecto sometido a examen agrega al artículo 19 bis de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, con los votos en contra de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores José Antonio Viera-Gallo Quesney y Domingo Hernández Emparanza, quienes estuvieron por declarar la inconstitucionalidad de dicha norma, por las razones que se consignan a continuación:**

1°. Que, como se ha expresado, la norma aludida indica que: “(...) *El árbitro estará obligado a fallar a favor de una de las dos proposiciones de las partes, vigentes al momento de someterse el caso a arbitraje, debiendo aceptarla en su integridad. En consecuencia, no podrá fallar por una alternativa distinta ni contener en su fallo proposiciones de una y otra parte.*”;

2°. Que, en su Informe de 7 de agosto de 2012, que rola a fojas 8 y siguientes de estos autos, la Excma. Corte Suprema, en votación dividida, acuerda informar desfavorablemente el proyecto de ley de que se trata, teniendo presente, entre otras consideraciones, que “(...) *en la solución que se propone no se están presencia de una verdadera contienda de naturaleza jurisdiccional, de aquellas que deben ser resueltas por jueces –entre los cuales, por cierto, se cuenta a los árbitros–, si a quien se entrega la potestad de decidir el conflicto que se suscite se le comina únicamente a dirimir entre dos proposiciones. En otros términos, considera el Tribunal Pleno que se afecta la independencia del juez si se lo obliga sólo a optar entre dos alternativas.*”

Por su parte, el voto de minoría consignado en el mismo Informe reseñado, sostiene que “*de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 223 del mismo Código Orgánico de Tribunales, el arbitrador fallará obedeciendo a lo que su prudencia y equidad le dictaren, por lo que el proyecto altera esta disposición al limitar las potestades del árbitro para decidir la controversia, pues le obliga a fallar a favor de una de las proposiciones de las partes, la que deberá acoger en su totalidad.*” Agrega que: “*De esta manera se restringen las posibilidades de decisión del juez, ya que la ley inclusive le indica cuáles son los gastos y costos que debe asumir el concesionario requirente. Si bien el arbitraje forzoso restringe la autonomía de*

*las partes, en cuanto les impide accionar ante los tribunales ordinarios de justicia, ello no implica inhibir al árbitro de su poder de decidir acorde a lo que su prudencia le indique, lo que puede significar, entre otras cosas, que el juez estime factible acoger las proposiciones de ambos operadores para llegar a la solución que mejor proceda al asunto litigioso.”;*

3°. Que, en forma concordante con los argumentos desarrollados por ambas posiciones de los Ministros de la Excelentísima Corte Suprema, quienes suscriben este voto consideran que la norma transcrita en el considerando primero resulta contraria a la independencia de que deben gozar los jueces árbitros, como órganos que participan de la función jurisdiccional del Estado que, a su vez, es una expresión del ejercicio de la soberanía en los términos indicados en el inciso primero del artículo 5° de la Carta Fundamental.

En efecto, tal como ha señalado este Tribunal, en diversas oportunidades, teniendo a la vista lo dispuesto en el inciso primero del artículo 76 de la Constitución Política, la jurisdicción supone “*el poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promueven en el orden temporal dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponde intervenir.*” (STC roles N<sup>OS</sup> 616 y 815, entre otras). La ley puede, legítimamente, determinar la competencia o esfera de atribuciones de que gozará un tribunal de la República, pero no puede cercenar aspectos que son de la esencia de la jurisdicción, como la libertad del juez de adoptar su decisión libremente cuando, por la propia naturaleza del encargo jurisdiccional, ella está llamada a fundarse sólo en la prudencia y la equidad, como ocurre en el caso de los árbitros arbitradores. Si, atendida la naturaleza del conflicto que debe resolverse, se quiere limitar la potestad jurisdiccional, sería necesario acudir a un encargo jurisdiccional diferente, como es el que ejercen los árbitros de derecho e, incluso en tal hipótesis, la ley no podría constreñir de tal manera la labor del juez árbitro, sin desnaturalizar en los hechos su función propia;

4°. Que, a mayor abundamiento, debe tenerse presente que, con el objeto de resguardar la independencia de los tribunales de justicia, frente a eventuales injerencias de las otras funciones del Estado, el artículo 76 de la Constitución Política ordena que: “*Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.*” Precisamente la razón por la cual los órganos colegisladores no pueden revisar “*los fundamentos o contenido*” de las resoluciones judiciales es porque ello implicaría una intromisión indebida en la función jurisdiccional que supone que un juez –en este caso, un árbitro arbitrador– goce de la libertad necesaria para fundar sus sentencias en consideraciones de prudencia y de equidad, sin que el

legislador pueda limitar, de antemano, dicha libertad que es de la esencia de su función;

5°. Que, por lo expuesto, estos Ministros disidentes consideran que la norma del proyecto de ley sometido a control que limita las facultades de decisión del árbitro arbitrador a escoger una de las proposiciones de las partes, debiendo aceptarla en su integridad, vulnera el artículo 76 de la Ley Suprema, que protege el ejercicio de la función jurisdiccional de las intromisiones indebidas del órgano legislativo, como la que se configura en el presente caso.

Comuníquese a la Cámara de Diputados, regístrese y archívese.

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben y la disidencia, la Ministra señora Marisol Peña Torres.

### **Rol N° 2.338-2012**

Pronunciada por el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente Subrogante, Ministros señor Marcelo Venegas Palacios, y por los Ministros señor Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Empananza. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

## **ROL N° 2.339-2012**

### **REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE ARTÍCULO 21 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, DEDUCIDO POR ESSBIO S.A.**

Santiago, ocho de noviembre de dos mil doce.

#### **VISTO Y CONSIDERANDO:**

1°. Que, con fecha 23 de octubre del año en curso, el abogado Luis Felipe Ocampo Moscoso, en representación judicial de ESSBIO S.A. ha deducido un requerimiento ante esta Magistratura Constitucional, a fin de que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso pri-

mero del artículo 21 del Código Tributario, en el marco de la reclamación tributaria caratulada “ESSBIO S.A. CON SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS VIII REGION DE CONCEPCION”, de que conoce el Tribunal Tributario y Aduanero de la Región del Bío-Bío, RUC 12-9-0000251-1, RIT GR-10-00037-2012, que se encuentra actualmente para dictar sentencia;

2°. Que, de conformidad con 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 decimoprimeros 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”*;

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 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 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 señalan:

*“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 su parte, el artículo 84 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 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 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°.** Que el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento de inaplicabilidad deducido en la Segunda Sala de este Tribunal;

**6°.** Que esta Magistratura Constitucional en oportunidades anteriores ha resuelto, conforme el mérito de cada caso particular, que si un requerimiento de inaplicabilidad interpuesto adolece de vicios o defec- tos tales que hacen imposible que pueda prosperar, resulta impertinente que la Sala respectiva efectúe un examen previo de admisión a trámite, procediendo que la misma declare derechamente la inadmisibilidad de la acción deducida (ente otras, STC roles N<sup>os</sup> 1.890, 1.878, 1.860, 1.789, 1.834, 1.828, 1.788, 1.771 y 1.749);

**7°.** Que, atendido el mérito de los antecedentes que obran en autos, esta Sala ha logrado formarse convicción en cuanto a que la acción consti-



tucional deducida no cumple con las exigencias constitucionales y legales antes transcritas, razón por la que no puede prosperar, toda vez que, tal como se explicitará en las motivaciones siguientes, la aplicación de las disposiciones impugnadas no resulta decisiva en la resolución de la gestión pendiente invocada y, además, el requerimiento no se encuentra razonablemente fundado, configurándose, de esta manera, las causales de inadmisibilidad contempladas en los numerales 5° y 6° del ya transcrito artículo 84 de la Ley Orgánica de esta Magistratura;

**8°.** Que, conforme ha destacado la jurisprudencia de esta Magistratura, el que la aplicación de un precepto legal haya de resultar decisiva en la resolución de un asunto supone que el Tribunal Constitucional debe efectuar *“un análisis para determinar si de los antecedentes allegados al requerimiento puede concluirse que el juez necesariamente ha de tener en cuenta la norma legal que se impugna, para decidir la gestión.”*(STC roles N<sup>OS</sup> 668, 809, 1.225, 1.493, 1.780 y 2.193);

**9°.** Que tal como indica la propia parte requirente en el primer otro-sí de su presentación, a la fecha de presentación del requerimiento, el término probatorio se encontraba vencido. Ello resulta corroborado con el certificado de la Señora Secretaria de esta Magistratura, de fojas 30 de forma tal que, en el estado actual de la gestión pendiente, no resulta posible estimar que el precepto legal impugnado pueda tener aplicación o que ésta resulte decisiva en la resolución del asunto, configurándose, en la especie, la causal de inadmisibilidad contemplada en el numeral 5° del artículo 84, antes citado.

En efecto, el artículo 21 del Código Tributario es impugnado por la sociedad requirente en cuanto establecería una carga probatoria que reside en el contribuyente desconociendo, a su juicio, que el Servicio de Impuestos Internos es parte en los procesos de reclamación tributaria como el que constituye la gestión pendiente. Habiéndose concluido el término probatorio, resulta inoficioso que esta Magistratura se pronuncie sobre la inaplicabilidad de un precepto legal que ya ha recibido aplicación en la gestión pendiente y que se encuentra en la fase procesal de dictación de la sentencia;

**10°.** Que, por otro lado, la exigencia de fundamento plausible para declarar la admisibilidad supone una condición que implica –como exigencia básica– la aptitud del o de los preceptos legales objetados para contrariar, en su aplicación al caso concreto, la Constitución, lo que debe ser expuesto circunstanciadamente, motivo por el cual 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 Rol N<sup>º</sup> 1.780);

**11°.** Que la jurisprudencia de este Tribunal ha precisado, asimismo, que el requerimiento carece de fundamento plausible cuando no se ex-

plicita la forma cómo la aplicación del precepto legal objetado produce la infracción constitucional que se denuncia (STC roles N<sup>os</sup> 1.956 y 2.127, entre otras). La referida situación se configura precisamente en la especie sobre todo, como se ha expresado, considerando el estado procesal de la gestión pendiente al momento de la presentación del requerimiento, apareciendo más bien como una impugnación genérica y abstracta relativa a la carga de la prueba en materia tributaria.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N<sup>o</sup> 6, e inciso decimoprimer y en los preceptos citados y pertinentes de la Ley N<sup>o</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**Que se declara inadmisibile el requerimiento deducido a fojas 1.**

Notifíquese por carta certificada al requirente.

**Rol N<sup>o</sup> 2.339-2012**

Se certifica que el Ministro García no firma, no obstante haber concurrido al acuerdo por encontrarse enfermo.

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta Subrogante, Ministra señora Marisol Peña Torres, y por los Ministros señores Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

ROL N<sup>º</sup> 2.340-2012REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 25,  
INCISO PRIMERO, DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, DEDUCIDO POR  
EL SINDICATO NACIONAL PULLMAN SUR

Santiago, doce de septiembre de dos mil trece.

**VISTO:**

Mediante presentación de fecha 24 de octubre del año 2012, la directiva del Sindicato Nacional de la Empresa Pullman Sur dedujo requerimiento a fin de que esta Magistratura Constitucional declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 25 del Código del Trabajo, en el juicio de tutela por infracción de derechos fundamentales que se sigue ante el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT 494-2012, RUC 12-4-034432-7, que se encuentra actualmente para audiencia preparatoria.

Cabe precisar que, al referirse a la norma respecto de la cual se solicita la inaplicabilidad, señalan los requirentes que es la segunda parte del inciso primero; sin embargo, transcriben el inciso completo, que es del siguiente tenor:

*“La jornada ordinaria de trabajo del personal de choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana, de servicios interurbanos de transporte de pasajeros y del que se desempeñe a bordo de ferrocarriles, será de ciento ochenta horas mensuales. En el caso de los choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana y de los servicios interurbanos de transporte de pasajeros, el tiempo de los descansos a bordo o en tierra y de las esperas que les corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, no será imputable a la jornada y su retribución o compensación se ajustará al acuerdo de las partes.”.*

Fundan su requerimiento en que la norma impugnada infringe el artículo 19, N<sup>º</sup> 16<sup>º</sup>, de la Constitución Política, ya que, tal como lo han señalado la doctrina nacional y la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, dicha norma constitucional consagra la protección al trabajo mismo, reconociendo la dignidad implícita del trabajador y la función social evidente que éste cumple, de lo que la doctrina colige que el tiempo que el trabajador dedica a su empleador debe y tiene que ser remunerado, lo que, según indican, se ha vulnerado por la empresa demandada de tutela laboral, puesto que ésta ha aprovechado su superioridad económica para imponer sus condiciones a los trabajadores.

Agregan que el reconocer la dignidad del trabajo implica también reconocer la dignidad del descanso, lo que se violenta por la norma impugnada.

Sostienen que la norma también infringe el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental, que hace aplicables los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Chile, en virtud de lo cual sería aplicable en su caso el artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, precepto que establece que los Estados partes reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias y que le aseguren, en especial, una remuneración que proporcione como mínimo un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinción de ninguna especie; y, más importante aún, en la letra d) del mismo artículo se reconoce el derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos, lo que, señalan, torna aún más evidente la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

Agregan que se infringe asimismo el N° 1° del artículo 19 de la Constitución, en lo tocante a la garantía de la integridad física, por los descansos parciales e irregulares, y la psíquica, por no poder pasar sus tiempos de descanso de la forma que libre y soberanamente debiesen poder determinar, lo que crea un escenario de daño permanente y asentado en el tiempo, que alcanza no sólo al trabajador mismo, sino que a todo su núcleo familiar, que se ve privado de contar con su padre, cónyuge o hijos cuando el resto del mundo del trabajo sí lo puede hacer, o al menos planificarse para ello.

Indican que se afecta también, por los descansos por breves lapsos y en lugares indeterminados, a los pasajeros, no existiendo además arraigo alguno en razón de tener que pernoctar o pasar horas del día por decisión unilateral del empleador en diversos lugares, sin que en ello pueda intervenir de manera alguna la voluntad del trabajador.

Y, por último, estiman infringida la garantía de la igualdad ante la ley, amparada en el N° 2° del artículo 19 constitucional, en razón de la excepción que se hace al artículo 21 del Código del Trabajo, que, en lo pertinente, establece que es también jornada de trabajo el tiempo que el trabajador se encuentre a disposición del empleador sin realizar labor, por causas que no le sean imputables.

Se refieren además a la sentencia de este Tribunal Rol N° 1.852, que declaró la inaplicabilidad del artículo 26 bis del Código del Trabajo, para sostener que esta Magistratura ha establecido con meridiana claridad que la garantía invocada abarca los tiempos que el trabajador queda insoslayablemente a disposición del empleador, sin que pueda disponer libremente de ellos ni destinarlos al descanso pleno, a sus actividades familiares o sin que pueda en definitiva descansar, derecho correlativo e inseparable de la relación laboral, debiendo entenderse que dichos tiempos forman parte integrante de la jornada de trabajo y consecuentemente deben ser justa y equitativamente remunerados.

En cuanto a la gestión pendiente en que incide su requerimiento, señalan que el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago está conociendo de una acción de tutela laboral interpuesta en contra de la empresa de transportes Pullman Sur Limitada, por infracción a los derechos fundamentales de los trabajadores en relación a los numerales 1<sup>º</sup>, 2<sup>º</sup>, 4<sup>º</sup> y 16<sup>º</sup> del artículo 19 de la Carta Fundamental, por los tiempos de descanso a bordo o en tierra y por las esperas a bordo o en el lugar de trabajo que les corresponda cumplir y que no son consideradas jornada de trabajo.

Indican que los trabajadores que forman parte del sindicato superan los 25, entre choferes y auxiliares de buses interurbanos que realizan largos viajes por el sur del país hasta la ciudad de Puerto Montt y que resulta evidente que pasar más de 4 horas en cualquier ciudad diferente a la de los respectivos domicilios sin hacer nada, sólo esperando la salida del bus –que ha sido programada por el empleador–, supone tiempos de inactividad y ocio en el sentido de negación de actividad constructiva cualquiera, sea por la brevedad del tiempo y/o por la absoluta carencia de relaciones humanas con familiares, amigos o círculo social.

De los antecedentes de la gestión pendiente, que se encuentran agregados a fojas 10 y siguientes y a fojas 29 y siguientes, se desprende que se demandó en lo principal de tutela laboral, solicitando que junto con acoger la acción y declarar el cese inmediato de dichas vulneraciones se condenara a la demandada al pago de daños morales por \$12.000.000 por cada conductor y \$6.000.000 por cada asistente, según su función o antigüedad en la empresa, o lo que resulte conforme al mérito de los antecedentes, con costas.

La acción se funda en que la jornada de 180 horas mensuales establecida en el artículo 25 del Código del Trabajo no se cumple en ninguna de sus formas, llegando en la mayoría de los casos a duplicarse, excediendo para todos los trabajadores de las 15 ó 16 horas diarias, sin descansos o con descansos parciales y delimitados por las instrucciones del empleador. Agregan que, mediante sendos informes, la Inspección Comunal del Trabajo de Puerto Montt ha constatado que se excede de la jornada y que tampoco se otorga el descanso mínimo ininterrumpido por cada 24 horas, en razón de lo cual la empresa fue multada con 60 UTM por cada infracción.

Se sostiene que las horas de descanso y esperas deben ser remuneradas, pero no de manera convencional, porque ello los deja sujetos a negociar no en igualdad de condiciones.

Por resolución de fecha 31 de octubre de 2012, escrita a fojas 22 y siguientes, se acogió a trámite el requerimiento y se decretó la suspensión del procedimiento de la gestión en que incide; y con fecha 27 de noviembre siguiente se lo declaró admisible, según consta a fojas 38 y siguientes.

Por resolución de fecha 29 de noviembre de 2012, escrita a fojas 44 y siguiente, se dio traslado sobre el fondo de la cuestión a los órganos

constitucionales interesados y a la otra parte en la gestión pendiente, la empresa de Transportes Pullman Sur Limitada, la que con fecha 21 de diciembre del año 2012 evacuó el traslado conferido, solicitando el rechazo del requerimiento, con costas, presentación que se encuentra agregada a fojas 53 y siguientes de autos.

Plantea en primer término la requerida que el requerimiento no explica en forma clara y precisa la forma en que la aplicación de la norma impugnada en la gestión pendiente vulneraría la Constitución, sin perjuicio de sostener que tampoco existe contradicción entre ambas.

En lo tocante a los choferes y auxiliares demandantes en la gestión pendiente y requirentes en estos autos, hace presente que se encuentran sujetos a un sistema excepcional de distribución de la jornada de trabajo, que contempla 10 días de trabajo seguidos de 4 de descanso, conforme a las resoluciones de la Dirección del Trabajo N° 1082, de 22 de septiembre de 2005, y N° 1950, de 14 de diciembre de 2012, que acompaña y que se encuentran guardadas en custodia junto con otros antecedentes aportados.

Agrega que la jornada excepcional de 10 por 4 compatibiliza las normas de descanso semanal ajustándolas a la realidad de la actividad del transporte interurbano de larga distancia, ya que ella equivale a una semana laboral de 5 días laborables con dos días de descanso y exige respetar los domingos y feriados con descansos compensatorios.

Indica que la aprobación del sistema excepcional de distribución de la jornada de trabajo y descansos requirió el consenso de los trabajadores y se controla mediante un sistema automatizado, certificado por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y autorizado por la Dirección del Trabajo, conforme a la Resolución N° 1081, de 22 de septiembre de 2005, que también acompaña.

Señala que durante los períodos de descanso, acreditados mediante el sistema referido de control, los trabajadores no se encuentran ni material ni legalmente a disposición del empleador.

Sostiene que el conjunto de reglas reseñadas constituye una regulación especial de la jornada laboral, reconocida expresamente por el legislador como resultado de un análisis colectivo de la naturaleza y desarrollo de esta actividad, destinada a prestar un servicio esencial de utilidad pública, de manera que no obedece al capricho del legislador, sino que a la necesidad de contar con un servicio público continuo de transporte interurbano de pasajeros, confiable y seguro.

En cuanto al aspecto seguridad, indica que la norma prohíbe a los choferes manejar más de 5 horas continuas, seguidas de dos horas de descanso.

Expone que se está en presencia de una disposición especial, distinta de la general establecida en el artículo 21 del Código del Trabajo, como existen muchas otras, por ejemplo, referidas a las jornadas de trabajo de

los trabajadores de casa particular, de los tripulantes de vuelo y cabina, de los tripulantes de naves y pesqueros, de los deportistas, artistas y de los trabajadores agrícolas.

Asimismo, indica, en el derecho laboral comparado toda la actividad del transporte de larga distancia, sea marítimo, aéreo o terrestre, tiene disposiciones especiales, tiempos de descanso y de esperas, distintos de la jornada ordinaria general.

Hace presente que el transporte público interurbano de pasajeros presenta caracteres singulares que implican que las jornadas de trabajo de quienes trabajan en ruta, sean éstos choferes o auxiliares, no sean asimilables al común de los trabajadores, ya que deben compatibilizarse con las distancias de los recorridos, los horarios de salida y llegada y la necesidad de prestar un servicio continuo en todo el ámbito geográfico en que la empresa funciona.

La determinación precisa de las jornadas que correspondan a cada trabajador de ruta depende, además de las normas que regulan la actividad, del servicio específico que se debe prestar, de las realidades del trayecto concreto de que se trate, por ejemplo, estado de carreteras, fluidez del tránsito, estado del tiempo y similares; así por ejemplo, indica, un viaje a Valdivia, que tiene una distancia de 840 kilómetros, dura del orden de las 11 horas, lapso en que los choferes manejan 5 horas continuas, descansando dos horas seguidas, y al llegar a destino, por imperativo legal deben descansar en tierra a lo menos 8 horas. Si se consideraran parte de la jornada los descansos obligatorios a bordo o en tierra entre viaje y viaje, los conductores que realizan este recorrido con el sistema especial de 10 por 4 completarían su jornada mensual en 8 días aproximadamente, en circunstancias que actualmente laboran 20, 21, 22 ó 23 días en el mes, según éste tenga 28, 29, 30 ó 31 días.

Indica que por la naturaleza misma de los recorridos de larga distancia, los trabajadores gozan de tiempos de descanso, pero no tienen tiempos de espera, salvo situaciones excepcionales; esto, por cuanto la actividad requiere calendarización estandarizada de los recorridos. Por lo anterior, señala, los tiempos de descanso obligatorios, los tiempos en tierra y el tiempo de conducción máxima no dependen de la voluntad del empleador, sino que han sido determinados en forma imperativa por la ley.

Agrega que si se cumple la ley, los choferes y auxiliares de buses de transporte interurbano de pasajeros durante sus tiempos de descanso y espera no se encuentran a disposición del empleador, en los términos del artículo 21 del Código del Trabajo, por lo que no existiría vulneración de derechos, y obligarlos a prestar servicios constituiría infracción laboral.

Por otro lado, indica, la empresa paga el alojamiento de los trabajadores cuyos domicilios no estén situados en las ciudades de inicio o de término del servicio, para los efectos del descanso en tierra.

Finalmente, en cuanto a la retribución de los tiempos de descanso y espera, sostiene que con fecha 9 de diciembre de 2011 las partes suscribieron un contrato colectivo de trabajo, que se encuentra vigente y que refleja la voluntad de las partes de retribuir o compensar los períodos de descanso o espera, que no son imputables a la jornada laboral, y que garantiza la protección de sus intereses. Desconocerlo, indica, supondría desconocer la voluntad de los trabajadores representados por su Sindicato.

El referido instrumento colectivo se encuentra en la custodia del Tribunal y de su revisión se desprende que en la cláusula sexta, parte final, se establece: “*La empresa pagará a los conductores de buses una compensación por descanso de \$7.200 y a los auxiliares de \$2.700*”.

Por resolución de fecha 8 de enero de 2013, escrita a fojas 68, se ordenó traer los autos en relación y se ordenó agregar la causa al Rol de Asuntos en Estado de Tabla.

Con fecha 9 de mayo de 2013 se llevó a efecto la vista de la causa, alegando, luego de escuchar la relación, el abogado Guido Sepúlveda Yévenes, por la parte requirente, y el abogado Gabriel Zurita Mora, por la parte requerida. Con fecha 14 del mismo mes y año se adoptó el acuerdo en esta causa, registrándose un empate de votos, por lo que el requerimiento debe considerarse rechazado.

**CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.** Que, en la parte expositiva de esta sentencia se ha consignado debidamente la enunciación de las alegaciones y fundamentos de derecho hechos valer por los requirentes, así como las resoluciones, comunicaciones y certificaciones que dan cuenta de la sustanciación de este proceso constitucional;

**SEGUNDO.** Que, traídos los autos en relación y terminada la vista de la causa, se procedió a votar el acuerdo respectivo, produciéndose empate de votos, con lo cual, atendido el quórum exigido por la Carta Fundamental para acoger esta clase de requerimientos y que, por mandato de la letra g) del artículo 8° de la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal, el voto del Presidente no dirime un empate en estos casos, se tuvo por desechado el requerimiento, por no haberse alcanzado el quórum constitucional necesario para ser acogido.

I

VOTO POR EL RECHAZO DEL REQUERIMIENTO

**Los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Iván Aróstica Maldonado, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril estuvieron por rechazar el requerimiento, fundados en las siguientes consideraciones:**



1°. Que, de conformidad con lo dispuesto en 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 la inaplicabilidad, en general, del inciso primero del artículo 25 del Código del Trabajo, en atención a que su aplicación al caso específico de que se trata, resultaría contraria al artículo 19, N<sup>OS</sup> 1°, 2°, 4° y 16°, y al artículo 5°, inciso segundo, todos de la Carta Fundamental, este último en relación con el artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la forma como se ha descrito precedentemente.

El aludido inciso primero del artículo 25 del Código del Trabajo dispone lo siguiente:

*“La jornada ordinaria de trabajo del personal de choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana, de servicios interurbanos de transportes de pasajeros y del que se desempeñe a bordo de ferrocarriles, será de ciento ochenta horas mensuales. En el caso de los choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana y de los servicios interurbanos de transporte de pasajeros, el tiempo de los descansos a bordo o en tierra y de las esperas que les corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, no será imputable a la jornada y su retribución o compensación se ajustará al acuerdo de las partes.”;*

2°. Que la cuestión se suscita a propósito de una denuncia de tutela laboral de derechos fundamentales y, en subsidio, de una acción de cobro de prestaciones por “horas extraordinarias”, ascendente a la cantidad de \$96.737.040, promovidas por tres trabajadores, por sí y en conjunto con 23 choferes y auxiliares de buses del “Sindicato Nacional Pullman Sur”.

Sobre el particular, es relevante destacar que en este proceso se acompañó un contrato colectivo de trabajo (fs. 66), donde los requirentes y su empleador habrían dado ejecución al precepto cuya inaplicabilidad ahora se solicita, acordando un monto de dinero como retribución de los aludidos descansos (cláusula 6<sup>a</sup>.), y al que la empresa empleadora le ha atribuido un alcance amplio (fs. 65), sin que la validez de dicho acuerdo haya sido cuestionada en sede laboral ni tal interpretación amplia controvertida ante este Tribunal.

Por tanto, en las condiciones actuales, en que se ha procedido en su virtud a consolidar beneficios, no cabe colegir que la regla legal impugnada resulte en su aplicación contraria a los derechos constitucionales invocados en el requerimiento de autos;

3°. Que, además, al tenor de los fundamentos que informaron las sentencias desestimatorias roles N<sup>OS</sup> 2.199, 2.213 y 2.186, este Tribunal concluyó que la disposición impugnada aparece atendible y razonable, considerando la especial naturaleza que reviste la función del transporte allí regulada.

Sin que en el presente requerimiento se invoquen nuevos argumentos, ni en los autos ordinarios que se han tenido a la vista rolen otros antecedentes, que lleven a alterar lo allí razonado;

4°. Que, asimismo, corresponde reiterar que en dichos pronunciamientos se sustentó que del artículo 19, N° 16°, constitucional se deriva la obligación de remunerar los servicios efectivamente desempeñados y aquellas horas en que el trabajador se encuentra a disposición del empleador, esto es, en aptitud o presto a realizar tareas bajo sus órdenes, no cayendo en tales premisas los aludidos tiempos de espera y descansos.

A la vez que la justificación del artículo 25, inciso primero, del Código del Trabajo se encuentra en la especial naturaleza de la función acometida, asumida por quienes se ocupan en ella, por todo lo anterior es que no atenta contra las garantías reconocidas en el artículo 19, N°s 1°, 2°, 4° y 16°, ni se opone al 5°, inciso segundo, todos de la Carta Fundamental, este último en relación con el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales.

Lo dicho, naturalmente, sin perjuicio de la situación de hecho que pueda dar por establecida el juez del fondo, en cuanto a si se ha dado positivo cumplimiento a aquellos tiempos de espera y descanso a que se refiere el artículo 25, inciso primero, del Código del Trabajo. O –por el contrario– si han trabajado realmente o se ha puesto a los trabajadores en actitud de tener que servir potencialmente al empleador durante tales lapsos, en los términos definidos por el artículo 21 del mismo estatuto laboral, lo que importaría precisamente una contravención a la norma protectora del citado artículo 25, inciso primero.

**El Ministro señor Juan José Romero Guzmán previene que concurre al rechazo del requerimiento por las siguientes consideraciones:**

1°. Que las objeciones constitucionales planteadas por la requirente en autos, en relación al artículo 25 del Código del Trabajo, tienen como fundamento común la libertad que tienen el empleador y el trabajador para acordar una retribución por los tiempos de descanso y espera, la cual podría dar lugar, según la posición discrepante, a que no haya retribución alguna o a que ésta sea insuficiente.

2°. Que, en efecto, una primera objeción constitucional considera, a modo ilustrativo, que *“el no considerar a los tiempos de espera como parte de la jornada pasiva de choferes y auxiliares (y, por consiguiente, no remunerarlos en tal calidad) efectivamente entraña una vulneración a los postulados constitucionales de protección al trabajo y de su justa retribución, respectivamente recogidos en los incisos primero y segundo del numeral 16° del artículo 19 de la Carta Fundamental”* (considerando segundo del voto por acoger de los Ministros señora Marisol Peña y señor Francisco Fernández, STC Rol N° 2.398). En el mismo sentido, se ha argumentado que la norma vulnera la Constitución,

*“pues considera que los tiempos de espera y descanso no constituyen trabajo y, por lo tanto, no deben ser remunerados”* (considerando 28° del voto por acoger de los Ministros Hernán Vodanovic, Carlos Carmona y Gonzalo García, STC Rol N<sup>º</sup> 2.398).

3°. Que, frente al tipo de objeción planteada precedentemente, es importante recalcar que una retribución por los tiempos de descanso y espera siempre existirá. La remuneración global pactada entre un empleador y un trabajador asume o internaliza las características del trabajo, así como las particularidades regulatorias del mismo, en este caso, la regulación de los tiempos de descanso y espera establecida en el artículo 25 del Código del Trabajo. En otras palabras, el trabajador, cuando se emplea, contrata o pacta una retribución o remuneración que le permita compensar convenientemente el esfuerzo que implica prestar servicios en la empresa de que se trate, incluidos, en este caso, los tiempos de descanso y espera.

4°. Que, en consideración a lo precedentemente expuesto, la retribución por los tiempos de descanso y espera está implícitamente incorporada en la remuneración global pactada entre el empleador y sus trabajadores. Sin perjuicio de lo anterior, nada obsta a que las partes de una relación laboral pacten explícita y específicamente una retribución o compensación por los tiempos de descanso o espera. Debe tenerse presente, en todo caso, que la opción por una retribución pactada de forma específica no hace, necesariamente, una diferencia en la remuneración total del trabajador, ya que un pago mayor en este ítem significará, probablemente, un pago menor en los otros restantes o en el global restante.

5°. Que un segundo reproche estrechamente ligado al primero ya descrito destaca que *“la norma no se adecua a lo señalado por nuestra Carta Fundamental, pues entrega a la libertad contractual un aspecto propio de la jornada. En efecto, los trabajadores se ven arrojados a la voluntad de su empleador de negociar una “retribución” o “compensación” por los descansos y tiempos de espera.”* (c. 36° del voto por acoger de los Ministros Hernán Vodanovic, Carlos Carmona y Gonzalo García, STC Rol N<sup>º</sup> 2.398).

6°. Que, a diferencia de lo objetado en el considerando anterior, debe subrayarse que la libertad para pactar una remuneración entre un empleador y un trabajador es inevitable, legítima y necesaria. En la objeción señalada en el considerando precedente subyace la equivocada creencia de que la Constitución impone como imperativo que las remuneraciones deben estar fijadas por ley y que, por lo tanto, no puede existir espacio para pactarlas libremente, luego de una negociación entre el empleador y el trabajador. Por el contrario, en todo contrato de trabajo siempre existirá un acuerdo al que se ha arribado voluntariamente, y éste será legítimo en la medida en que se respete el mínimo legal, el cual se establece (al igual que muchas otras normas del Código del Trabajo) para morigerar

el desigual poder negociador entre una y otra parte. De hecho, la posibilidad de negociar colectivamente a través de un sindicato y acordar una remuneración global o, incluso, una retribución específica por los tiempos de descanso y espera, lo que ocurre en este caso concreto, constituye una manera útil en virtud de la cual el Derecho remedia, en parte, las imperfecciones de mercado existentes en el ámbito laboral. Además, es importante consignar que, en general, la existencia de algún grado de libertad para pactar la remuneración y las condiciones de empleo resulta necesaria para poder consagrar y recompensar las diferencias de productividad entre los trabajadores. En definitiva, y asumiéndose el cumplimiento de los estándares mínimos establecidos por el legislador, la libertad de las partes para pactar una remuneración por una determinada prestación de servicios no desaparece, es legítima y es necesaria.

7°. Que el tercer reparo constitucional, a su vez, está referido a una supuesta insuficiencia en los estándares o niveles de protección de que gozarían los choferes y auxiliares. Existe una imputación de irracionalidad respecto de un sistema de jornada laboral que, entre otras cosas, excluye de la jornada de trabajo los tiempos de descanso y espera que se producen entre turnos laborales sin realizar labor. Es así como se ha sostenido “[q]ue las reglas que el artículo impugnado establece para proteger al trabajador, no son suficientes.” (c. 33° del voto por acoger de los Ministros Hernán Vodanovic, Carlos Carmona y Gonzalo García, STC Rol N° 2.398).

8°. Que, más allá de que puedan existir opciones de estándares regulatorios distintos, no se aprecia irracionalidad en la norma impugnada. De hecho, baste sólo tener presente que si se consideraran como trabajados los tiempos de descanso y espera que se producen entre turnos laborales sin realizar labor, la jornada laboral máxima para el caso bajo análisis se cumpliría en aproximadamente una semana. La especial naturaleza de las labores reguladas por el artículo 25 del Código del Trabajo bien puede justificar un tratamiento regulatorio especial, el cual es conocido por los trabajadores, más aún si están organizados en un sindicato.

9°. Que el mercado laboral, sin dejar de funcionar como tal, se encuentra fuertemente regulado, conteniendo reglas comunes y reglas excepcionales de mayor o menor nivel de intensidad en términos de protección al trabajador. Los choferes y auxiliares a los que alude el artículo 25 del Código del Trabajo, por ejemplo, tienen reglas especiales que brindan, en general, un nivel de protección mayor que el común de los trabajadores en atención a las características del trabajo que realizan. Estos estándares son considerados, al día de hoy y mientras no cambie la legislación, suficientes por el legislador, quien goza de un amplio margen de discrecionalidad para evaluar la oportunidad, mérito y conveniencia de las reglas laborales.

**10°.** Los criterios sobre la suficiencia o conveniencia de los estándares laborales van cambiando a través del tiempo. Por ejemplo, el estándar regulatorio sobre la jornada ordinaria máxima de trabajo cambió hace algunos años, rebajándose de 48 a 45 horas máximas semanales. En el caso de los choferes y auxiliares de locomoción colectiva interurbana, la jornada ordinaria de trabajo no puede exceder de 180 horas mensuales. Dichos trabajadores gozaban, antes, de un menor nivel de protección. El estándar laboral por excelencia: el salario mínimo, va cambiando en el tiempo. Cada uno podrá tener su opinión, por ejemplo, sobre el monto adecuado o justo, en un determinado momento del tiempo, de este último tipo de estándar laboral, pero en una sociedad democrática es el pueblo, a través de sus representantes, quien debe determinarlo. Tal como ya se ha manifestado, si hay un tema de conveniencia, oportunidad y mérito en el cual corresponde ser deferentes con el legislador es el relativo a los estándares laborales.

Por lo tanto, este Ministro rechaza el requerimiento interpuesto por el Sindicato Nacional de la Empresa Pullman Sur por no estimar vulnerada ninguna de las normas constitucionales invocadas, en consideración a los argumentos precedentemente expuestos.

## II

### VOTO POR ACOGER EL REQUERIMIENTO

**A. Los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino estuvieron por acoger el requerimiento de autos, por las razones que se consignan a continuación:**

#### I. LA IMPUGNACIÓN

**1°.** Que el requerimiento materia de autos solicita a esta Magistratura pronunciarse sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 25 del Código del Trabajo, con el fin de esclarecer si lo dispuesto en dicho precepto legal vulnera las garantías constitucionales señaladas en los numerales 1, 2 y 16 del artículo 19 y en el artículo 5° de la Carta Fundamental, respecto de los trabajadores involucrados en el proceso laboral de que se trata y que se invoca como gestión pendiente;

#### II. CRITERIOS INTERPRETATIVOS

**2°.** Que antes de expresar nuestra disidencia queremos expresar los criterios interpretativos que guiarán nuestro razonamiento;

**1. El principio protector en el derecho laboral.**

3°. Que la materia que abordamos se enmarca en la regulación del Derecho Laboral. En este sentido, es necesario recordar que esta rama del derecho se caracteriza por cumplir un rol tuitivo o de protección de los trabajadores (Macchiavello, Guido. Derecho del Trabajo. Editorial Fondo de Cultura. Santiago, 1986, p. 53). Esta peculiaridad del Derecho del Trabajo se funda en el reconocimiento que hace el legislador de una desigualdad económica y de libertad entre las partes que celebran el contrato de trabajo personal y subordinado. Si bien el contrato de trabajo es un acuerdo entre sujetos privados (artículo 7° del Código del Trabajo), es la desigualdad en la capacidad de negociar el mismo lo que motiva a esta rama del derecho a “corregir” la situación de inferioridad del trabajador. En este sentido, su propósito es “limitar” la “subordinación” que tiene lugar en el interior de las empresas, y evitar que se transforme en una fuente de sumisión o sometimiento total, en atención a que el empleador está dotado de poderes económicos, directivos y disciplinarios. A esto se refiere el Código del Trabajo al aludir a “*la función social que cumple el trabajo*” (artículo 2°, inciso primero, Código del Trabajo); y a lo mismo se refiere al declarar que “*las relaciones laborales deberán fundarse en un trato compatible con la dignidad de las personas*” (artículo 2°, inciso segundo, Código del Trabajo) y al establecer el deber del Estado de “*amparar al trabajador*” y “*velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios*” (artículo 2°, inciso final, Código del Trabajo);

4°. Que, al respecto, la doctrina ha señalado que dicho carácter se traduce en el “principio protector”. En el Derecho Laboral la preocupación central es proteger al trabajador. (En este sentido, véase Gamonal Contreras, Sergio; Introducción al Derecho del Trabajo. Editorial Conosur. Santiago, 1998, p. 104, y Pla Rodríguez, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 84.) Este principio inspira todas las normas del Derecho del Trabajo y debe ser tenido en cuenta en su aplicación. Dicho principio se traduce en una regla hermenéutica según la cual ahí donde existan varias interpretaciones posibles de un precepto, debe preferirse aquella que mayor beneficio reporte al trabajador. También se traduce en el principio de la norma más favorable, que postula que el intérprete debe seleccionar, entre varias normas, aquella que contenga disposiciones más favorables para el trabajador;

5°. Que dicho carácter protector es reconocido por la Constitución, pues ésta garantiza la protección del trabajo (artículo 19, N° 16°);

**2. La protección amplia que la Constitución garantiza.**

6°. Que esta Magistratura ha señalado que la protección constitucional del trabajo a que se refiere el artículo 19, N° 16°, de nuestra Carta

Fundamental, “no se limita sólo a garantizar la libertad de elección y de contratación laboral, sino que, al incluir la garantía constitucional el reconocimiento expreso de la libertad de trabajo y su protección, la Constitución extiende la protección al trabajo mismo, en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del trabajador en la forma en que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo” (STC roles N<sup>OS</sup> 2.086, 2.110, 2.114, 2.182 y 2.197);

7<sup>º</sup>. Que, en consecuencia, debe entenderse que nuestra Constitución también protege al trabajo propiamente tal, no consagrando el derecho al trabajo en términos generales, pero sí derechos que constituyen elementos fundamentales de éste y que pueden exigirse efectivamente del Estado (Luz Bulnes: “La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980”, en *Revista de Derecho Público* N<sup>º</sup> 28, Universidad de Chile, Santiago, 1980, p. 215). En el mismo sentido se ha pronunciado José Luis Cea, para quien la protección jurídica sobre el trabajo incluye no sólo la libertad de buscarlo sino también el trabajo en sí: “Lo protegido es la libertad de trabajo, es decir, el derecho a buscar un trabajo, aunque sin garantizar que se obtenga el pretendido u otro satisfactorio. Empero, el Código del ramo ha corregido esto, legislando de manera que se protege igualmente el trabajo en sí por su función social y el derecho al trabajo, entendiéndose por este último el que asegura al trabajador cierta estabilidad o permanencia en su empleo o labor” (José Luis Cea: *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II, Derechos, deberes y garantías*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2004, p. 427)” (STC roles N<sup>OS</sup> 2.086, 2.110, 2.114, 2.182 y 2.197);

8<sup>º</sup>. Que a lo anterior debemos agregar que la protección al trabajo que la Constitución brinda, abarca más que la tradicional estabilidad en el empleo, pues comprende la necesidad de que la remuneración permita al trabajador acceder a una vida digna, los estándares mínimos de seguridad e higiene en el trabajo, la promoción e igualdad de condiciones y el derecho al descanso (Katherine Becerra: “El derecho al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias”, en *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*. Editorial Librotecnia. Santiago, 2012, p. 165);

9<sup>º</sup>. Que lo que la Constitución protege es “un trabajo de calidad, con condiciones justas y favorables de trabajo o de la actividad lícita desempeñada” (Daniela Marzi Muñoz: “Derecho al trabajo: Trabajo con contenido y fines”, en *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*. Editorial Librotecnia. Santiago, 2012, p. 127). El trabajo que debe protegerse es el “trabajo digno” y el “trabajo decente”. El trabajo digno, según lo ha señalado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es aquel que respeta los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de seguridad laboral y remuneración. También ofrece una renta que permite a los trabajadores vivir y asegurar la vida de sus familias. Estos derechos fundamentales también incluyen el respeto a la integridad física y mental

del trabajador en el ejercicio de su empleo. Por su parte, el trabajo decente es aquel trabajo productivo para hombres y mujeres en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana (*Daniela Marzi Muñoz: "Derecho al trabajo: Trabajo con contenido y fines", en Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno. Editorial Librotecnia. Santiago, 2012, p. 131*);

### 3. Las materias de ley en los asuntos laborales.

**10°.** Que, por otra parte, las normas fundamentales que regulan el derecho laboral reconocen dos fuentes normativas: la ley y la voluntad de las partes, lo que significa que las normas que regulan las condiciones laborales son, en parte, creadas por los contratantes y, en parte, por el legislador.

Sin embargo, esta libertad contractual se encuentra limitada por la Constitución Política de la República, que en su artículo 63, N° 4, señala que sólo son materias de ley "*las materias básicas relativas al régimen jurídico laboral, sindical, previsional y de seguridad social*".

En este sentido, la Constitución establece, de un lado, la obligatoriedad de que las materias esenciales de esta área sean reguladas por el legislador y no dejadas al arbitrio de las partes. Así, el legislador no puede abstenerse de regular ciertos aspectos de la relación laboral, pues hacerlo significaría quebrantar el llamamiento a un mínimo legal establecido por la Carta Fundamental. Del otro, que, al hacerlo, debe abordar sólo lo esencial;

**11°.** Que, para definir dicha frontera, el carácter protector del derecho laboral es la clave, pues éste no puede ser desvirtuado por la autonomía del legislador;

**12°.** Que, en ese sentido, si bien es cierto que el legislador puede regular diversas áreas de una actividad económica estableciendo regímenes especiales para ciertos sectores y contemplar normas que se alejen de las reglas generales, con ello no puede desmejorar las condiciones laborales ni desproteger a un grupo de trabajadores, pues vulneraría el carácter tuitivo del derecho laboral;

**13°.** Que la mencionada protección constitucional del trabajo implica, para el legislador, impedir el posible abuso de la posición de predominio y del poder negociador del empleador, e impedir que se perjudique especialmente al trabajador por su necesidad de trabajar. Asimismo, esto implica impedir que, debido a las labores encomendadas, se ponga en riesgo la vida del trabajador, su seguridad, su salud, el normal desenvolvimiento de su vida social y familiar, el necesario tiempo libre destinado al esparcimiento y el descanso. En definitiva, implica proteger el justo equilibrio entre las distintas actividades cotidianas de la persona que presta su trabajo, con el objeto de que dicha labor no monopolice su vida;



#### **4. El transporte de pasajeros es relevante para la sociedad toda.**

**14°.** Que, enseguida, el transporte de pasajeros en la locomoción colectiva interurbana y en los servicios interurbanos de transporte de pasajeros no es algo que únicamente interese a las empresas de buses, sino que a toda la sociedad. En primer lugar, porque los vehículos empleados en el transporte de personas utilizan carreteras y caminos que son bienes nacionales de uso público. En segundo lugar, debido a que existe un importante número de terceros que se pueden ver involucrados en el funcionamiento de la normativa en cuestión. Se trata tanto de los pasajeros del transporte interurbano como de los otros usuarios de las vías, es decir, automovilistas, transportistas de carga, peatones, etc. En tercer lugar, la regulación de esta actividad económica no es baladí, pues involucra la seguridad vial. Para el caso que analizamos, vale la pena observar los accidentes de tránsito protagonizados por buses del transporte público. En este sentido, el año 2011, según cifras de la Comisión Nacional de Seguridad de Tránsito (CONASET), se produjeron 698 accidentes con participación de al menos un vehículo de este tipo. Como consecuencia de ello, resultaron lesionadas 1.238 personas;

**15°.** Que, como consecuencia de lo anterior, primeramente, es posible observar la existencia de regulaciones especiales, que son más exigentes para los vehículos que transportan pasajeros que para el común de los automóviles. En este sentido, la Ley de Tránsito le dedica a estas materias su Título VI, “del transporte público de pasajeros y de los pasajeros de vehículos de locomoción colectiva”. De esta manera, se regulan especialmente algunos aspectos como el límite de velocidad, que es inferior a otros vehículos (artículo 150, Ley N<sup>º</sup> 18.290) y la necesidad de una licencia especial clase A (artículo 12, Ley N<sup>º</sup> 18.290) para los conductores. Enseguida, y como forma de recalcar la importancia de la materia tratada, podemos destacar que es una actividad sujeta a seguros, debido a que se trata de una actividad altamente riesgosa. Así, por ejemplo, el seguro obligatorio de accidentes personales causados por la circulación de vehículos motorizados, que se encuentra establecido en el artículo 1° de la Ley N<sup>º</sup> 18.490, precepto que dispone que todo “*vehículo motorizado que para transitar por las vías públicas del territorio nacional requiera de un permiso de circulación, deberá estar asegurado contra el riesgo de accidentes personales a que se refiere esta ley*”. Con ello, el legislador obliga al transeúnte que pretenda circular en vehículo motorizado, a contratar dicho seguro;

**16°.** Que, por lo mismo, la preocupación del legislador del tránsito para con terceros debe también existir en el legislador laboral. Este debe cuidar de un elemento central del proceso de transportes: los choferes. Los buses llevan personas y circulan por vías públicas donde transitan otros vehículos y personas. La preocupación por la salud y la seguridad de los choferes debe ser máxima;

**5. La sobrecarga de la excepcionalidad laboral de los choferes.**

**17°.** Que los choferes a que se refiere el artículo 25 que se impugna, están sujetos a una serie de normas excepcionales respecto a los trabajadores comunes. Desde luego, están excluidos de la limitación de jornada (artículo 22, inciso cuarto). También están relevados del límite de horas extraordinarias (artículo 31). Asimismo, no se les aplica el que no deban trabajar días domingos y festivos (artículo 35). A ello se suma el que el tiempo de los descansos a bordo o en tierra y de las esperas no sea imputable a la jornada y su retribución se ajuste al acuerdo de las partes. Ello hace excepción a la regla general del artículo 21 del Código del Trabajo, que considera como parte de la jornada el tiempo en que el trabajador se encuentra a disposición del empleador sin realizar labor, por causas que no le sean imputables;

**18°.** Que si bien otros trabajadores tienen también regulaciones especiales, que hacen excepción a la regulación general, el Código del Trabajo les dedica capítulos completos. No sucede lo mismo con los trabajadores que desempeñan la labor de choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana, y de servicios interurbanos de transportes de pasajeros, a quienes el Código les dedica apenas un artículo. Además, a dichos trabajadores el Código les establece normas más protectivas que las que se disponen para los choferes;

**III. LA INCONSTITUCIONALIDAD**

**19°.** Que ahora estamos en condiciones de entrar al fondo del asunto discutido. Para estos disidentes, los tiempos que el trabajador pasa descansando entre turnos o esperando el siguiente turno y los tiempos de descanso a bordo, no pueden ser considerados “tiempo libre” ni tiempo del cual pueda disponer libremente, por más que no se encuentre desempeñando labores. Tiempo libre debe ser entendido como aquel que el trabajador puede efectivamente destinar a aquellas actividades que estime convenientes, con completa libertad, no teniendo más limitaciones que aquellas que afecten a todos los habitantes de la nación;

**20°.** Que, en relación a lo anterior, estos Ministros consideran que la norma del artículo 25 del Código del Trabajo vulnera lo señalado en el numeral 16° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, tanto respecto de los descansos como de los tiempos de descanso y espera de la forma en que pasa a exponerse;

**21°.** Que, en primer lugar, la norma vulnera la Constitución, pues considera que los tiempos de espera y descanso no constituyen trabajo y, por lo tanto, no deben ser remunerados. En este sentido, es necesario recordar que si bien se trata de lapsos de tiempo durante los cuales los trabajadores no deben ejecutar órdenes de su empleador, pues se encuen-

tran sin realizar labor alguna, éstos tampoco pueden disponer libremente de este tiempo, pues su libertad se encuentra restringida a disfrutar de tal descanso a bordo de un bus, *pernoctando lejos de su hogar o reposando en el lugar de trabajo*;

**22°.** Que así ha sido señalado por esta Magistratura respecto de las esperas, al establecer que éstos *“no son lapsos de libre disposición de los trabajadores, pues su ocurrencia y duración dependen de la propia organización de trabajo que haya decidido el empleador, en procura de un uso eficiente del tiempo. En este caso, la duración y ocurrencia de las esperas que deben observar entre turnos laborales los choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana y de los servicios interurbanos de transporte de pasajeros, dependen de la frecuencia de salida de los buses que haya fijado el empleador. A eso se agrega que, durante tales esperas, los choferes y auxiliares no se desentienden de sus labores como sí lo hacen cuando están descansando, de manera que, en realidad, siguen bajo las órdenes e instrucciones de su empleador mientras esperan retomar las labores”* (STC roles N<sup>OS</sup> 2.110, 2.114, 2.197 y 2.182);

**23°.** Que, en segundo lugar, la norma vulnera el artículo 19, N<sup>º</sup> 16°, pues desprotege a los trabajadores, en la medida en que hace recaer sobre ellos la especialidad de la actividad. Como hemos dicho anteriormente, ésta se debe desarrollar todos los días del año, ininterrumpidamente, trasladando a las personas de un lugar a otro. Por ello, se les recarga su jornada, se les disminuyen sus descansos, se les hace trabajar sábados y domingos, se les obliga a pernoctar en otros lugares lejanos de su domicilio. A ello se agrega que no se les considere trabajo los descansos en el bus y los tiempos de espera. Sin embargo, no son éstos quienes deben cargar con dicha excepcionalidad. No porque la actividad es así, los trabajadores, la parte más débil de la relación laboral, deben aportar con el sacrificio desproporcionado de horas de trabajo, de fines de semana, de feriados, de tiempo fuera del hogar, de menos remuneración, porque eso atenta contra el trabajo digno y decente;

**24°.** Que la norma impugnada desprotege a los trabajadores, pues la exclusión de los tiempos de espera y de descanso de la jornada laboral remunerada se suma a otras condiciones laborales suficientemente excepcionales señaladas más arriba, que no tienen los otros trabajadores del país, y que repercute seriamente en un trabajo digno y decente y en la seguridad vial;

**25°.** Que los choferes de la locomoción colectiva interurbana, y de servicios de transporte interurbano de pasajeros, ya tienen antes de aplicar la norma impugnada una serie de regulaciones excepcionales a la regulación común. La norma impugnada se suma a todas éstas. Es el impacto de todo ese estatuto de excepción el que afecta el mandato de la Constitución de que el legislador debe proteger un trabajo digno y decente;

**26°.** Que las reglas que el artículo impugnado establece para proteger al trabajador, no son suficientes. Estas, recordemos, son 8 horas de descanso en tierra, no más de cinco horas continuas de trabajo y 180 horas mensuales. Pero a ello hay que agregar la excepción del límite a la jornada, del tope límite a las horas extraordinarias, así como la excepción a trabajar sábados, domingos y feriados. A dicho estatuto de excepción se suma que la norma, por una ficción, considere que el tiempo de descanso a bordo y las esperas no son jornada laboral. Ello desequilibra completamente la relación laboral, pues hace soportar en el trabajador toda la naturaleza propia de la industria del transporte colectivo de pasajeros;

**27°.** Que, con lo anterior, la norma impugnada rompe la regla establecida por el artículo 21 del Código del Trabajo, que establece que “*se considerará también jornada de trabajo el tiempo en que el trabajador se encuentra a disposición del empleador sin realizar labor, por causas que no le sean imputables*”, y deja un aspecto fundamental de la jornada laboral de los trabajadores de esta actividad sujeto a la mera voluntad de las partes;

**28°.** Que la norma establece que no son parte de la jornada, por un lado, el descanso a bordo del bus. Establece como garantía que se haga en una litera adecuada. Pero, ¿puede considerarse descanso, es decir reposo o pausa, intermedio en el desarrollo del trabajo, seguir en el mismo trabajo? Precisemos que la norma exige que el chofer siga a bordo de la máquina, sólo que no conduce. ¿Puede considerarse que es libre de hacer lo que estime pertinente? Por de pronto, no puede bajarse de la máquina. Eso ya limita sus posibilidades de descansar como estime pertinente. Enseguida, ¿es un descanso reparador que el chofer de la máquina que transporte pasajeros, duerma en el mismo bus, en una litera entre medio de las maletas? ¿Puede considerarse que ese tiempo en que el chofer está arriba del bus “descansando”, no es jornada? A ello se suma que el legislador permite que no se le pague una remuneración por ese tiempo de “descanso”, sino que se le compense. Es decir, ni siquiera se le paga como si estuviera trabajando.

La norma también establece que las esperas entre turnos no son imputables a la jornada y se compensan. Sin embargo, ¿puede considerarse que permanecer atento a una nueva orden, sin plena libertad, no es jornada? En ese intermedio el trabajador está a disposición del empleador. No está cumpliendo un trabajo específico. Pero está con la carga psicológica de que no puede hacer lo que estime pertinente, porque no tiene un tiempo cierto para ello. De una u otra manera, está a disposición del empleador. Está esperando su orden;

**29°.** Que, en tercer lugar, la norma no se adecúa a lo señalado por nuestra Carta Fundamental, pues entrega a la libertad contractual la regulación de un aspecto propio de la jornada. En efecto, los trabajadores se ven sujetos a la voluntad de su empleador de negociar una “retribu-

ción” o “compensación” por los descansos y tiempos de espera. Eso, por una parte, es una deslegalización de materias esenciales de la relación laboral. Por la otra, tal como lo ha señalado este tribunal, “*es indudable que el legislador no puede liberar al empleador de remunerar el tiempo que a él le dedican sus trabajadores, ya que de esa forma vulneraría la protección constitucional de que goza el trabajo. En consecuencia, si el legislador califica a priori y sin excepción como no imputables a la jornada diaria de trabajo los lapsos de espera que acontezcan durante la misma por decisión del empleador, excluye la posibilidad de que durante esos lapsos los trabajadores hayan estado sometidos a las instrucciones del empleador. Pero si pese a ello y en el hecho los trabajadores sí se mantienen a disposición del empleador durante tales esperas, ya que aun cuando no presten labores continúan efectivamente sujetos a la autoridad de aquél, quien decide la ocurrencia y duración de tales esperas y exige de sus empleados mantenerse atentos y disponibles en cualquier momento para conducir o desempeñar otras tareas*” (STC roles N<sup>OS</sup> 2.110, 2.114, 2.197 y 2.182);

**30°.** Que, por las razones precedentemente expuestas, la aplicación de la norma impugnada en el caso de autos genera efectos inconstitucionales, por lo que estos Ministros consideran procedente acoger el requerimiento de inaplicabilidad materia de este proceso.

**B. La Ministra señora Marisol Peña Torres y el Ministro señor Francisco Fernández Fredes estuvieron por acoger parcialmente el requerimiento de autos por las razones que se pasan a consignar:**

**1°.** Que en los votos de mayoría sustentados, entre otras, en las sentencias de los roles N<sup>OS</sup> 2.086, 2.110, 2.114 y 2.182, todas del año 2012, en síntesis, se estimó que la norma impugnada vulnera la garantía de protección al trabajo y a su justa retribución, consagrada en el numeral 16° del artículo 19 constitucional, toda vez que excluye de la jornada de trabajo de los choferes y auxiliares de los servicios interurbanos de transporte de pasajeros tanto los tiempos de descanso como las esperas que se produzcan entre turnos laborales sin realizar labor, en circunstancias que, a diferencia de los descansos, en los lapsos de espera los trabajadores permanecen a disposición de su empleador y no pueden, por consiguiente, disponer libremente de los mismos;

**2°.** Que no resulta razonable ni se apega a lo dispuesto en la Constitución Política de la República que el legislador haya liberado al empleador de la obligación de retribuir los tiempos de espera entre turnos laborales sin realizar labor, que deban cumplir los choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana y de los servicios interurbanos de transporte de pasajeros, porque dichos tiempos de espera son decididos por el empleador o resultan de contingencias fortuitas (como un desperfecto

de la máquina) y durante su transcurso sus trabajadores permanecen a su disposición;

3°. Que la regulación legal de los tiempos de espera del artículo 21 del Código Laboral es concordante con el reconocimiento constitucional de la libertad de trabajo y de su protección. Si la ocurrencia y duración de las esperas que deban cumplir los empleados durante la jornada diaria de trabajo dependen de la discrecionalidad de su empleador o de factores imponderables y si durante ellas los trabajadores no son libres para hacer lo que deseen sino que deben permanecer dispuestos a seguir las instrucciones que reciban de parte del empleador, esos lapsos deben ser considerados laborados.

En efecto, la protección constitucional del trabajo del artículo 19, N° 16°, de nuestra Carta Fundamental no se limita sólo a garantizar la libertad de elección y de contratación laboral, sino que, al incluir la garantía constitucional el reconocimiento expreso de la libertad de trabajo y su protección, la Constitución extiende la protección al trabajo mismo, en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del trabajador en la forma en que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo. En consecuencia, la Constitución también protege al trabajo propiamente tal, no consagrando el derecho al trabajo en términos generales, pero sí derechos que constituyen elementos fundamentales de éste y que pueden exigirse efectivamente del Estado (Luz Bulnes: *“La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980”*, en Revista de Derecho Público N° 28, Universidad de Chile, Santiago, 1980, p. 215). En el mismo sentido se ha pronunciado José Luis Cea, para quien la protección jurídica sobre el trabajo incluye no sólo la libertad de buscarlo sino también el trabajo en sí: *“Lo protegido es la libertad de trabajo, es decir, el derecho a buscar un trabajo, aunque sin garantizar que se obtenga el pretendido u otro satisfactorio. Empero, el Código del ramo ha corregido esto, legislando de manera que se protege igualmente el trabajo en sí por su función social y el derecho al trabajo, entendiéndose por este último el que asegura al trabajador cierta estabilidad o permanencia en su empleo o labor”* (José Luis Cea: *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II, Derechos, deberes y garantías*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2004, p. 427).

Por todo lo anterior, es indudable que el legislador no puede liberar al empleador de remunerar el tiempo que a él le dedican sus trabajadores, ya que de esa forma vulneraría la protección constitucional de que goza el trabajo. En consecuencia, si el legislador califica *a priori* y sin excepción como no imputables a la jornada diaria de trabajo los lapsos de espera que acontezcan durante la misma por decisión del empleador, excluye la posibilidad de que durante esos lapsos los trabajadores hayan estado sometidos a las instrucciones del empleador. Pero si pese a ello y en el hecho los trabajadores sí se mantienen a disposición del empleador

durante tales esperas, ya que aun cuando no presten labores continúan efectivamente sujetos a la autoridad de aquél, quien decide la ocurrencia y duración de tales esperas y exige de sus empleados mantenerse atentos y disponibles en cualquier momento para conducir o desempeñar otras tareas, tal y como ocurre en el caso de autos, el precepto legal que excluye de la jornada de trabajo tales tiempos de espera liberando al empleador de la obligación de remunerarlos, debe ser declarado contrario a la protección constitucional del trabajo;

4°. Que, por lo mismo, cabe decidir además que el precepto legal impugnado contradice frontalmente el principio de justa retribución, también instituido en el inciso primero del número 16° del artículo 19 constitucional. En este caso, no se trata de dilucidar un monto justo o suficiente para el salario sino de reconocer el derecho evidente a percibir remuneración por el tiempo dedicado al empleador, ya sea porque se está efectivamente laborando, ya sea porque aun sin realizar labor, el trabajador permanece a disposición del empleador;

5°. Que, en consecuencia, prescribir, como lo hace la norma legal objetada, que los referidos lapsos de espera no se imputan a la jornada laboral y su retribución o compensación quedará entregada al acuerdo de las partes, riñe con las aludidas garantías constitucionales, por lo que, en concepto de los Ministros que suscriben este voto, debió declararse inaplicable la frase “*de las esperas que les corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor*”, contenida en el inciso primero del artículo 25 del Código del Trabajo

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 5°, inciso segundo, 19, N<sup>OS</sup> 1°, 2°, 4° y 16°, y 93, incisos primero, N<sup>º</sup> 6°, y undécimo, de la Constitución Política de la República y en las disposiciones pertinentes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

**Que, por no haberse reunido el quórum exigido por el Artículo 93, numeral 6°, de la Constitución Política para acoger el requerimiento respecto de la solicitud de inaplicabilidad del artículo 25, inciso primero, del Código del Trabajo, éste se entiende rechazado.**

Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada por resolución escrita a fojas 22 y siguientes, debiendo oficiarse al efecto al Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

Que no se condena en costas, por estimarse que la parte requirente tuvo motivo plausible para litigar.

Redactó el voto por rechazar el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado; la prevención, su autor; el primer voto por acoger, el Ministro se-

ñor Carlos Carmona Santander y, el segundo, el Ministro señor Francisco Fernández Fredes.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 2.340-2012**

Se certifica que los Ministros señores Francisco Fernández Fredes y Domingo Hernández Emparanza no firman, no obstante haber concurrido al acuerdo, por encontrarse con permiso el primero, y por encontrarse haciendo uso de su feriado legal, el segundo.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora Marisol Peña Torres, y por los Ministros señores 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 y señora María Luisa Brahm Barril. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

**ROL N° 2.341-2012**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 8°, INCISO CUARTO,  
DE LA LEY N° 19.640, ORGÁNICA CONSTITUCIONAL  
DEL MINISTERIO PÚBLICO, DEDUCIDO POR  
ALEJANDRO FAINÉ MATURANA**

Santiago, catorce de agosto de dos mil trece.

**VISTOS:**

Con fecha 26 de octubre de 2012, Alejandro Fainé Maturana ha requerido a esta Magistratura solicitando la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso cuarto del artículo 8° de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, precepto que dispone lo siguiente:

*“Son públicos los actos administrativos del Ministerio Público y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial. Con todo, se podrá*



*denegar la entrega de documentos o antecedentes requeridos en virtud de las siguientes causales: la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias; cuando la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del organismo; la oposición deducida por terceros a quienes se refiera o afecte la información contenida en los documentos requeridos; el que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el respectivo Fiscal Regional o, en su caso, el Fiscal Nacional, y el que la publicidad afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional. El costo del material empleado para entregar la información será siempre de cargo del requirente, salvo las excepciones legales.”*

La gestión invocada al momento de interposición del requerimiento es un reclamo de ilegalidad de aquellos que se establecen en el artículo 9° de la Ley N° 20.285, en tramitación ante la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol N° 5232-2012, dirigido en contra del Ministerio Público, por su negativa a entregar información sobre auditorías internas relativas a incautaciones de dinero y bienes de los años 2005 a 2007 y a revisión de gestión de incautaciones de dinero y especies de 2008 a 2011, las que de conformidad a un reglamento interno se califican como reservadas.

Cabe tener presente que al momento de interponerse el requerimiento, en dicho proceso se encontraba pendiente la vista de la causa, conforme al certificado de fecha 23 de octubre de 2012 que rola a fojas 17.

El requirente estima que de aplicarse la preceptiva impugnada se infringe el artículo 8° de la Carta Fundamental, en la medida que se establecen motivos de secreto sin causa legal y mediante actos infralegales, vulnerándose así la estricta y tasada reserva de ley de quórum calificado que establece dicha norma constitucional. En abono de su tesis, el requirente cita la sentencia de esta Magistratura Rol N° 783, referida al Auto Acordado Relativo al Procedimiento a Utilizarse para Hacer Efectiva la Responsabilidad Disciplinaria de los Funcionarios y Empleados Judiciales, dictado el 13 de octubre de 1995 por la Corte de Apelaciones de Santiago, en cuanto a que dicho tipo de normas no puede disponer el secreto por no ser fuente idónea, al tener rango infralegal.

El requirente señala, a fojas 9, que el Ministerio Público fundó la denegación de acceso a información citando parcialmente el artículo 15, letra a), inciso segundo, del Reglamento Orgánico de Divisiones de la Fiscalía Nacional, aprobado por Resolución FN/MP 1.363, de 30 de junio de 2009, y dictado al amparo del precepto impugnado. Dicho Reglamento, en la parte citada por el requirente, señala que el **“resultado de cada una de estas auditorías [...] será remitido, en forma reservada, al Fiscal Nacional o al Director Ejecutivo Nacional, dentro del plazo de diez días, contado desde el término de la auditoría correspondiente, para su derivación, ampliación o archivo”** (énfasis agregado por el requirente).

El requerimiento fue acogido a tramitación y se ordenó la suspensión de la gestión invocada, con fecha 30 de octubre de 2012, confiriéndose traslado para resolver acerca de su admisibilidad.

A fojas 36, el Ministerio Público se hace parte y evacúa el traslado, solicitando la declaración de inadmisibilidad del requerimiento, por los siguientes motivos:

– A fojas 3, se alude a una parte del inciso cuarto del artículo 8° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público y, sin embargo, finalmente, se pide la inaplicabilidad de toda la norma, que es el precepto que determina la publicidad como regla general. Por lo anterior, el requerido sostiene que el requerimiento está mal dirigido, ya que si se acoge su pretensión se elimina incluso la regla general de la publicidad.

– El requerimiento, a su juicio, carece de fundamento plausible, pues la negativa a entregar la información se basa en el artículo 21, N° 1, de la Ley N° 20.285, según el correo de respuesta que acompaña a fojas 33 y 34, y, sólo en segundo término, en el precepto impugnado. Por lo tanto, sostiene el Ministerio Público, se está en presencia de un cuestionamiento abstracto de un aspecto del artículo 8° de la Ley N° 19.640.

– Por lo anterior, la solicitud de inaplicabilidad formulada no guarda relación con el caso concreto y la aplicación de la norma no resultaría decisiva, pues de todas formas subsiste la aplicación del aludido artículo 21, que determina la reserva de la información solicitada.

A fojas 37, el requirente observó lo señalado por el ente persecutor y reiteró que, sin perjuicio de argumentar que la entrega de la información afectaba el cumplimiento de sus funciones, es inequívoco que el Ministerio Público también fundó la reserva de la información solicitada en un reglamento interno dictado al amparo del precepto impugnado, circunstancia que resulta decisiva en la resolución del asunto.

Con fecha 20 de noviembre de 2012, se decretó oír alegatos de admisibilidad.

Con fecha 3 de diciembre siguiente, el requirente informó que la gestión fue fallada con fecha 22 de noviembre, a pesar de la orden de suspensión emanada de este Tribunal, por lo que interpuso un recurso de queja ante la Corte Suprema, que acompaña a fojas 43, en el cual se denuncia como falta o abuso grave el haberse resuelto el reclamo de ilegalidad, constando oportunamente en el expediente la orden de suspensión del procedimiento emanada de este Tribunal.

Con fecha 5 de diciembre de 2012, tras oír alegatos y en votación dividida, se declaró la admisibilidad del requerimiento y se reiteró la orden de suspender el procedimiento, oficiándose, además, a la Corte Suprema. Posteriormente, se confirió traslado acerca del fondo del conflicto de constitucionalidad planteado.

Evacuando el traslado conferido, el Ministerio Público expuso que el artículo 8° de la Ley N° 19.640 es consistente con la normativa constitu-

cional que regía al momento de su entrada en vigencia, en el año 1999, pues consagra los principios de publicidad y transparencia, dejando a salvo los derechos de terceros, las funciones del organismo y la seguridad nacional.

Manifiesta, igualmente, que este Tribunal debe, para ejercer jurisdicción, estar en presencia de un conflicto real, a ser resuelto mediante preceptos aptos para producir un determinado efecto, cuestión que se examina a la luz de la causal de inadmisibilidad del numeral 5° del artículo 84 de la ley orgánica constitucional de esta Magistratura, cuando el precepto no es decisivo o no recibirá aplicación. Por lo anterior, el requerido hace ver que la resolución del conflicto no pasa por la preceptiva cuestionada, pues no se opuso una norma reglamentaria para denegar el acceso a información. En dichos términos, el Ministerio Público aludió a la respuesta que denegó los antecedentes, acompañada a fojas 33 y siguientes, señalando que se apoya en el N<sup>o</sup> 1 del artículo 21 de la Ley N<sup>o</sup> 20.285 y en el precepto impugnado, motivo por el cual sostiene que la aplicación de este último no dice relación con el caso concreto, sino que constituye un reclamo abstracto.

Por todo lo expuesto, el Ministerio Público solicitó el rechazo del requerimiento.

Concluida la tramitación del proceso, se ordenó traer los autos en relación.

Con fecha 30 de abril de 2013 se verificó la vista de la causa, alegando los abogados José Miguel Valdivia, por el requirente, y Hernán Ferrera, por el Ministerio Público.

#### CONSIDERANDO:

**PRIMERO.** Que en el marco de un reclamo de ilegalidad regido por el artículo 9°, inciso tercero, de la Ley N<sup>o</sup> 20.285, el señor Alejandro Fainé Maturana ha entablado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso cuarto del artículo 8° de la Ley N<sup>o</sup> 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, precepto que dispone lo siguiente:

*“Son públicos los actos administrativos del Ministerio Público y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial. Con todo, se podrá denegar la entrega de documentos o antecedentes requeridos en virtud de las siguientes causales: la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias; cuando la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del organismo; la oposición deducida por terceros a quienes se refiera o afecte la información contenida en los documentos requeridos; el que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el respectivo Fiscal Regional o, en su caso, el Fiscal Nacional, y el que la publici-*

*dad afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional. El costo del material empleado para entregar la información será siempre de cargo del requirente, salvo las excepciones legales.*” (énfasis agregado);

**SEGUNDO.** Que el requirente dio inicio al juicio contencioso – administrativo sobre transparencia, el cual constituye la gestión judicial en que recae el requerimiento, debido a que el Ministerio Público denegó el acceso a informes de auditorías internas, elaboradas por la División de Contraloría Interna de la Fiscalía, correspondiente a los años 2005 a 2007 y a los años 2008 a 2011;

**TERCERO.** Que el Ministerio Público denegó el acceso a esas informaciones invocando dos razones: (a) que la información tendría carácter de reservada de acuerdo al Reglamento Orgánico de Divisiones de la Fiscalía, el cual fue dictado al amparo del artículo 8° impugnado en autos y citado en la consideración primera (ver fojas 33); y (b) que la entrega de la información afectaría el cumplimiento de sus funciones (ver fojas 34);

**CUARTO.** Que, a continuación, se explicarán, en primer lugar, los argumentos de por qué resulta incorrecto aseverar que la norma impugnada no resultará decisiva en la resolución del asunto, en atención al artículo 84°, N° 5, de la Ley N° 17.997 y, en segundo lugar, se expondrán las razones de por qué la expresión “o reglamentarias” vulnera, en su aplicación al caso concreto, el artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República;

### **I. Carácter decisivo del precepto impugnado.**

**QUINTO.** Que, en un plano más formal y en consideración al artículo 84°, N° 5, de la Ley N° 17.997, son básicamente tres los argumentos que se pueden esgrimir para sostener que el precepto impugnado, a diferencia de lo que se concluirá, no tiene un carácter decisivo para la resolución de la gestión pendiente;

**SEXTO.** Que el primer argumento plantea que se está ante un problema de derogación tácita, ámbito que es propio de los jueces de la instancia. En efecto, el voto en contra con ocasión del examen de admisibilidad manifestó que la parte de la norma impugnada se contrapone al artículo 8° de la Constitución y que “[t]oda vez que el precepto legal impugnado es del año 1999, y la reforma constitucional que incorporó el artículo 8° (Ley N° 20.050) es del año 2005, el tribunal de la instancia puede perfectamente estimar que la norma fue derogada” (ver fojas 53 y 54);

**SÉPTIMO.** Que, a diferencia de lo argumentado precedentemente, esta Magistratura estima que el precepto impugnado sí tiene una influencia decisiva para la resolución de la gestión pendiente, toda vez que la parte de la norma que contiene la expresión “o reglamentarias” no está derogada, sino que adolece de una inconstitucionalidad sobreviniente o

sobrevenida por haber entrado en contradicción con el artículo 8° de la Constitución. En efecto, no se está en presencia de una derogación, debido a que ésta sólo puede operar entre normas de igual jerarquía normativa. En definitiva, hay que tener presente que si bien una derogación puede ser constatada y declarada por el juez del fondo, cuando se está ante una inconstitucionalidad sobrevenida la competencia exclusiva corresponde al juez constitucional;

**OCTAVO.** Que el segundo argumento señala que el tribunal de la instancia debe necesariamente considerar la otra causal de reserva, consistente en el entorpecimiento de las funciones propias del organismo, la cual no se encuentra impugnada en autos. Sin embargo, tal circunstancia no descarta en modo alguno que el precepto impugnado no vaya a ser una de las normas decisivas en la resolución del asunto. De hecho, uno de los fundamentos invocados por el Ministerio Público para denegar la entrega de la información requerida tuvo relación con la norma impugnada y el correspondiente Reglamento Orgánico de Divisiones de la Fiscalía Nacional, aprobado por Resolución FN/MP 1.363, de 30 de junio de 2009. Así se desprende de la lectura del correo electrónico, de 11 de julio de 2012, dirigido al requirente y que rola a fojas 33 de autos;

**NOVENO.** Que el tercer y último argumento manifiesta que la gestión pendiente es un recurso de queja y que, como tal, la norma impugnada no es relevante para la resolución de la misma. Para contextualizar el estado de la gestión pendiente, hay que tener presente que la queja dice relación con el incumplimiento por parte del juez del fondo de la orden de suspensión decretada por este Tribunal. De hecho, en la gestión pendiente –recurso de queja ante la Corte Suprema– se está solicitando retrotraer la causa al momento de la vista del reclamo de ilegalidad en la Corte de Apelaciones de Santiago con una Sala integrada por Ministros no inhabilitados. Por ende, existe la posibilidad de que el precepto legal reprochado sea considerado, en el curso de esa gestión, para resolver el asunto, deviniendo en una eventual aplicación inconstitucional;

## **II. Inconstitucionalidad del precepto impugnado.**

**DÉCIMO.** Que la cuestión de fondo sometida a consideración de este Tribunal es si la aplicación del inciso cuarto del artículo 8° de la Ley N<sup>º</sup> 19.640 vulnera o no el artículo 8° de la Constitución al permitir que, por vía reglamentaria, cierta información que posee el Ministerio Público pueda ser reservada, haciendo excepción a la regla constitucional sobre publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como de sus fundamentos y procedimientos;

**DECIMOPRIMERO.** Que la línea argumental que, en términos generales, permite sostener la inconstitucionalidad de la norma impugnada,

se basa en que el artículo 8° de la Constitución no establece un mero principio general, sino que establece reglas que desarrollan la materia, y en que, como consecuencia, la libertad de configuración normativa del legislador está limitada tanto respecto de su contenido como de su forma;

**DECIMOSEGUNDO.** Que, en efecto, el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política de la República dispone 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.”;*

**DECIMOTERCERO.** Que, en consideración al artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución citado previamente, sólo el legislador, y en virtud de una ley aprobada con un quórum de votación más exigente que el común, puede establecer reservas, las cuales no pueden ir más allá de las causales que la misma Constitución ha establecido;

**DECIMOCUARTO.** Que, contrariando la especial legitimidad democrática dispuesta por el constituyente, el precepto legal impugnado autoriza que un reglamento interno del servicio, como ocurre en este caso concreto, también establezca, sin ningún tipo de directriz, la reserva o secreto de documentos o antecedentes;

**DECIMOQUINTO.** Que las aseveraciones precedentes están respaldadas por la historia de la Ley N° 20.050, que dio origen al aludido artículo 8° de la Constitución. Es así como, por ejemplo, el senador Viera-Gallo advierte que *“el principio general dice que los actos son públicos. Ahora bien, el constituyente entrega la responsabilidad al Parlamento –no a cada órgano según su parecer– para que pueda establecer cuatro tipo de excepciones”* (Diario de Sesiones del Senado, sesión 4ª, miércoles 11 de junio de 2003, p. 516). El senador Chadwick, por su parte, señaló que *“la verdadera garantía que tenemos respecto de la aplicación del principio está precisamente en que la excepción se entrega a la ley”* (Diario de Sesiones del Senado, sesión 4ª, miércoles 11 de junio de 2003, p. 517). Finalmente, a modo ilustrativo, el senador Larraín manifiesta que *“la norma que ahora se sugiere autoriza sólo a la ley a establecer las restricciones. En tal virtud, ha de entenderse que ello no queda sujeto a la discrecionalidad de la autoridad (...). Por lo tanto, sólo la ley puede restringir el principio de transparencia que ha de imperar en toda actuación de una autoridad pública”* (Diario de Sesiones del Senado, sesión 4ta., miércoles 11 de junio de 2003, p. 514);

**DECIMOSEXTO.** Que, a mayor abundamiento, no cabe salvar la inconstitucionalidad del precepto legal impugnado en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° transitorio de la Ley N° 20.285, ni tampoco, por lo mismo, en consideración a la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política de la República;

**DECIMOSÉPTIMO.** Que, en efecto, si bien es posible sostener que la disposición cuarta transitoria de la Constitución (a la cual se refiere el artículo 1<sup>º</sup> transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 20.285) confiere la calidad de ley de quórum calificado al artículo 8<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 19.640 (para los efectos de cumplir con el requisito del inciso segundo del artículo 8<sup>º</sup> de la Carta Fundamental), no es posible, por el contrario, considerar que la aludida disposición transitoria alcanza a normas jurídicas meramente reglamentarias.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 8<sup>º</sup>, inciso segundo, y 93, incisos primero, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, y undécimo, de la Constitución Política de la República y en las disposiciones pertinentes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**Acoger el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas 1 sólo en cuanto se excluye la aplicación de la expresión “o reglamentarias” contenida en el inciso cuarto del artículo 8<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público.** Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 21 y reiterada a fojas 53. Ofíciase al efecto.

**El Ministro Iván Aróstica Maldonado concurre a la sentencia** precedente y a los fundamentos que la sostienen. Teniendo presente, además, que si bien el cuestionado inciso cuatro del artículo 8<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 19.640 pudiera entenderse derogado por el artículo 9<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 20.285, cabe a este Tribunal examinar su constitucionalidad, desde que en este caso concreto la Corte de Apelaciones de Santiago lo consideró vigente y aplicable, en el considerando séptimo de la sentencia de 22 noviembre de 2012, Rol N<sup>º</sup> 5232-2012.

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Francisco Fernández Fredes y Domingo Hernández Emparanza,** quienes estuvieron por declarar la improcedencia del requerimiento de autos en atención a las siguientes consideraciones:

1<sup>º</sup>. Por cuanto en la dilucidación de la gestión pendiente (recurso de queja ante la Corte Suprema) el precepto legal impugnado no es susceptible de aplicación, toda vez que dicha Corte, para fallarla, lo único que deberá decidir es si hubo falta o abuso grave por parte de la pertinente Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago al resolver la reclamación de ilegalidad sin tener en cuenta la orden de suspensión de procedimiento dispuesta por esta Magistratura.

En efecto, como este disidente ha sostenido en más de una oportunidad, para que exista gestión pendiente en el conflicto de inaplicabilidad es

menester que tal gestión sea útil o idónea, entendiéndose por tal aquella en cuya resolución la norma objetada pueda recibir aplicación. No cualquiera gestión procesal en trámite es, entonces, gestión pendiente para estos efectos, toda vez que la sentencia de inaplicabilidad es sencillamente un mandato de inaplicación de una disposición legal determinada por parte del juez de fondo al decidir el asunto entregado a su competencia.

2°. Que la norma impugnada (en su alusión a “disposiciones reglamentarias”) se encontraría actualmente derogada, ora en virtud del inciso segundo del nuevo artículo 8° de la Constitución (introducido en 2005 por la Ley N° 20.050), para quienes acogen la doctrina de la derogación tácita de las normas legales por efecto de una disposición constitucional posterior con la que resultan inconciliables, o bien por aplicación de lo dispuesto en el artículo noveno de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, cuyo inciso segundo señala expresamente las normas de esta ley a que se sujetará el acceso a la información del Ministerio Público, así como de las demás instituciones autónomas que menciona.

3°. Que, aun cuando el asunto es de incumbencia de los jueces del fondo y no de esta Magistratura, obvio resulta consignar que un precepto legal derogado no es susceptible de aplicación, salvo en el caso de ultraactividad de la norma, hipótesis ajena a la situación de autos.

4°. Que, por último, aunque el precepto legal impugnado resultara aplicable a la materia *sub lite*, dicha aplicación no sería decisiva, toda vez que el Ministerio Público ha invocado asimismo la norma del numeral 1 del artículo 21 de la Ley N° 20.285 para oponerse a la entrega de la información recabada por el requirente. Dicha disposición, como es sabido, autoriza denegar el acceso a la información cuando su divulgación afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, lo que la convierte en la norma auténticamente decisoria del conflicto planteado en la especie.

**Acordada con el voto en contra del Ministro señor Carlos Carmona Santander**, quien estuvo por rechazar el requerimiento, en base a los siguientes argumentos:

## I LA IMPUGNACIÓN

1°. Que se pide declarar inaplicable parte del inciso cuarto del artículo 8° de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, que permite la reserva o secreto de documentos o antecedentes fundados en normas reglamentarias.

En virtud de esta facultad, el Ministerio Público dictó el Reglamento Orgánico de Divisiones de la Fiscalía;



2°. Que el requirente solicitó se le diera acceso a auditorías internas efectuadas a nivel nacional por la División de Contraloría Interna de ese organismo. Sin embargo, no se dio acceso a dichas auditorías, porque afectaría el cumplimiento de las funciones del Ministerio y porque tendrían el carácter de reservado, conforme a dicho Reglamento;

3°. Que contra dicha decisión, el requirente interpuso un recurso de reclamación de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en base al artículo 9° de la Ley N° 20.285. Dicho recurso fue rechazado. La sentencia es de fecha 22 de noviembre de 2012. La Corte consideró, de un lado, que el requirente no tenía interés legítimo al requerir dichas auditorías. Del otro, que la entrega de dichas auditorías afectaban el cumplimiento de las funciones del Ministerio.

Contra esa decisión, el requirente formuló un recurso de queja ante la Corte Suprema, que es la gestión pendiente en estos autos. Ahí se sostiene que la falta o abuso consiste en que la Corte de Apelaciones falló no obstante existir una suspensión del procedimiento dispuesta por este Tribunal Constitucional;

## II

### ASPECTOS QUE ESTÁN FUERA DE LA DISCUSIÓN ANTE ESTA MAGISTRATURA

4°. Que, sin embargo, existen una serie de aspectos sobre los cuales esta Magistratura no puede pronunciarse. Por de pronto, si se vulneró o no la suspensión de la causa por la Corte de Apelaciones. También, si se deben o no entregar las auditorías.

Todos estos asuntos son de competencia del juez de instancia.

## III

### LA IMPROCEDENCIA

5°. Que existen una serie de razones que justifican declarar improcedente el presente requerimiento. En primer lugar, la norma no es decisiva. El Ministerio Público invocó dos razones para negar la entrega de las auditorías. Lo mismo hizo la Corte de Apelaciones en su sentencia, si bien no coinciden en una de ellas.

Tanto el Ministerio Público como la Corte de Apelaciones sostienen que el acceso a dichas auditorías entorpece el debido funcionamiento del Ministerio Público. Se invoca el artículo 21, N° 1), de la Ley N° 20.285.

Por lo mismo, aun de acogerse la presente inaplicabilidad (la que sólo se refiere al secreto o reserva de documentos establecido por norma administrativa) queda subsistente dicha causal, la cual no ha sido controvertida en estos autos;

**6°.** Que, asimismo, la norma no es decisiva, porque el Reglamento en cuestión lo único que dispone es que las auditorías sean remitidas en forma reservada a las autoridades del Ministerio Público (artículo 15 letra a). No establece que sean secretas o reservadas;

**7°.** Que, además, el Ministerio Público, invocando el artículo 9° de la Ley N° 20.285, dictó las instrucciones generales sobre la aplicación de la Ley N° 20.285, sobre transparencia de la función pública en el Ministerio Público, el 14 de abril de 2009.

Sería esta la norma que regula la solicitud de acceso, y no la norma objetada;

**8°.** Que, del mismo modo, independientemente de que se comparta o no esa doctrina, los tribunales han considerado que tienen la facultad para inaplicar reglamentos ilegales.

El punto no es menor, toda vez que lo que se objeta en la decisión del Ministerio Público es la eventual invocación de un reglamento que la parte recurrente considera que no se ajusta al artículo 8° de la Constitución.

Por lo mismo, no se necesita de la presente inaplicabilidad para resolver la aplicación de dicho reglamento:

**9°.** Que, una segunda razón para declarar improcedente el presente requerimiento, es que en la gestión pendiente no se discute la norma objetada. En efecto, la queja que se formuló ante la Corte de Apelaciones dice relación con si la Corte de Apelaciones paso a llevar o no la orden de suspensión dada por esta Magistratura. En dicha gestión no se discute las causales que tuvo el Ministerio Público para negar el acceso.

Es cierto que si eventualmente se acoge la queja, la Corte de Apelaciones deberá emitir un nuevo pronunciamiento. Pero esa será la oportunidad para formular la inaplicabilidad.

Cabe notar que el recurso de protección se presentó el 26 de julio del 2012. Y que sólo el 26 de octubre del 2012, es decir, tres meses después, se presentó el recurso de inaplicabilidad;

**10°.** Que la tercera razón que justifica la improcedencia, es la derogación del aspecto objetado del artículo 8° de la Ley N° 19.640. Así, por lo demás, lo entiende el requirente en el recurso de protección que presentó ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Ahí razona sobre esta derogación;

**11°.** Que, en efecto, la transición de los asuntos que la Constitución manda que se legalicen o deslegalicen, es enormemente compleja.

A raíz del dominio máximo legal que estableció la Constitución de 1980, varias materias que antes eran propias del dominio legal, dejaron de serlo. Para regular la transición, la Constitución estableció su disposición Quinta Transitoria. En virtud de ella, los cuerpos legales que abordaban materias que dejaban de ser propias de ley, mantenían su vigencia; y no podían ser derogadas, sino por otra ley. El modelo propuesto por

la Comisión Ortúzar, recordemos, permitía la derogación por decreto de estas leyes, siguiendo el modelo francés de la Constitución de la Quinta República.

Cuando el constituyente estableció el artículo 8<sup>º</sup>, consagrando que la reserva o secreto era propio de reserva legal de quórum calificado, no estableció ninguna norma de transición. Fue la ley N<sup>º</sup> 20.285 la que, como veremos más adelante, estableció una norma de transición;

**12<sup>º</sup>.** Que, sin embargo, lo que hizo el artículo 8<sup>º</sup>, a diferencia de lo que sucedió con el dominio máximo legal, que deslegalizó ciertas materias, fue legalizar ciertos asuntos. Antes de esta disposición, cabía el secreto o reserva por norma reglamentaria. A partir de esta disposición, sólo cabe el secreto o reserva por norma legal;

**13<sup>º</sup>.** Que, en su momento, el Presidente de la República consideró que el Reglamento sobre secreto o reserva de los actos y documentos de la administración (D.S. N<sup>º</sup> 26, Minseggpres, 2001), que habilitaba a los organismos para definir mediante una resolución qué actos y documentos son secretos o reservados, fue declarado derogado por la reforma constitucional que introdujo el artículo 8<sup>º</sup> de la Constitución (D.S. N<sup>º</sup> 134, Minseggpres, 2005). Nótese que no lo derogó, sino que lo declaró derogado. De ese decreto, la Contraloría tomó razón y ningún parlamentario presentó requerimiento ante el Tribunal Constitucional.

Dicha declaración la formuló el Ejecutivo, no obstante que seguía vigente a esa fecha el artículo 13 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que permitía la dictación de dicho reglamento;

**14<sup>º</sup>.** Que el punto no deja de ser relevante, porque el precepto legal impugnado es del año 1999 y la reforma constitucional que incorporó el artículo 8<sup>º</sup>, es del año 2005.

Un juez puede perfectamente considerar que un reglamento que establece causales de secreto o reserva, fue derogado por el artículo 8<sup>º</sup> de la Constitución. Por lo mismo, no estamos en presencia de un problema de inaplicabilidad, sino de una facultad propia de los jueces de instancia;

**15<sup>º</sup>.** Que el asunto se clarifica más todavía si tenemos en cuenta, como ya indicamos, que el artículo 8<sup>º</sup>, que se introdujo por la reforma constitucional del 2005, no estableció ninguna norma de transición. Quien lo hizo, fue la Ley N<sup>º</sup> 20.285.

En efecto, la disposición primera transitoria del Artículo Primero de la Ley N<sup>º</sup> 20.285, establece que de *“conformidad a la disposición Cuarta Transitoria de la Constitución Política, se entenderá que cumplen con la exigencia de quórum calificado, los preceptos legales actualmente vigentes y dictados con anterioridad a la promulgación de la Ley N<sup>º</sup> 20.050, que establecen secreto o reserva respecto de determinados actos o documentos, por las causales que señala el artículo 8<sup>º</sup> de la Constitución Política”*.

Como se observa, la disposición remite a la Constitución. Específicamente, a su disposición Cuarta Transitoria. Esta establece que las normas en vigor que conforme a la Constitución deben ser objeto de quórum calificado, cumplen estos requisitos y siguen aplicándose, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales;

**16°.** Que, de conformidad al artículo 1° transitorio del Artículo Primero de la Ley N° 20.285, para que sigan vigentes las disposiciones previas, es necesario que se adapten a las causales que señala el artículo 8° de la Constitución.

La exigencia no es menor: la norma cuya vigencia se respeta, debe establecer el secreto de reserva conforme a las causales que la norma constitucional establece.

Sin embargo, la norma impugnada no establece causal. Señala que la reserva o secreto se puede fundar en “*disposiciones legales o reglamentarias*”. Luego de establecer lo anterior, la norma lista causales. En otras palabras, para el precepto impugnado, hay dos causales para negar el acceso a documentos o antecedentes requeridos. Por un lado, están las causales que la norma sindical, y que son muy semejantes a las que establece el artículo 8°. Por la otra, está la causal de reserva o secreto establecido en disposición legal o reglamentaria. Dicho de otra forma, el secreto reglamentario no está asociado ni siquiera a las causales constitucionales.

En este sentido, el precepto impugnado no se ajusta a la regla del artículo 1° transitorio de la Ley N° 20.285. Por lo mismo, el juez del fondo puede perfectamente establecer que no se encuentra vigente, porque no se ajusta a la regla de continuidad;

**17°.** Que, por otra parte, tampoco se ajusta a la norma Cuarta Transitoria de la Constitución. Este precepto permite la continuidad normativa “*mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales*”.

Se trata, como se constata, de una vigencia transitoria.

El punto es relevante, porque la Ley N° 20.285 reguló el acceso a la información en el artículo 9° transitorio.

Por lo mismo, una eventual vigencia de la norma impugnada se terminó cuando entró en vigencia la Ley N° 20.285;

**18°.** Que, en efecto, la Ley N° 20.285 reguló el acceso a la información pública de todos los órganos del Estado, incluido el Ministerio Público. Respecto de éste, lo hizo en el Artículo Noveno.

Recordemos que esta es la norma que invocó el requirente para presentar su reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Al ser una regulación especial y posterior, que regula de modo orgánico todo lo relativo al acceso a la información del órgano persecutor penal, también habría un problema de derogación respecto del artículo impugnado. Ya no sería el artículo 8° de la Ley N° 19.640 el que regula la materia, sino que dicho Artículo Noveno.

Más todavía si el Artículo Noveno remite al artículo 21 del Artículo Primero de la Ley N<sup>º</sup> 20.285, donde se regulan *“las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información”*. El número 5<sup>º</sup> de dichas causales establece que es causal la existencia de *“documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos”*.

Por lo mismo, habría un problema de derogación orgánica, que excede la competencia de esta Magistratura. Pero que hace innecesario el presente recurso de inaplicabilidad, pues dicha derogación es asunto del juez del fondo;

**19º.** Que por todas las razones señaladas, este disidente considera que el requerimiento debe ser declarado improcedente.

Redactó la sentencia el Ministro señor Juan José Romero Guzmán. La prevención fue redactada por su autor, y las disidencias, por el Ministro señor Francisco Fernández Fredes y por su autor, respectivamente.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

### **Rol N<sup>º</sup> 2.341-2012**

Pronunciada por el Pleno del Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y por los Ministros señora Marisol Peña Torres, señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

ROL Nº 2.342-2012

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 42, NUMERAL 1º,  
INCISO FINAL, DE LA LEY SOBRE IMPUESTO  
A LA RENTA, APROBADA POR EL D.L. Nº 824, DE 1974,  
ANTES DE SU DEROGACIÓN POR LA LEY Nº 20.219,  
DEDUCIDO POR JAIME OMAR QUINTANA GUTIÉRREZ

Santiago, dieciséis de noviembre de dos mil doce.

VISTO Y CONSIDERANDO:

1º. Que, con fecha 30 de octubre del año en curso, el abogado Jorge Montecinos Araya, en representación judicial de Jaime Omar Quintana Gutiérrez, ha deducido un requerimiento ante esta Magistratura Constitucional, a fin de que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso final del numeral 1º del artículo 42 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, aprobada por el D.L. Nº 824, de 1974, antes de su derogación por la Ley Nº 20.219, en el marco de la reclamación tributaria caratulada “JAIME OMAR QUINTANA GUTIERREZ CON SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS”, que se encuentra actualmente radicada ante la Excma. Corte Suprema, por recurso de casación en el fondo, Rol Nº 3969-2011;

2º. Que, de conformidad con 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 decimoprimerro del mismo precepto de la Carta 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, 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 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 señalan:

“*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 su parte, el artículo 84 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 el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento de inaplicabilidad deducido en la Segunda Sala de este Tribunal;

6°. Que esta Magistratura Constitucional en oportunidades anteriores ha resuelto, conforme el mérito de cada caso particular, que si un requerimiento de inaplicabilidad interpuesto adolece de vicios o defectos tales que hacen imposible que pueda prosperar, resulta impertinente que la Sala respectiva efectúe un examen previo de admisión a trámite, procediendo que la misma declare derechamente la inadmisibilidad de la acción deducida (ente otras, STC roles N<sup>os</sup> 1.890, 1.878, 1.860, 1.789, 1.834, 1.828, 1.788, 1.771 y 1.749);

7°. Que, del mérito del certificado de la Señora Secretaria de este Tribunal, que rola a fojas 17, se desprende que la causa invocada como gestión pendiente se encuentra en estado de acuerdo y con redactor designado desde el 29 de octubre pasado, esto es, con anterioridad a la presentación del requerimiento ante esta Magistratura;

8°. Que el artículo 103 del Código Orgánico de Tribunales establece que es aplicable a la Corte Suprema lo dispuesto para los acuerdos de las Cortes de Apelaciones en los artículos 72, 74 y siguientes, hasta el 89 inclusive.

Que, sobre el particular, el artículo 85 del citado cuerpo legal dispone, en su inciso primero:

*“Se entenderá terminado el acuerdo cuando se obtenga mayoría legal sobre la parte resolutive del fallo y sobre un fundamento, a lo menos, en apoyo de cada uno de los puntos que dicho fallo comprenda.”*

El inciso segundo de la misma disposición, por su parte, establece:

*“Obtenido este resultado, se redactará la resolución por el Ministro que el tribunal señalare, en cual se ceñirá estrictamente a lo aceptado por la mayoría.”*

Y, por otro lado, el artículo 227 del Código de Procedimiento Civil establece, en su inciso primero, lo siguiente:

*“Vista la causa, queda cerrado el debate y el juicio en estado de dictarse resolución.”;*

9°. Que, conforme ha destacado la jurisprudencia de esta Magistratura, el que la aplicación de un precepto legal haya de resultar decisiva en la resolución de un asunto supone que el Tribunal Constitucional debe efectuar *“un análisis para determinar si de los antecedentes allegados al requerimiento puede concluirse que el juez necesariamente ha de tener en cuenta la nor-*



*ma legal que se impugna, para decidir la gestión.*”(STC roles N<sup>os</sup> 668, 809, 1.225, 1.493, 1.780 y 2.193) (énfasis agregado);

**10º.** Que esta Sala ha logrado formarse convicción en cuanto a que la acción constitucional deducida no puede prosperar, toda vez que la aplicación de la disposición impugnada no puede resultar decisiva en la resolución de la gestión pendiente, atendido el estado actual de la misma, toda vez que el Tribunal ya ha adoptado una decisión sobre el asunto, encontrándose cerrado el debate, configurándose, de esta manera, la causal de inadmisibilidad contemplada en el numeral 5º del ya transcrito artículo 84 de la Ley Orgánica de esta Magistratura;

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6, e inciso decimoprimer y en los preceptos citados y pertinentes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**Que se declara inadmisibile el requerimiento deducido a fojas 1.**

Notifíquese por carta certificada al requirente.

**Rol N<sup>º</sup> 2.342-2012**

Se certifica que el Suplente de Ministro señor Ricardo Israel Zipper no firma, no obstante haber concurrido al acuerdo, por encontrarse ausente.

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta Subrogante, Ministra señora Marisol Peña Torres, y por los Ministros señores Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera Gallo Quesney y el Suplente de Ministro señor Ricardo Israel Zipper. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

ROL Nº 2.343-2012

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 42, NUMERAL 1º,  
INCISO FINAL, DE LA LEY SOBRE IMPUESTO  
A LA RENTA, APROBADA POR EL D.L. Nº 824, DE 1974,  
ANTES DE SU DEROGACIÓN POR LA LEY Nº 20.219,  
DEDUCIDO POR JAIME OMAR QUINTANA GUTIÉRREZ

SENTENCIA DE INADMISIBILIDAD DE 16 DE NOVIEMBRE  
DE 2012, EN EL MISMO SENTIDO DE LA RECAÍDA  
EN ROL Nº 2.342-2012

ROL Nº 2.344-2012

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 8º,  
LETRA D), INCISO FINAL, DE LA LEY Nº 18.834, DEDUCIDO POR  
ALEJANDRA MIRANDA DELGADO

Santiago, treinta de enero de dos mil catorce.

**VISTOS:**

Con fecha 5 de noviembre de 2012, a fojas 1, Alejandra Miranda Delgado deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 8º, letra d), inciso final, de la Ley Nº 18.834, sobre Estatuto Administrativo, en la causa sobre recurso de protección caratulada “*Miranda Delgado, Alejandra, con Ministro de Desarrollo Social y otro*”, seguida actualmente ante la Corte Suprema, bajo el Rol Nº 8.274-2012.

El precepto legal impugnado dispone:

*“Los cargos de jefes de departamento y los de niveles de jefaturas jerárquicos equivalentes de los ministerios y servicios públicos, serán de carrera y se someterán a las reglas especiales que se pasan a expresar:*

*... d) La permanencia en estos cargos de jefatura será por un período de tres años. Al término del primer período trienal, el jefe superior de cada servicio, podrá por una sola vez, previa evaluación del desempeño del funcionario, resolver la prórroga de su nombramiento por igual período o bien llamar a concurso.”.*

El inciso final, que es el cuestionado de inaplicabilidad, establece que: **“Los funcionarios permanecerán en estos cargos mientras se encuentren calificados en lista N<sup>º</sup> 1, de distinción;”**.

Conforme indica la requirente, la gestión en que incide su acción de inaplicabilidad consiste en el recurso de protección por ella deducido el 25 de julio de 2012 en contra del Jefe de Personal del Ministerio de Desarrollo Social, Sergio Stuardo Vidal, y del Ministro del ramo, Joaquín Lavín Infante, por el acto ilegal y arbitrario de destituir de su cargo a Patricia Castillo Agostillo-Valer, funcionaria de planta de dicha repartición, Jefa del Departamento Regional de la Secretaría Regional Ministerial de Planificación y Coordinación de la Región Metropolitana, y que, a la fecha del despido, además, era presidenta de la Asociación de Funcionarios del mismo Ministerio (ASOFUMI), presidencia para la que fue elegida por el período que va desde el 30 de noviembre de 2011 hasta el 30 de noviembre de 2013.

El cese en sus funciones como Jefa de Departamento le fue comunicado el 29 de junio de 2012, en circunstancias que ese cargo, adjudicado por concurso público, se extendía por tres años, desde el 16 de octubre de 2009 hasta el 16 de octubre de 2012.

El motivo de la destitución, indica, fue la calificación en lista 2 de la funcionaria aludida, aplicando al efecto la autoridad la norma impugnada de inaplicabilidad. Sin embargo, no se atendió en la especie al fuero gremial de la funcionaria, que le confiere inamovilidad, conforme al artículo 25 de la Ley N<sup>º</sup> 19.296, sobre Asociaciones de Funcionarios de la Administración del Estado, debiendo, en todo caso, ser la destitución ratificada por la Contraloría General de la República, conforme a este mismo precepto legal.

Consigna la actora que la Corte de Apelaciones de Santiago, por resolución de 27 de julio de 2012, acogió el recurso de protección deducido estimando que el acto recurrido era ilegal al desconocer el fuero gremial de la funcionaria, ordenándose su reintegro al Servicio, mientras no se ratificara la destitución por la Contraloría, de conformidad con el referido artículo 25 de la Ley N<sup>º</sup> 19.296. Sin embargo, agrega, nada obsta a que la Corte Suprema, conociendo de la apelación deducida en la gestión pendiente, aplique en forma decisiva el artículo 8<sup>º</sup>, letra d), inciso final, del Estatuto Administrativo, revoque la sentencia, y se produzca con ello la infracción constitucional.

En cuanto a los vicios de inconstitucionalidad invocados, estima la requirente que la aplicación en la especie del precepto impugnado infringiría sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, a la libertad sindical, a la protección de los derechos en su esencia, y al debido proceso, garantizados en los numerales 2<sup>º</sup>, 19<sup>º</sup>, 26<sup>º</sup> y 3<sup>º</sup> del artículo 19 de la Constitución Política.

Así, al otorgársele a la requirente, que es dirigente sindical, un tratamiento distinto a los demás dirigentes del sector público que detentan el fuero gremial de la Ley N° 19.296, desconociéndosele su inamovilidad en el cargo, se infringe la prohibición constitucional de establecer diferencias arbitrarias.

Por otro lado, se vulnera la libertad sindical en cuanto al aseguramiento de la autonomía de las organizaciones gremiales, autonomía que, precisamente, no puede concebirse sin el fuero gremial, que implica que la calidad de dirigente sindical no perjudique la permanencia en el empleo. Esta infracción constitucional se vincula, además, con el artículo 9° del Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo, y se agrega que, al privarse al dirigente de su fuero, se afecta en su esencia el derecho fundamental a la libertad sindical.

En fin, se afecta el derecho al debido proceso, de aceptarse que el desafuero que debe producirse al desvincular a un dirigente sindical, equivale a la ausencia de un juicio, en que se declare dicho desafuero con las garantías mínimas del contradictorio.

La Segunda Sala de esta Magistratura, por resolución de 20 de noviembre de 2012 (fojas 45), admitió a trámite el requerimiento y ordenó la suspensión del procedimiento en la gestión en que incide; posteriormente, por resolución de 20 de diciembre de 2012 (fojas 128), luego de evacuados los traslados respectivos y oídos los alegatos de las partes al efecto, lo declaró admisible.

Por resolución de 14 de enero de 2013 (fojas 136), se confirió a las demás partes de la gestión en que incide el requerimiento y a los órganos constitucionales interesados un plazo de 20 días para formular observaciones sobre el fondo de aquél.

Con fecha 4 de febrero de 2013, a fojas 143, el Consejo de Defensa del Estado, en representación de Joaquín Lavín Infante, Ministro de Desarrollo Social, y de Sergio Stuardo Vidal, Jefe de Personal del mismo Ministerio, formuló dentro de plazo observaciones al requerimiento, instando por su rechazo, con costas.

Señala el Consejo, en relación a los antecedentes del requerimiento, que es improcedente lo aseverado por la actora en orden a que habría sido destituida o despedida de su cargo, sin respetar su fuero sindical, toda vez que en la especie la requirente se vio impedida de seguir ejerciendo su cargo por incumplir el requisito legal de ser calificada en lista N° 1, conforme al artículo 8°, letra d), del Estatuto Administrativo, hecho no controvertido y ratificado por la Contraloría General de la República.

Además, no podría ejercer su cargo, pues fue originalmente nombrada en él por 3 años, entre octubre de 2006 y octubre de 2009, y luego dicho nombramiento se le prorrogó por tres años, desde octubre de 2009, habiendo terminado su período en octubre de 2012.

Agrega el Consejo que la elección de la requirente como directora regional de la Asociación de Funcionarios del Ministerio de Planificación, se produjo con posterioridad al proceso calificadorio, que la posicionó en lista N<sup>º</sup> 2, lo que fue confirmado por la Contraloría General de la República. Lo anterior es relevante pues no se puede invocar el fuero a efectos de soslayar la potestad disciplinaria de la Administración o pretender que ésta infrinja el principio de legalidad.

Añade el Consejo que el requerimiento adolece de incongruencia procesal, desde que sólo impugna el artículo 8<sup>º</sup>, letra d), inciso final, de la Ley N<sup>º</sup> 18.834, que dispone que los funcionarios permanecerán en sus cargos mientras se encuentren calificados en lista N<sup>º</sup> 1, de distinción, pero no impugna el inciso segundo del mismo artículo 8<sup>º</sup>, generando una situación contradictoria, pues dicha norma dispone que los nombramientos del personal del tercer nivel jerárquico podrán ser renovados por una sola vez, como ocurrió en la especie, en que la funcionaria fue renovada en su cargo, venciendo el segundo plazo de 3 años el 15 de octubre de 2012, por lo que necesariamente debía cesar en su cargo y sin que la actora objete la normativa legal relativa a la prórroga por una sola vez.

Lo mencionado con anterioridad determina, además, que el precepto legal impugnado no resulte de aplicación decisiva en la resolución del asunto, toda vez que, aun en el evento de que se declarara inaplicable, igualmente, al no poderse prorrogar nuevamente el nombramiento de la requirente, por expresa disposición legal, se generará el mismo efecto que trae aparejada su no permanencia en lista N<sup>º</sup> 1, esto es, la cesación en su cargo por el cumplimiento del plazo en octubre de 2012. Más aun, la requirente pretende dejar sin efecto situaciones jurídicas ya creadas por la aplicación del precepto impugnado, con anterioridad al inicio de la gestión en que incide su requerimiento de inaplicabilidad.

Por otra parte, indica el Consejo que la declaratoria de inaplicabilidad requiere la existencia de un conflicto de constitucionalidad vinculado con la gestión pendiente y no de mera legalidad, como acontece en la especie. En efecto, lo que pretende la requirente es que se determine que en la gestión pendiente debe inaplicarse la norma legal que dispone los requisitos de calificación que ella no reúne, y que, en cambio, se le aplique la norma legal que dispone su fuero e inamovilidad, lo que constituye un claro problema de determinación de la ley aplicable, que debe ser resuelto por el juez del fondo, como lo expresa el voto disidente respecto de la admisibilidad del requerimiento, suscrito por el Presidente de este Tribunal Constitucional, señor Bertelsen, y la Ministra señora Peña.

Lo dicho implica también que el requerimiento busca revertir decisiones jurisdiccionales y evitar una sentencia desfavorable de la Corte Suprema, excediendo los límites de la acción de inaplicabilidad. En este senti-

do, además, se hace presente que la sentencia de primera instancia de la Corte de Apelaciones de Santiago acogió la acción de protección, ordenando el reintegro en sus funciones de Patricia Castillo, “*en tanto la Contraloría General de la República no ratifique su destitución*”, de conformidad con el artículo 25 de la Ley N° 19.296. Luego, la Corte no declara que a la funcionaria no se le aplica el precepto que impugna de inaplicabilidad, de modo que la Administración no pueda poner fin a su nombramiento por no obtener las calificaciones pertinentes, sino que sólo ordena su reincorporación en tanto –atendido su fuero– la destitución no se ratifique por la Contraloría.

Más aun, por aplicación del principio de legalidad recogido en los artículos 6° y 7° de la Constitución, la Administración se encuentra impedida de prorrogar nuevamente el nombramiento de la requirente. De hecho, si el Ministerio hubiera actuado como pretendía la requirente, manteniendo su nombramiento a pesar de no haber sido calificada en lista 1, o prorrogándolo por más de una vez, en ambos casos, habría infringido dicho principio de legalidad.

Además, se alude al principio de deferencia razonada hacia los poderes públicos, el respeto a la autonomía del legislador y a la presunción de constitucionalidad de la ley, como argumentos para el rechazo del requerimiento.

Por último, en relación a los vicios de inconstitucionalidad invocados por la actora, señala el Consejo de Defensa del Estado que el requerimiento no explica de qué manera la aplicación de la norma cuestionada infringe la garantía de la igualdad ante la ley, en relación con los demás dirigentes que tienen fuero sindical, como tampoco se hace cargo de las diferencias que existirían entre la actora y los demás funcionarios del mismo nivel jerárquico que no detentan fuero y que sí deben cumplir los requisitos que ella intenta soslayar. Además, el Consejo invoca el principio de razonabilidad en relación con las diferencias de trato jurídicas.

Tampoco explica el requerimiento cómo se infringiría en su esencia el derecho a la libertad sindical y a la autonomía de las organizaciones gremiales, ni se hace cargo de cómo se puede concebir el fuero gremial sin cumplir con los requisitos legales para ejercer el cargo que le da origen.

Por último, al invocar la requirente el debido proceso y el contradictorio en el desafuero previo, no tiene en consideración que, en la especie, su nombramiento no ha concluido por voluntad de la Administración sino por incumplir la actora los requisitos legales para ejercerlo. Luego, no hay destitución ni sanción administrativa y, en consecuencia, no es pertinente un proceso de desafuero.

A fojas 167 se ordenó traer los autos en relación, agregándose la causa para su vista en la tabla de Pleno del día 13 de junio de 2013, fecha en que tuvo lugar la vista de la causa, oyéndose la relación y los alegatos de

las abogadas Alejandra Miranda Delgado, por la requirente, y Ximena González Duarte, por el Consejo de Defensa del Estado.

**Y CONSIDERANDO:**

I  
LA IMPUGNACIÓN

**PRIMERO.** Que doña Alejandra Miranda Delgado, en representación de doña Patricia Castillo Agostillo-Valer, ha solicitado la declaración de inaplicabilidad del artículo 8<sup>º</sup>, letra d), inciso final, de la Ley N<sup>º</sup> 18.834, sobre Estatuto Administrativo, por entender que su aplicación resultaría contraria a lo preceptuado en los numerales 2<sup>º</sup>, 19<sup>º</sup>, 24<sup>º</sup> y 3<sup>º</sup> del artículo 19 de la Carta Fundamental (siguiendo el mismo orden propuesto por ella);

**SEGUNDO.** Que la impugnación se efectúa en el marco de un recurso de protección seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago contra don Joaquín Lavín Infante y don Sergio Stuardo Vidal, en sus respectivas calidades de Ministro y Jefe de Personal del Ministerio de Desarrollo Social, por la presunta ilegalidad y arbitrariedad en que habrían incurrido al destituir de su cargo a la individualizada Patricia Castillo Agostillo-Valer, funcionaria de planta de la indicada repartición, en un cargo de jefe de departamento, que a la fecha de su “despido” se desempeñaba como dirigente gremial de la Asociación Nacional de Funcionarios de dicho Ministerio.

Enfatiza que la acción constitucional impetrada fue acogida en primera instancia, disponiéndose el reintegro a sus funciones de la aludida funcionaria, “*en tanto la Contraloría General de la República no ratifique su destitución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley N<sup>º</sup> 19.296*”.

Adicionalmente, puntualiza que el fallo en referencia ha sido apelado por el Consejo de Defensa del Estado, en representación de ambos recurridos, ante la Excm. Corte Suprema, cuya es la gestión que se encuentra pendiente, por haberse acogido por este Tribunal Constitucional la suspensión de procedimiento solicitada por la requirente;

II  
LOS TÉRMINOS DEL CONFLICTO

**TERCERO.** Que la actora reduce su planteamiento de inaplicabilidad al solo texto del inciso final de la letra d) del artículo 8<sup>º</sup> del Estatuto Administrativo que, desarrollando la regla especial sobre permanencia en el cargo de los jefes de departamento o niveles jerárquicos equivalentes de los ministerios y servicios públicos, expresa que se prolongará “*mientras se encuentren calificados en lista N<sup>º</sup> 1, de distinción*”. Entiende que por aplica-

ción del criterio de especialidad, debe prevalecer por sobre esa norma la del artículo 25 de la Ley N° 19.296, sobre Asociaciones de Funcionarios de la Administración del Estado (14.03.1994), que en lo pertinente reza:

*“Los directores de las asociaciones de funcionarios gozarán de fuero, esto es, de inamovilidad en sus cargos, desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de haber cesado su mandato como tales, siempre que la cesación en él no se hubiere producido por censura de la asamblea de la asociación o mediante aplicación de la medida disciplinaria de destitución, ratificada por la Contraloría General de la República. Del mismo modo, el fuero no subsistirá en el caso de disolución de la asociación, cuando ésta derivare de la aplicación de las letras c) y e) del artículo 61, o de las causales previstas en los estatutos, siempre que, en este último caso, las causales importaren culpa o dolo de los directores de las asociaciones”.*

Este precepto gozaría de aplicación prevalente, toda vez que concierne al caso específico del funcionario público que es, además, dirigente gremial. Por ende, el fuero gremial quedaría desatendido si el asunto jurisdiccional que es llamada a resolver la Corte Suprema, no se dirimiere por aplicación de este claro mandato;

**CUARTO.** Que, como parece palmario, nuestra requirente sitúa el conflicto normativo que denuncia en la órbita de las antinomias legales, desde que propone resolverlo a través del criterio de especialidad, sintetizado en el brocardo *“lex specialis derogat legi generali”*. Conforme a esta regla, las normas referidas precedentemente serían incompatibles entre sí, debiendo prevalecer la segunda, por su especialidad, en la medida que ésta sustraería una parte de la materia regida por la de mayor amplitud, para someterla a una regulación diversa y contradictoria con aquélla;

**QUINTO.** Que un ejercicio interpretativo como el propuesto, obliga desde luego a confrontar el ámbito de aplicación de ambas normas en aparente conflicto, a fin de determinar si efectivamente tal colisión existe y, en su caso, si efectivamente una de ellas presenta relación de especialidad respecto de la otra, para apreciar sólo entonces si ésta, en el supuesto de ser aplicable o resultar decisiva para la resolución del asunto, resulta ser contraria a la Constitución, en el caso concreto;

### III

#### ALCANCE DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD PREVENTIVO EJERCIDO RESPECTO DE LA NORMA IMPUGNADA

**SEXTO.** Que el artículo 27, N° 2, de la Ley N° 19.882 (23.06.2003), que “Regula nueva política de personal a los funcionarios públicos que indica”, llamada también “Ley de Nuevo Trato Laboral” de los funcionarios públicos, cuyo contenido fue concordado en lo fundamental entre el Ejecutivo de la época y la Agrupación Nacional de Empleados Fiscales (ANEF), incorporó como nuevo artículo 7° bis de la Ley N°



18.834 – Estatuto Administrativo – la disposición que en el actual texto refundido, coordinado y sistematizado del Estatuto Administrativo, fijado por el DFL N<sup>º</sup> 29 (Hacienda), de 16 de marzo de 2005, figura como artículo 8<sup>º</sup>.

A su turno, el precepto relacionado, que tuvo su origen en Mensaje del Presidente de la República de la época, don Ricardo Lagos Escobar, fue modificado durante la discusión en la Cámara de Diputados, por la vía de una indicación presidencial, agregándosele un inciso final, en el literal d), que es precisamente el impugnado. Esta adición, conforme a la cual los funcionarios designados en cargos de jefes de departamento o equivalentes, permanecerán en ellos “*mientras se encuentren calificados en lista N<sup>º</sup> 1, de distinción*”, no es sino natural consecuencia de otra indicación coetánea del Presidente de la República, en el sentido de que, además de cumplir los requisitos correspondientes, quienes concursen para la provisión de estos empleos deberán encontrarse “*calificados en lista N<sup>º</sup> 1, de distinción...*”. Ninguna de estas reglas aparecía en el Mensaje con que el Jefe del Estado dio inicio al procedimiento legislativo, plasmado en la reforma que amplió la carrera funcionaria, extendiéndola a las jefaturas de departamento y niveles equivalentes;

**SÉPTIMO.** Que el precepto en cuestión fue sometido a control de constitucionalidad preventivo obligatorio ante este Tribunal Constitucional, conforme a lo previsto a la sazón en el artículo 82, N<sup>º</sup> 1<sup>º</sup>, de la Constitución Política de la República. Concluyó entonces esta Magistratura, en el Rol N<sup>º</sup> 375 (3.06.2003), que tanto ésta como las demás disposiciones sometidas a su revisión, *“fueron aprobadas en ambas Cámaras del Congreso Nacional con las mayorías requeridas por el inciso segundo del artículo 63 de la Constitución”*, hoy artículo 66, inciso segundo, –considerando 74– y, en cuanto al fondo, que “*el artículo 7<sup>º</sup> bis, letras a), b) y c), –comprendidos en el artículo VIGÉSIMO SÉPTIMO...– son constitucionales*” (resolutivo 2<sup>º</sup> de lo dispositivo). En fundamento de su decisión, argumentó este Tribunal que el sistema de concursos previsto en el artículo 7<sup>º</sup> bis, letras a), b) y c) del proyecto de ley orgánica constitucional sometido a su control, referido a la provisión de los cargos de jefes de departamentos y de los niveles de jefaturas jerárquicas equivalentes de los ministerios y servicios públicos, si bien era diferente al del artículo 44 de la Ley N<sup>º</sup> 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, participaba de “*su misma naturaleza*”, por lo cual no contradecía la Carta Fundamental (considerando trigesimosexto);

**OCTAVO.** Que, según queda constancia en el considerando decimotercero de la sentencia recaída en el Rol citado supra, las cuestiones de constitucionalidad directamente vinculadas con normas orgánicas constitucionales sujetas a control, formuladas por varios señores senadores, incidieron, en lo pertinente, sólo en lo concerniente a que el nuevo sis-

tema de promoción contenido en el proyecto en estudio, al eliminar el ascenso como medio de efectuarla, vulnera o no la carrera funcionaria y, por ende, el artículo 38, inciso primero, de la Carta Fundamental. A propósito de esta específica cuestión y razonando “a mayor abundamiento”, puntualiza la ponderación 32ª del fallo aludido que “en lugar de restringir la carrera funcionaria, el nuevo artículo 7° bis del Estatuto Administrativo, introducido por el artículo VIGÉSIMO SÉPTIMO, N° 2, del proyecto revisado, abre nuevas posibilidades de promoción a los niveles jerárquicos de jefe de departamento y sus equivalentes, pero sobre la base del mérito, acreditado en concurso, al cual pueden presentarse, entre otros y precisamente, los funcionarios o personas que resuelvan libremente hacerlo, de acuerdo con lo que la nueva normativa establece. Quedan así esos niveles jerárquicos excluidos del régimen de nombramiento aplicable a los cargos de exclusiva confianza de la autoridad hasta hoy competente para disponerlo”. De lo cual cabe inferir que esta instancia constitucional no extendió su pronunciamiento al mismo vicio que sustenta el presente requerimiento, dirigido específicamente a impugnar la pertinencia constitucional de subordinar la permanencia en cargos de jefatura de departamento o equivalentes respecto de los funcionarios que dejen de estar calificados en lista de distinción.

En este marco debe entenderse la admisibilidad de la cuestión de inaplicabilidad declarada por la 2ª Sala de este Tribunal, a fojas 131;

#### IV

#### ESPECIALIDAD DE LA NORMA DEL ARTÍCULO 25 DE LA LEY N° 19.296 COMO FUNDAMENTO DE LA INAPLICABILIDAD

**NOVENO.** Que el artículo 25 de la Ley N° 19.296 (14.03.1994), sobre Asociaciones de Funcionarios de la Administración del Estado, reza en lo atinente a la cuestión que interesa:

“Artículo 25: **Los directores de las asociaciones de funcionarios gozarán de fuero, esto es, de inamovilidad en sus cargos, desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de haber cesado su mandato como tales, siempre que la cesación en él no se hubiere producido por censura de la asamblea de la asociación o mediante aplicación de la medida disciplinaria de destitución, ratificada por la Contraloría General de la República. Del mismo modo, el fuero no subsistirá en el caso de disolución de la asociación, cuando ésta derivare de la aplicación de las letras c) y e) del artículo 61, o de las causales previstas en los estatutos, siempre que, en este último caso, las causales importaren culpa o dolo de los directores de las asociaciones.**

Asimismo, durante el lapso a que se refiere el inciso precedente, los dirigentes no podrán ser trasladados de localidad o de la función que desempeñaren, sin su autorización por escrito. **Igualmente, no serán objeto de calificación anual durante el mismo lapso a que se refieren los incisos anteriores, salvo que**

*expresamente la solicitare el dirigente. Si no la solicitare, regirá su última calificación para todos los efectos legales.”.*

A criterio de la requirente, esta disposición ha de aplicarse con preferencia respecto del artículo 8<sup>º</sup>, letra d), inciso final, del Estatuto Administrativo, tanto por su especialidad cuanto por tratarse de una norma de rango orgánico constitucional;

**DÉCIMO.** Que los tres primeros incisos de este precepto fueron declarados constitucionales por este Tribunal Constitucional, por estimarlos propios de ley orgánica constitucional y no contradictorios con la Ley Suprema (STC Rol N<sup>º</sup> 180, cc. octavo y décimo).

En orden a su alcance, la disposición reseñada confiere a los directores de asociaciones de funcionarios una inamovilidad especial para permanecer en sus cargos, desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de haber cesado en su mandato como tales, a menos que mediare censura de la asamblea de la asociación o medida disciplinaria de destitución, ratificada por la Contraloría General de la República.

Es esta inamovilidad especial la que, en concepto de la requirente, ampararía su derecho a continuar en el desempeño de su cargo, en la medida que, al tiempo de afinarse su proceso calificadorio, ocupaba un cargo de representación gremial que impedía su destitución, salvo si la medida de destitución que la pudiese afectar, por motivos disciplinarios, hubiere sido ratificada por la Contraloría General de la República, como lo exige el inciso primero del artículo 25 de la ley mencionada en la ponderación precedente;

**DECIMOPRIMERO.** Que no resulta complejo discernir que el precepto legal aludido, el que debería ser aplicado preferentemente al caso de la especie por criterio de especialidad, como lo propone la propia requirente, dispensa a los dirigentes de las asociaciones de funcionarios del proceso de calificación anual durante el período a que se extiende su inamovilidad. Esta regla sólo admite excepción en el caso de que el dirigente solicitare expresamente ser calificado. De no hacerlo, regirá para todos los efectos legales su última calificación.

Relevante es puntualizar que la sentencia recaída en la acción constitucional de protección que es constitutiva de la gestión pendiente ante la judicatura ordinaria, enfatiza que no hay constancia en esos autos de haber optado la recurrente voluntariamente por someterse al proceso de calificación en el período 2010-2011. Infiere de lo anterior que la aludida acción constitucional se presentó dentro de plazo, por haberse suspendido el plazo para presentarla durante el lapso en que la calificación permaneció sin afinar, por haber sido reclamada ante la Contraloría General de la República. Pero no extrae de esa circunstancia ningún vicio que comprometa la validez de la calificación en Lista 2 que se aplicó a la interesada, lo que torna intrascendente esa consideración desde el punto de vista del fondo;

**DECIMOSEGUNDO.** Que no está demás poner de manifiesto, por ser un hecho de la causa, que la requirente fue elegida Directora Regional de la Asociación de Funcionarios del Ministerio de Planificación, con fecha 30 de noviembre de 2011 (considerando 2º.d) de la sentencia de la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, de 10 de octubre de 2012, corriente a fojas 21 de estos autos).

Igualmente pertinente es anotar que el proceso de calificaciones de los funcionarios públicos evalúa “*los doce meses de desempeño funcionario comprendidos entre el 1º de septiembre de un año y el 31 de agosto del año siguiente*” (artículo 38, inciso primero, del Estatuto Administrativo). Y que el proceso de calificaciones “*deberá iniciarse el 1º de septiembre y terminarse a más tardar el 30 de noviembre de cada año*” (artículo 39, inciso primero, del cuerpo legal citado). De lo cual cabe colegir que la funcionaria presuntamente violentada en sus derechos por la evaluación de desempeño de que se trata, no era dirigente gremial en el trimestre completado el 30 de noviembre de 2011 – data esta última de su elección en el cargo de representación que le otorgaría el fuero reclamado – y menos en el lapso de doce meses que legalmente debe ser objeto de apreciación de desempeño.

Como fuere, la evaluación de esta circunstancia y su incidencia en el caso concreto excede de la competencia de esta Magistratura Constitucional, por representar una cuestión de mera legalidad, cuya interpretación es propia del juez del fondo;

**DECIMOTERCERO.** Que para la dicha jurisdicción ordinaria, la “*destitución*” en el cargo de jefatura de departamento que investía la recurrente de protección y requirente de autos, se habría producido “*por un motivo previsto en la ley y que concurriría en la especie (no estar calificada en lista Nº 1, en razón del cargo), lo que carecería de trascendencia, por cuanto igualmente la decisión debe someterse a la ratificación de la Contraloría General de la República, a fin de determinar su legalidad (como fue resuelto en el dictamen 021486N11, acompañado a fs. 144)*” (ponderación 6ª de la sentencia de la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, corriente a fojas 21).

En esa inteligencia, el órgano judicial competente concluye que el cese de funciones de la actora “*deviene en ilegal*” (c. séptimo) y, en tal virtud, acoge el arbitrio constitucional “*disponiéndose el reintegro a sus funciones de la aludida funcionaria, en tanto la Contraloría General de la República no ratifique su destitución, de conformidad con lo dispuesto en el art. 25 de la ley Nº 19.296*”.

Y, por su parte, el referido dictamen del Órgano Contralor, en línea distinta a la que le atribuye la sentencia precitada, fija un claro límite al fuero de los dirigentes gremiales de los funcionarios públicos, al puntualizar que si fueren desvinculados del servicio por aplicación del artículo 8º.e) del Estatuto Administrativo, “*no resultarán amparados por el fuero gremial antecitado – el del artículo 25 de la ley Nº 19.296 – toda vez que también cesará la causa en cuya virtud han asumido la representación de los*

funcionarios agrupados en la asociación correspondiente”. Cabe agregar que este mismo criterio ha sido ratificado, entre otros, en dictámenes N<sup>º</sup> 75954/2011 y 17069/2012, del mismo ente contralor.

Podrá o no coincidirse, en el plano teórico, con la solución discordante a que arriban la Contraloría General de la República y la Corte de Apelaciones de Santiago respecto al alcance del fuero de los directivos gremiales de los funcionarios públicos. En tanto, para la primera, aquél no impide la cesación en su cargo de los jefes de departamento que dejen de estar calificados en lista 1, para la segunda la remoción está vedada, por impedirlo la inamovilidad reforzada que beneficiaría a las correspondientes jefaturas, mientras subsista su fuero. Pero lo que queda fuera de dudas es que el conflicto interpretativo acerca del sentido y alcance de los artículos 8<sup>º</sup>.e) de la Ley N<sup>º</sup> 18.834 y 25, inciso tercero, de la Ley N<sup>º</sup> 20.296 se produce entre dos normas de igual jerarquía, lo que fuerza a resolverlo por aplicación de criterios de hermenéutica legal y no constitucional, como se razonará a continuación;

**DECIMOCUARTO.** Que, en definitiva, para el jurisdicente del fondo, la cesación de funciones de la requirente se produjo por la causal de **destitución**, encontrándose vigente el fuero que la amparaba, medida cuya vigencia se subordina, en todo caso, a la **“ratificación de su destitución”** por parte de la Contraloría General de la República, en los términos del artículo 25 de la Ley N<sup>º</sup> 19.296. La disquisición conducente a tal interpretación y su ortodoxia se sitúan igualmente en el plano de la hermenéutica legal, respecto del cual esta Magistratura no es competente, como se ha sostenido por ella sistemáticamente (v. gr. en STC roles N<sup>os</sup> 1.284, c. cuarto; 1.295, cc. trigesimocuarto y cuadragésimoprimero; 1.413, c. cuarto, y 1.485, c. noveno, *inter alia*).

En efecto, la acción de inaplicabilidad no constituye una vía idónea para *“aclarar el sentido que tienen determinados preceptos legales”*, dado que ello *“constituye una cuestión de legalidad cuya resolución es propia de los jueces de fondo”* (STC Rol N<sup>º</sup> 552, citado en Rol N<sup>º</sup> 1.790, c. cuarto).

De esta manera –y como también se ha resuelto– *“no cabe pretender que esta Magistratura decida si, al resolverse un conflicto por un juez de la instancia, debe o no aplicarse un determinado precepto legal, si no es en razón de contravenirse con ello la Constitución. Es responsabilidad de los jueces del fondo, en las instancias pertinentes, determinar las normas legales aplicables a la solución del conflicto jurisdiccional sometido a su decisión y, en caso de conflicto de leyes, aplicar los principios generales de hermenéutica para su resolución (Rol N<sup>º</sup> 1925/2011), como es responsabilidad de este Tribunal Constitucional, mediante el proceso de inaplicabilidad, prohibir la aplicación de un precepto legal en una gestión judicial, en razón de resultar ella contraria a la Constitución”* (STC Rol N<sup>º</sup> 1.790, c. quinto);

**DECIMOQUINTO.** Que, no obstante lo anterior y a fuerza de ser consecuentes con la pertinaz postura de esta jurisdicción constitucional,

en el sentido de que corresponde al Tribunal Constitucional “*únicamente verificar la posibilidad de que el precepto legal sea aplicado a un caso para quedar obligado a pronunciarse sobre si tal aplicación resultaría o no contraria a la Constitución*” (STC roles N<sup>os</sup> 505, cc. décimo y decimoprimeros; 790, c. séptimo, y 943, c. noveno, entre otros), la eventualidad descrita hace necesario justipreciar la conformidad o disconformidad del precepto estimado inconstitucional con las garantías que se identifican como sobrepasadas;

V

SOBRE LA EVENTUAL INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 19, N<sup>o</sup> 2<sup>o</sup>,  
DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

**DECIMOSEXTO.** Que, a criterio de la requirente, se violenta el principio de igualdad ante la ley, resguardado en la norma constitucional reseñada, al otorgarse a la funcionaria aforada “*un tratamiento distinto del que se otorga a otros dirigentes que detentan el mismo fuero gremial proveniente de la ley 19.296*”, en la medida que, de respetarse su inamovilidad, “*debiera permanecer en su trabajo, al menos, hasta el mes de junio de 2014 (entendiendo que el fin de su mandato se produce el 30 de noviembre de 2013)*”.

Empero, el enunciado antecedente no desarrolla suficientemente la presunta discriminación arbitraria en que incurriría el legislador, al subordinar la permanencia en los cargos de jefes de departamento a su mantención en lista N<sup>o</sup> 1, de distinción, como lo dispone el inciso segundo del artículo 8<sup>o</sup>, literal d), de la Ley N<sup>o</sup> 18.834, que sería la regla legal violatoria del estándar constitucional referido. Antes bien, la proposición parece orientada a reprochar la conducta observada por la Administración al desconocer la inamovilidad reforzada que beneficiaría a la interesada para continuar en el cargo respectivo, la que se desprendería de su fuero gremial, establecido en la ley aludida en el parágrafo precedente.

Pero como no es la norma sobre el privilegio foral la que está cuestionada de inconstitucionalidad, su inteligencia y eventual aplicación preferente no son susceptibles de ser ventilados en esta sede, sino en la jurisdicción ordinaria competente, como ya se ha anticipado;

**DECIMOSÉPTIMO.** Que la exigencia de mantenerse calificados en lista N<sup>o</sup> 1 como condición de permanencia en cargos de jefatura, prescrita en el inciso final del literal d) del artículo 8<sup>o</sup> en análisis, se condice con la regla especial de provisión de esta clase de cargos, contenida en la letra a) del mismo artículo, que plantea como requisito para participar en los concursos dirigidos a proveerlos, el encontrarse los funcionarios interesados “*calificados en lista N<sup>o</sup> 1, de distinción*”.

Ese presupuesto también armoniza naturalmente con la definición de “*carrera funcionaria*”, entendida como un sistema integral de regulación del empleo público, fundado en “*principios jerárquicos, profesionales y técnicos*”,

que garantiza, entre otros aspectos, “la objetividad en las calificaciones en función del mérito y la antigüedad” (artículo 3<sup>º</sup>.f) del Estatuto Administrativo).

Complementando esta formulación, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (N<sup>º</sup> 18.575), en su texto refundido, coordinado y sistematizado fijado por D.F.L. N<sup>º</sup> 1/19.653 (SEGPRES), de 17.11.2001, dispone que la carrera funcionaria “se fundará en el mérito, la antigüedad y la idoneidad de los funcionarios, para cuyo efecto existirán procesos de calificación objetivos e imparciales” (artículo 47, inciso segundo).

A su vez, el sistema de calificación, que se aplica con contadas excepciones a todos los funcionarios, apunta a “evaluar el desempeño y las aptitudes de cada funcionario, atendidas las exigencias y características de su cargo...” (artículo 32 del cuerpo legal citado).

El imperativo, pues, de conservar la calificación en lista 1, impuesto a los jefes de departamento o funcionarios pertenecientes a niveles jerárquicos equivalentes, es perfectamente acorde con el régimen de carrera funcionaria, a que adscriben los funcionarios titulares de planta que no sean de exclusiva confianza de quien los nombra, como así también con su carácter técnico, profesional y jerarquizado. Se inspira en el propósito de cautelar su buen desempeño, asegurándoles su cargo por un período de tres años, siempre que su gestión haya sido eficiente y, eventualmente, la prórroga de su nombramiento por igual período, salvo que el jefe superior resuelva llamar a concurso al término del primer período trienal (inciso primero del artículo 8<sup>º</sup>, letra d), citado);

**DECIMOCTAVO.** Que el requerimiento de conservar la calificación de distinción para la mantención del cargo de jefatura, en nada compromete la posibilidad de “*reasumir su cargo de origen*” una vez concluido su período o eventual prórroga, cuando proceda, como lo prescribe el literal e) del artículo 8<sup>º</sup>, citado. Para esa contingencia, la calificación por dos períodos consecutivos en lista 2, que se otorgó a la requirente de autos, en nada debería comprometer su permanencia en su cargo de planta anterior, si fuere el caso, porque dicha circunstancia no constituye –para cargos que no sean de los signados como de jefatura en el artículo 8<sup>º</sup>–causal de cesación de funciones, siendo suficiente para la retención de su empleo la calificación en la señalada lista;

**DECIMONOVENO.** Que, en definitiva, la demanda a los ocupantes de los cargos de jefatura latamente descritos de un nivel de calificaciones superior al exigido a los demás funcionarios de carrera como condición de permanencia en la respectiva plaza, con independencia de cualquier otra consideración, como lo sería la investidura gremial que ostentaba la interesada, no representa un requerimiento desmesurado que coloque objetivamente a los titulares respectivos en situación de desmedro respecto de los demás funcionarios públicos.

Recuérdese en este punto que “[T]odos los funcionarios, incluido el personal a contrata, deben ser calificados anualmente en alguna de las siguientes listas: Lista N° 1, de Distinción; Lista N° 2, Buena; Lista N° 3, Condicional; Lista N° 4, de Eliminación” (artículo 33, inciso primero, de la Ley N° 18.834). Este sistema de calificación “tiene por objeto evaluar el desempeño y las aptitudes de cada funcionario, atendidas las exigencias y características de su cargo, y servirá de base para la promoción, los estímulos y la eliminación del servicio” (artículo 32 de la ley citada). Afinado el proceso de calificación, “[E]l funcionario calificado por resolución ejecutoriada en lista 4 o por dos años consecutivos en lista 3, deberá retirarse del servicio dentro de los 15 días hábiles siguientes al término de la calificación” (artículo 50, inciso primero).

El régimen estatutario general, con el objeto de materializar la profesionalización de su personal, prohíbe la permanencia en los cargos públicos de quienes hayan obtenido calificaciones deficientes, entendiendo como tales las figuraciones en lista 3 ó 4, en la forma antes descrita.

En el caso de los jefes de departamento, el nivel de exigencia es razonablemente superior. Es por ello que el legislador exige como presupuesto para la provisión del cargo, la calificación en lista 1 de los concursantes, requiriendo la mantención de esa evaluación como condición de permanencia en el cargo (artículo 8°, letras a) y d), respectivamente).

Se trata, por ende, de un requisito razonable, que armoniza con la definición de carrera funcionaria y que no discrimina caprichosamente entre personas, sino simplemente distingue a partir de las diversas jerarquías de los involucrados, exigiendo una mayor calificación a quienes ostentan cargos de nivel de jefatura que al resto. Tal competencia le viene dada al legislador por el constituyente en el artículo 19, N° 17, de la Carta Fundamental, que lo faculta expresamente para disponer la “*admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes*”, habilitación que es la ejercida en la regulación de la carrera funcionaria, que consecuentemente no se aparta de la Norma Fundamental;

## VI

### SOBRE LA EVENTUAL INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 19, N° 19°, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

**VIGÉSIMO.** Que se postula igualmente que la autonomía de las organizaciones gremiales no puede concebirse sin el reconocimiento del fuero de sus dirigentes, en términos que el ejercicio de su función como tales no puede perjudicar su permanencia en el empleo. Avalaría este aserto el artículo 9° del Convenio N° 151 de la Organización Internacional del Trabajo.

Sin embargo, no se vierte por la solicitante razonamiento alguno tendiente a demostrar que la aplicación de la norma estatutaria refutada como inconstitucional, transgrede “*los mecanismos que aseguren la autonomía*



de estas organizaciones”, materia que toca al legislador regular o complementar, como lo ordena el artículo 19, N<sup>º</sup> 19, inciso tercero, de la Carta Fundamental.

Adicionalmente, el convenio internacional citado reconoce a los empleados públicos el goce de *“los derechos civiles y políticos esenciales para el ejercicio normal de la libertad sindical, a reserva solamente de las obligaciones que se deriven de su condición y de la naturaleza de sus funciones”*. Pero no se advierte de qué manera la aplicación a la interesada de la norma sobre calificación en lista de distinción como condición para mantenerse en el cargo de jefatura al que accedió por concurso cerrado, pueda interferir en el ejercicio de sus derechos civiles y políticos, consustanciales a la libertad sindical;

## VII

### SOBRE LA EVENTUAL INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 19, N<sup>º</sup> 24<sup>º</sup>, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

**VIGESIMOPRIMERO.** Que la pretensión en orden a que al privarse a un dirigente gremial de su fuero, se afecta su derecho fundamental a la libertad sindical –la requirente incorpora en su libelo este aserto, a propósito de la garantía signada en el epígrafe– no sólo no ha sido fundamentada, sino que descansa en una suerte de petición de principios, cual es que el señalado derecho no podría ejercerse válidamente si la jurisdicción ordinaria competente no se abstuviere de aplicar la regla sobre la persistencia de la calificación en lista 1 de los dirigentes gremiales de los funcionarios públicos, por estar ellos exceptuados de esa exigencia en atención a su fuero, consultado en otro mandato legal –el artículo 25 de la Ley N<sup>º</sup> 19.296– que por especialidad debería primar sobre el artículo 8<sup>º</sup>.d) de la Ley N<sup>º</sup> 18.834.

El desarrollo propuesto no se aviene, por lo demás, con la garantía del derecho de propiedad. En efecto, si bien los dirigentes gremiales de los funcionarios públicos gozan de estabilidad reforzada en sus cargos mientras dure su representatividad como tales, esta especie de inamovilidad no impide que puedan expirar en su función por la concurrencia de una causal legal. En el caso de la especie, tal causal está representada por la pérdida de un requisito de ingreso, como lo es la calificación en lista 1, exigida tanto por el literal a) cuanto por la letra d), inciso segundo, de la Ley N<sup>º</sup> 18.834.

En otras palabras, el derecho a permanecer en el cargo de los funcionarios públicos no es absoluto, sino limitado en los términos estatutarios ya reseñados. De ahí que, perdido el requisito pertinente en virtud de un motivo legal, del todo ajeno a todo acto administrativo de la autoridad administrativa que signifique discriminación o represalia dirigida a impedir

el ejercicio de la función gremial de la requirente, no es dable interpretar que se ha afectado inconstitucionalmente el derecho de la requirente sobre su cargo, asimilado por ella al derecho de propiedad, en su vertiente incorporal;

**VIGESIMOSEGUNDO.** Que, en el plano de la mera legalidad, la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República ha discurrido uniformemente en el sentido de que las disposiciones sobre inamovilidad en el empleo reconocen como límite y no tienen cabida cuando es la ley la que ordena imperativamente el alejamiento del servicio: es concretamente el caso del artículo 8°, literal d), que nos ocupa;

### VIII

#### SOBRE LA EVENTUAL INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 19, N° 3°, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

**VIGESIMOTERCERO.** Que, como secuela de lo que se ha venido arguyendo, es improcedente pretender que la cesación en su cargo de dirigente gremial de la requirente no podría operar sino previo desafuero, so riesgo de contravenir la garantía constitucional del debido proceso, específicamente contemplada en el inciso quinto del artículo 19, N° 3°, del respectivo texto.

Esta deducción es claramente forzada. El fuero gremial está dirigido a asegurar el desempeño independiente y autónomo de la función de representación gremial y dura, naturalmente, lo que el cargo público. Si éste expira por concurrencia de causal legal, como en la especie, la protección foral no autoriza la prolongación del empleo.

Por consiguiente, la situación pendiente de resolver ante la jurisdicción ordinaria no puede, en modo alguno, comprometer la vigencia de la disposición constitucional invocada;

**VIGESIMOCUARTO.** Que, en mérito de lo expuesto, no cabe sino concluir que la requirente de autos no ha visto vulnerada ninguna de las garantías constitucionales representadas, por lo que su solicitud de inconstitucionalidad ha de ser desestimada.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y undécimo, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**Que se rechaza el requerimiento de fojas uno.**

Se deja sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 45. Oficiese al efecto.

No se condena en costas a la requirente por estimarse que tuvo motivo plausible para deducir su acción.

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino**, quienes estuvieron por acoger el requerimiento, fundados en los siguientes argumentos:

## I. LA IMPUGNACIÓN.

1°. Que la señora Patricia Castillo, a través de su abogada, ha solicitado la inaplicabilidad del artículo 8°, letra d), inciso final, de la Ley N<sup>º</sup> 18.834. El precepto establece que los funcionarios que ocupan el cargo de jefe de departamento, están sometidos a reglas especiales. Una de ellas es que la permanencia en el mismo es por un período de tres años. La otra es que dicha permanencia requiere que se encuentren calificados en lista 1, de distinción;

2°. Que el origen de la gestión pendiente es un recurso de protección presentado por la afectada en contra del jefe de Personal y del Ministro del Ministerio de Desarrollo Social. Dicho recurso fue acogido por la Corte de Apelaciones de Santiago el 25 de octubre de 2012, en fallo que se encuentra apelado ante la Corte Suprema;

3°. Que la señora Castillo es ingeniero civil y ocupa un cargo de tercer nivel, como Jefe del Departamento Regional de la Seremi del Ministerio de Desarrollo Social en la Región Metropolitana. Se le nombró en ese cargo, por primera vez, el 16 de octubre de 2006, por tres años. Dicho nombramiento se le renovó por otros tres años, a contar del 16 de octubre de 2009 y hasta el 16 de octubre de 2012.

Sin embargo, entremedio sucedieron dos hechos. Por una parte, fue electa dirigente gremial de la Asociación de Funcionarios de dicha repartición, el 30 de noviembre de 2011. Por la otra, fue calificada en lista 2, en los períodos de calificaciones 2009-2010 y 2010-2011.

A raíz de esto último, el 29 de junio de 2012, se le comunicó que cesaba en su cargo de Jefe de Departamento, por haber sido calificada en lista 2. Su período como dirigente terminaba el 30 de noviembre de 2013, más los seis meses de inamovilidad que establece la ley.

La señora Castillo reclamó a la Contraloría de las calificaciones, dos veces. Mediante dictamen 40113/2011, la Contraloría ordenó retrotraer el proceso de calificación a la etapa de precalificación. En el segundo dictamen, el 32696/2012, la Contraloría rechazó su reclamo;

4°. Que la médula del reclamo de la señora Castillo es que se pasó a llevar su fuero como dirigente sindical, por efecto de la aplicación del precepto impugnado. La requirente sostiene que dicho precepto viola,

en primer lugar, el artículo 19, N° 2, constitucional, pues no recibe el mismo tratamiento que el resto de los dirigentes sindicales. Si ella no ocupara el cargo de Jefe de Departamento, tendría fuero hasta junio de 2014. En segundo lugar, se vulnera el artículo 19, N° 19, de la Constitución, porque no hay posibilidades de autonomía de la Asociación de Funcionarios, si no existe fuero. En tercer lugar, la requirente sostiene que la cesación en el cargo fue por el solo ministerio de la ley. Ello, a su juicio, vulnera el artículo 19, N° 3, de la Constitución;

## II. LA NORMA IMPUGNADA.

5°. Que la Ley N° 19.882, del año 2003, introdujo una reforma en el mecanismo para proveer el nombramiento de los jefes de departamento. Antes de esta ley, esos cargos eran de exclusiva confianza. A partir de esta ley, esos cargos pasaron a tener las siguientes características. Por de pronto, son cargos concursables. Sólo que el concurso es interno, pues sólo pueden postular quienes sean funcionarios de planta o a contrata de la Administración. Sólo si no hay postulantes idóneos, se debe llamar a concurso público. Enseguida, la permanencia en estos cargos se extiende por un período de tres años, el cual puede ser prorrogado por otros tres. A continuación, estos cargos se caracterizan porque el concurso se lleva a cabo mediante el mecanismo de la Alta Dirección Pública. Finalmente, concluido el período de nombramiento, los funcionarios pueden reconcurrir o reasumir su cargo original.

Una de las condiciones para postular al cargo y permanecer en él por dichos períodos, es que la persona se encuentre calificada en lista 1, de distinción;

6°. Que, por su parte, la Ley N° 19.296, del año 1994, permite que los trabajadores de la Administración del Estado constituyan asociaciones de funcionarios. La afiliación a estas asociaciones es voluntaria, personal e indelegable (artículo 3°), sin que pueda condicionarse el empleo de un trabajador a la afiliación o desafiliación a una de estas asociaciones (artículo 5°).

Dichas agrupaciones no pueden perseguir fines de lucro (artículo 7°) y tienen las funciones clásicas de todo sindicato: representación, fiscalización y bienestar, asistencia y ayuda (artículo 7°, Ley N° 19.296).

La ley establece que corresponde que los afiliados a la asociación elijan a sus dirigentes (artículo 23), quienes duran dos años en sus cargos, pudiendo ser reelegidos (artículo 24). Para cumplir sus tareas, la ley les reconoce, de un lado, el fuero. Los directores de las asociaciones “*gozarán de fuero, esto es, de inamovilidad en sus cargos, desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de haber cesado en el mandato como tales, siempre que la cesación en él no se hubiere producido por censura de la asamblea de la asociación*”

*o mediante aplicación de la medida disciplinaria de destitución, ratificada por la Contraloría General de la República*". Por el otro, los dirigentes tienen derecho a los permisos necesarios para ausentarse de sus labores para cumplir sus funciones (artículo 31 y siguientes);

### **III. LA EXISTENCIA DE UN VERDADERO CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD.**

7°. Que para rechazar el presente requerimiento se sostiene lo siguiente. En primer lugar, que aquí no se ha afectado el fuero sindical, pues lo que pasó fue que la señora Castillo perdió un requisito para permanecer en el cargo de tercer nivel, al no ser calificada en lista 1, sino que en lista 2. Cesó, en consecuencia, por pérdida de un requisito habilitante para permanecer en el cargo. Por lo mismo, cesó por causa legal; no se la destituyó. Lo contrario, se concluye, significaría mantener a alguien que no reúne los requisitos que la ley establece para ocupar el cargo respectivo. El fuero no protege de decisiones legales, sino sólo de decisiones administrativas. Como la Contraloría ha señalado, si el cese de funciones viene determinado por la ley, no se afecta la inamovilidad; el cese opera con prescindencia del fuero (dictámenes 36908/05, 55190/78, 41605/79, 11194/95, 36047/95, 32461/2013). Si se aplica o no el fuero del artículo 25 de la Ley N<sup>º</sup> 19.296, es algo que debe resolver el juez del fondo;

8°. Que no compartimos que estemos ante un conflicto de legalidad. Es claro que es un razonamiento de legalidad que si la ley estableció determinados requisitos y éstos se perdieron, el funcionario respectivo debe cesar en el cargo.

Sin embargo, en este razonamiento, el fuero no es relevante. Es como si no existiera ninguna diferencia entre una persona con fuero y sin fuero. En ambos casos, la pérdida de los requisitos generaría la pérdida del cargo.

Además, aquí no se está discutiendo si cesó por una causa legal. Lo que se discute en el presente recurso es si esa causa legal es compatible con determinadas normas constitucionales, respecto de una persona que tiene fuero. Por eso, afirmar que el fuero no protege de decisiones legales, sino sólo de decisiones administrativas, no es un argumento, porque lo que se nos pide es examinar si esa decisión legal es conforme a la Constitución;

9°. Que también se sostuvo en estrados que la norma no es decisiva, porque el plazo de nombramiento en el cargo venció el 16 de octubre de 2012.

Sin embargo, debemos considerar que la requirente presentó oportunamente su reclamo ante los tribunales, en julio de 2012, tres meses antes que venciera su período. También que la medida se encuentra paralizada por una orden de no innovar de la Corte de Apelaciones, que acogió el

recurso de protección. Y que en la apelación efectuada por el Ministerio de la sentencia de 25.10.2012, la afectada presentó un recurso de inaplicabilidad el 5.11.2012. Asimismo, que la requirente recibió el último dictamen de la Contraloría General de la República, por el reclamo que formuló ante esa instancia, el 4 de junio de 2012.

La norma es decisiva, además, porque fue invocada expresamente tanto en el recurso de protección como en la sentencia de la Corte de Apelaciones respectiva;

**10°.** Que, asimismo, se sostiene que este asunto puede ser resuelto por los jueces del fondo sobre una interpretación legal, toda vez que la Ley N° 19.296 es del año 1994 y la Ley N° 19.882, que estableció la norma impugnada, es del año 2003. Por lo tanto, habría un problema de derogación tácita.

Consideramos que ello es un problema del juez del fondo. En el presente requerimiento no nos han pedido declarar derogado el artículo 25 de la Ley N° 19.296. Lo que nos han solicitado es la inaplicabilidad de un precepto del Estatuto Administrativo que prescinde de toda consideración al fuero. Y eso está dentro del ámbito de nuestras atribuciones;

#### IV. EL FUERO.

**11°.** Que, antes de entrar a hacernos cargo de los argumentos, queremos dejar sentadas dos variables del análisis que procederemos a hacer. Por una parte, cómo se entiende el fuero sindical. Por la otra, cuáles son los criterios interpretativos que guiarán nuestra decisión.

En relación a lo primero, el fuero de que gozan los dirigentes sindicales es una protección legal y temporal para que puedan desempeñar sus funciones correctamente, ajenos a presiones o represalias. Como dice Guido Macchiavello, el fuero *“es una forma de “protección legal” a la “vulnerabilidad” que afecta a un trabajador por ejercitar funciones de dirigente, en las que, en representación de los afiliados, debería controvertir posiciones del empleador para conseguir un mejoramiento laboral, retributivo y de las condiciones de vida de los trabajadores”* (Derecho colectivo de Trabajo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, pág. 340). Otro autor agrega que el objetivo de esta protección es *“posibilitar la absoluta libertad de los trabajadores en el ejercicio de sus derechos sindicales, precaviendo, especialmente, cualquier represalia por parte del empleador; particularmente el despido”* (Gamonal Contreras, Sergio; Derecho colectivo del Trabajo; 2a. edición, Editorial Abeledo Perrot, Santiago, 2011, pág. 454);

**12°.** Que el fuero sindical es uno de los mecanismos destinados a asegurar la tutela o protección de la libertad sindical. Esta, más que una libertad, es un derecho, señala Sergio Gamonal (ob. cit., pág. 56). Consiste en aquel derecho de los trabajadores y sus agrupaciones para organizarse

y defender sus intereses comunes. Tiene dos dimensiones: la dimensión individual y la dimensión colectiva de ella. En la individual, se mira a los trabajadores sin considerarlos agrupados en una organización. En la colectiva, en cambio, se mira a los trabajadores ya constituidos en sindicatos. En la primera, se encuentra la libertad de constituir las organizaciones sindicales y la de afiliarse y desafiliarse. En la segunda, se encuentra la de fijar y reglamentar sus estatutos, la de elegir a sus representantes, la de decidir la disolución del sindicato y la de actuación sindical (Gamonal, Sergio; ob. cit., págs. 59, 66). La libertad sindical tiene consagración constitucional en distintos preceptos: artículo 19, N<sup>º</sup> 15, N<sup>º</sup> 16 y N<sup>º</sup> 19;

**13°.** Que los mecanismos destinados a garantizar la tutela de la libertad sindical pueden ser autónomos o heterónomos. Estos últimos son los que brinda el Estado. Pueden provenir de la ley, de la Administración, de los tribunales (Toledo Corsi, César; Tutela de la libertad sindical; Abeledo Perrot, Santiago, 2013, pág. 55). Sergio Gamonal sostiene que, además del fuero, otros mecanismos destinados a proteger esta libertad son la sanción de las prácticas antisindicales, la fiscalización y los reclamos jurisdiccionales (ob. cit., págs. 447 y siguientes);

**14°.** Que quien goza de fuero tiene más que una mera estabilidad, porque tiene una inamovilidad. Quien goza de estabilidad puede ser despedido por ciertas y determinadas causales; quien goza de fuero, no puede ser despedido a menos que la causal que se invoque sea calificada previamente. La facultad de despido se convierte en una mera propuesta;

**15°.** Que el fuero tiene ciertas características. Por de pronto, es temporal; es una protección transitoria. También es un beneficio personalísimo. Asimismo, produce la inamovilidad, que exige autorización para poner término a la relación laboral;

**16°.** Que, sin embargo, cabe precisar que el fuero opera en distintas dimensiones de la actividad laboral. Desde luego, opera como un mecanismo de protección frente al despido. También restringe la posibilidad que tiene el empleador de cambiar aspectos del trabajo propiamente tal. Finalmente, puede abarcar otras dimensiones que contempla el legislador.

Tratándose de las asociaciones de funcionarios, el fuero implica la inamovilidad en sus cargos (artículo 25, inciso primero, Ley N<sup>º</sup> 19.296), el que no puedan ser trasladados de la localidad o de la función que desempeñen, sin su autorización por escrito (artículo 25, inciso segundo) y no pueden ser calificados anualmente, salvo que expresamente lo solicite el dirigente (artículo 25, inciso tercero);

**17°.** Que el fuero comienza desde la constitución del sindicato, se extiende durante las funciones del dirigente en el mismo y prolonga sus efectos hasta seis meses después de cesar en el cargo.

Así, tratándose de las asociaciones de funcionarios, los miembros de la directiva de la asociación gozan de fuero desde el momento que se realiza

la asamblea constitutiva (artículo 11, Ley N° 19.296); durante toda su gestión como representantes (artículo 25) y hasta seis meses después de haber cesado su mandato como tales (artículo 25);

## V. CRITERIOS INTERPRETATIVOS.

18°. Que los criterios interpretativos que guiarán nuestro razonamiento son los siguientes.

En primer lugar, la Constitución garantiza la autonomía de los sindicatos (artículo 19, N° 19). Esta implica la capacidad de regirse con libertad y sin interferencias (Cea Egaña, José Luis; Derecho Constitucional chileno; Ediciones PUC, Santiago, 2012, pág. 501). Es la “*independencia que ha de reconocerse a la agrupación de índole laboral para desarrollar su actividad propia*” (Silva Bascuñán, Alejandro; Tratado de Derecho Constitucional; tomo XIII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, pág. 345). Dicha autonomía es lo que, como ya vimos, en el ámbito laboral se llama libertad sindical.

La Constitución garantiza respecto de toda asociación su autonomía como cuerpo intermedio (artículo 1°). En relación a ésta, esta Magistratura ha sostenido lo siguiente:

“...se configura, entre otros rasgos esenciales, por el hecho de regirse por sí mismas; esto es, por la necesaria e indispensable libertad para organizarse del modo más conveniente según lo dispongan sus estatutos, decidir sus propios actos, la forma de administrarse y fijar los objetivos o fines que deseen alcanzar, por sí mismas y sin injerencia de personas o autoridades ajenas a la asociación, entidad o grupo de que se trata. No significa ello, en modo alguno, que puedan estos entes actuar de manera ilegal, dañosa o ilícita, amparándose en la referida autonomía, ya que de incurrir en excesos en su actuación quedan, obviamente, sujetos a las responsabilidades consecuenciales”. (STC Rol 184/94). La autonomía “es la potestad o capacidad de gobierno, mediante autoridades y normas propias, que incumbe a cada grupo intermedio. Autonomía es, en este sentido, libertad de formación, de organización y actuación frente al Estado y a otros grupos. El Estado, entonces, señala el marco normativo global dentro del cual los grupos intermedios se desenvuelven, pero se compromete a respetar el derecho de ellos a dictar su normativa y a hacerla cumplir por medios propios” (Cea, J.L.; ob. cit., pág. 178). La autonomía implica que no exista “intromisión de personas o autoridades ajenas a la asociación o grupo” y que la autoridad pública no intervenga “sino en la medida que infrinjan el ordenamiento o su propio estatuto o ley social” (STC Rol 226/95). Por eso, lo que les garantiza la Constitución es “la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”. “Adecuada” significa “apropiada, proporcionada o conveniente para los fines específicos del grupo” (Cea, J.L.; ob. cit., pág. 178). De ahí que si intervienen “indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos”, son sancionables en conformidad a la ley (artículo 23 constitucional); (STC Rol N° 1.295).



Sin embargo, la Constitución ha querido reforzar la autonomía de los sindicatos, volviendo a reiterar en el artículo 19, N<sup>º</sup> 19, lo que ya establecía en su artículo 1<sup>º</sup>. Si bien el Estado debe amparar a los grupos intermedios, y por tanto protegerlos (STC Rol N<sup>º</sup> 1.295), dicho reforzamiento se entiende porque la Constitución manda que el legislador debe contemplar los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones. Con ello, la Constitución no establece un amparo general de autonomía, sino un mandato específico al legislador para actuar en tal sentido.

Entre las materias que el legislador debe considerar para cumplir ese mandato, se encuentra el que los dirigentes tengan fuero laboral (Silva Bascuñán, A.; ob. cit., pág. 348. En el mismo sentido, Nogueira Alcalá, Humberto; Derechos fundamentales y garantías constitucionales; tomo 3, Editorial Librotecnia; Santiago, 2009, pág. 556);

**19º.** Que la libertad sindical tiene un amplio reconocimiento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El artículo 23, inciso cuarto, de la Declaración Universal de Derechos Humanos lo indica con claridad al sostener que *“toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”*. La Convención Americana de Derechos Humanos, a su vez, reconoce en el artículo 16 el *“derecho a asociarse libremente con fines (...) laborales”*. Pero la regulación más exhaustiva la encontramos en el artículo 8.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). En ella, *“los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos”*. (...) Asimismo, se cautela: *“c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos”*. Por su parte, el artículo 8.2 establece la posibilidad de someter a restricciones este derecho para los miembros *“de la administración del Estado”*, pero con un límite en el artículo 8.3: *“nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.”*;

**20º.** Que, para efectos de identificar el límite a la posibilidad de establecer restricciones al derecho de sindicación de funcionarios públicos y mecanismos de protección a sus dirigentes, la legislación internacional

específica que regula la materia es el Convenio N° 151 de la Organización Internacional del Trabajo, denominado “Convenio sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública”. En su artículo 4.2 se indica que *“dicha protección se ejercerá especialmente contra todo acto que tenga por objeto: (...) b) despedir a un empleado público, o perjudicarlo de cualquier otra forma, a causa de su afiliación a una organización de empleados públicos o de su participación en las actividades normales de tal organización.”* De la misma manera, el artículo 5.2 garantiza que *“las organizaciones de empleados públicos gozarán de adecuada protección contra todo acto de injerencia de una autoridad pública en su constitución, funcionamiento o administración”*. El Convenio N° 151 es derecho interno por disposición del Decreto Supremo N° 1.539, publicado en el Diario Oficial el 26 de diciembre de 2000;

**21°.** Que, en síntesis, es un contenido esencial de protección de la libertad sindical, en el nivel de los funcionarios públicos, la existencia de un fuero que garantice su autonomía. Y que este mecanismo de tutela proteja contra actos directos e indirectos que lo afecten. Así como no hay sindicatos sin afiliados, tampoco hay asociaciones sin dirigentes que las representen, constituyendo el núcleo del contenido esencial que protege este derecho y libertad;

**22°.** Que, en segundo lugar, si bien los funcionarios públicos están sujetos a un régimen estatutario y, por lo mismo, no negocian sus condiciones laborales, porque éstas están establecidas en la ley, siendo indisponibles para ellos, ello no significa que no tengan derechos.

En efecto, la Constitución reconoce una titularidad amplia de derechos constitucionales. El artículo 19 comienza señalando que la Constitución asegura *“a todas las personas”* ciertos derechos. En esa amplia titularidad caben los funcionarios públicos.

La Constitución consagra, entonces, que los funcionarios, al igual que el resto de las personas, sean titulares de los derechos fundamentales que ella asegura.

De hecho, la Constitución se preocupa de establecer directamente algunas restricciones en el ejercicio de ciertos derechos. Así, por ejemplo, los funcionarios públicos no pueden declararse en huelga (artículo 19, N° 16°); y las Fuerzas Armadas y Carabineros son cuerpos *“esencialmente obedientes y no deliberantes”* (artículo 101).

Por lo demás, la titularidad de derechos constitucionales por parte de funcionarios públicos ha sido reconocida por esta Magistratura, de modo general (STC Rol N° 1.990) y de modo particular respecto de ciertos derechos (por ejemplo, STC Rol N° 640) y en relación a los correos electrónicos en particular (STC roles N°s 2.153 y 2.246);

**23°.** Que, en tercer lugar, la Constitución señala que el personal de la Administración se rige por principios de carácter técnico y profesional

(artículo 38). Lo mismo reitera el artículo 17 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Como una consecuencia de ello, el Estatuto Administrativo establece el proceso de calificación anual de los funcionarios. Dicha calificación tiene “*por objeto evaluar el desempeño y las aptitudes de cada funcionario, atendidas las exigencias y características de su cargo, y servirá de base para la promoción, los estímulos y la eliminación del servicio*” (artículo 32).

Dicho principio organizativo debe ser ponderado frente a los derechos que pueda tener cada funcionario, porque, en caso de conflicto, deben primar estos últimos, toda vez que en ellos está envuelta, por una parte, la dignidad de las personas (artículo 1<sup>º</sup>) y, por la otra, el compromiso de la Constitución de asegurar a todas las personas ciertos derechos (artículo 19, N<sup>º</sup> 1), de modo que la soberanía queda limitada por estos derechos esenciales (artículo 5<sup>º</sup>).

De ahí que en el presente caso no esté en juego la necesidad de que quienes ocupen cargos sujetos a la Alta Dirección Pública, estén sometidos a estos estándares, como estar calificados en lista 1. Lo que está en discusión es si esos estándares deben primar incluso sobre el fuero laboral;

## VI. SE VULNERA EL ARTÍCULO 19, N<sup>º</sup> 19.

24<sup>º</sup>. Que el requerimiento sostiene que el precepto impugnado hace inviable la autonomía de las asociaciones de funcionarios, porque prescinde de toda consideración del fuero de sus dirigentes;

25<sup>º</sup>. Que partamos por señalar que, en el presente caso, la requirente no perdió su calidad de dirigente por la medida de cese en el cargo. Tampoco cesó en la institución, pues volvió a su cargo original. Lo que perdió fue su cargo de jefe del Departamento Regional de la Secretaría Regional Ministerial de la Región Metropolitana del Ministerio de Desarrollo Social, por no ser calificada en lista 1;

26<sup>º</sup>. Que consideramos que el alegato de la requirente tiene asidero, por las siguientes razones. En primer lugar, recordemos que el fuero es una de las manifestaciones de la autonomía sindical, y que al legislador la Constitución le encarga contemplar los mecanismos que la aseguren.

Pues bien, para todos los trabajadores sujetos a fuero, hay inamovilidad; para los de la Alta Dirección Pública, el desafuero no existe, en el caso que sean calificados en lista 2.

Es un hecho que otros funcionarios dirigentes, no sujetos a la Alta Dirección Pública, tendrían inamovilidad en base al fuero, de no obtener una calificación en lista 1. En cambio, los sujetos a este mecanismo de reclutamiento y selección de personal para los niveles superiores del aparato público, son cesados en el cargo por el solo hecho de obtener una calificación en lista 2, sin atención o consideración al fuero.

Como se observa, el legislador, en la norma impugnada, no ha cumplido el mandato constitucional de asegurar la autonomía de la organización sindical, pues prescinde del fuero;

**27°.** Que, en segundo lugar, el compromiso de la autonomía sindical está dado por lo siguiente. Quienes realizan el proceso de calificación en el sistema público, son los funcionarios de más alto nivel de la repartición (artículo 35, Estatuto Administrativo), quienes deben integrar las juntas calificadoras regionales y la junta central. Preside la junta el funcionario de más alto nivel jerárquico que la integra (artículo 36). La calificación de los funcionarios es llevada a cabo por dicha junta en base a la precalificación del jefe directo del funcionario (artículo 41).

Como se observa, las labores propias de los dirigentes gremiales de representación y de fiscalización son desempeñadas frente a las autoridades que califican a los dirigentes.

Haciéndose cargo de esta realidad, la ley establece que el dirigente no debe ser objeto de calificación, salvo que lo pida expresamente. Si no lo solicita, rige su última calificación (artículo 25, Ley N° 19.296).

En autos no consta que la dirigente haya optado por someterse al proceso de calificación en el período 2010-2011.

Sin embargo, el hecho de que la permanencia en un cargo dependa de calificaciones que determinan las jefaturas, ante quienes los dirigentes calificados deben hacer valer los intereses de la organización que representan, viabiliza las prácticas antisindicales. Es decir, todas aquellas acciones u omisiones que cuestionan o afectan la defensa o promoción de los intereses de los trabajadores y, en general, la libertad sindical.

La Ley N° 19.296 expresamente señala que prohíbe dos tipos de conducta en esta materia. De un lado, está prohibido impedir o dificultar la afiliación que quiera realizar un funcionario a una asociación (artículo 5°). Del otro, está prohibido perjudicar a un funcionario *“en cualquier forma por causa de su afiliación o de su participación en actividades de la asociación”* (artículo 5°);

**28°.** Que, en tercer lugar, la inamovilidad del fuero se afecta seriamente si el funcionario dirigente pierde su cargo como trabajador por el solo hecho de la mala calificación, sin que exista ningún otro procedimiento, que no sea la notificación de cese. Ello, en la práctica, suprime el fuero, pues éste consiste en que el cese en el cargo requiera una calificación externa;

**29°.** Que, en definitiva, la norma impugnada afecta la autonomía sindical, en su expresión del fuero de los dirigentes, porque permite el cese en el cargo, sin consideración a la inamovilidad que aquél implica;

**30°.** Que, por todo lo anterior, estos disidentes son partidarios de acoger el presente requerimiento.

Redactó la sentencia el Ministro señor Domingo Hernández Emparanza, y la disidencia, el Ministro señor Carlos Carmona Santander. Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N<sup>º</sup> 2.344-2012**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora Marisol Peña Torres, y por los Ministros señores señor Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza y señora María Luisa Brahm Barril. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

**ROL N<sup>º</sup> 2.345-2012**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 166 Y 171,  
INCISO SEGUNDO, DEL CÓDIGO SANITARIO, DEDUCIDO POR  
THYSSENKRUPP ACEROS Y SERVICIOS S.A.**

Santiago, veintidós de noviembre de dos mil doce.

**VISTO Y CONSIDERANDO:**

**1º.** Que, con fecha 6 de noviembre del año en curso, Alberto Labbé Valverde y Javier Laso Ulloa, en representación convencional de Thyssenkrupp Aceros y Servicios S.A., han deducido un requerimiento ante esta Magistratura Constitucional a fin de que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 166 y del inciso segundo del artículo 171 del Código Sanitario, en el marco del recurso de casación en el fondo caratulado "THYSSENKRUPP ACEROS Y SERVICIOS S.A. CON FISCO DE CHILE-SEREMI DE SALUD DE ANTOFAGASTA", que se encuentra actualmente pendiente ante la Corte Suprema, Rol C.S. N<sup>º</sup> 5209-2011;

**2º.** Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6º, de la Constitución, es atribución de este Tribunal "*resol-*

*ver, 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 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”;*

**3°.** Que, por su parte, el artículo 84 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, establece que:

*“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.”;*

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

**5°.** Que, conforme ha destacado la jurisprudencia de esta Magistratura, el que la aplicación de un precepto legal haya de resultar decisiva en la resolución de un asunto supone que el Tribunal Constitucional debe efectuar *“un análisis para determinar si de los antecedentes allegados al requerimiento puede concluirse que el juez necesariamente ha de tener en cuenta la norma legal*

que se impugna, **para decidir la gestión.**”(STC roles N<sup>os</sup> 668, 809, 1.225, 1.493, 1.780 y 2.193) (énfasis agregado);

**6º.** Que esta Sala ha logrado formarse convicción en cuanto a que la acción constitucional deducida no puede prosperar, toda vez que la aplicación de las disposiciones impugnadas no resulta decisiva en la resolución de la gestión pendiente, configurándose, de esta manera, la causal de inadmisibilidad contemplada en el numeral 5º del ya transcrito artículo 84 de la Ley Orgánica de esta Magistratura.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6º, e inciso undécimo, y en los preceptos citados y pertinentes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**Que se declara inadmisibile el requerimiento deducido a fojas 1.**

Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada por resolución de fojas 124 y siguientes. Comuníquese a la Corte Suprema, oficiándose al efecto.

**Se previene que el Ministro señor Vodanovic estuvo por declarar inadmisibile el requerimiento,** por no estar a su juicio razonablemente fundado, al plantear un problema de interpretación legal de las normas impugnadas y no de constitucionalidad.

**Acordada con el voto en contra del Ministro señor Aróstica,** quien estuvo por declarar admisible el requerimiento, por estimar que los preceptos impugnados tienen carácter decisorio en la resolución de la gestión pendiente.

Notifíquese y archívese.

**Rol N<sup>º</sup> 2.345-2012**

Se certifica que el Ministro señor Fernández no firma, no obstante haber concurrido al acuerdo por encontrarse con permiso.

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente Subrogante, Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake y por los Ministros señores Francisco Fernández Fredes, Iván Aróstica Maldonado y Domingo Hernández Emparanza. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgún.

ROL Nº 2.346-2012

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 34 Y 35  
DEL D.F.L. Nº 2 DE 1967, DEL MINISTERIO DEL TRABAJO  
Y PREVISIÓN SOCIAL, DEDUCIDO POR TRANSPORTES  
EXPRESO NORTE AC LIMITADA

Santiago, dieciséis de enero de dos mil catorce.

**VISTO:**

Con fecha 8 de noviembre del año 2012, el abogado Marco Rosso Bavecovic, en representación judicial de Transportes Expreso Norte AC Limitada, ha deducido un requerimiento a fin de que esta Magistratura Constitucional declare, con costas, la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 34 y 35 del D.F.L. Nº 2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que dispone la reestructuración y fija las funciones de la Dirección del Trabajo, para que surta efectos en la causa sobre reclamación de sanción administrativa de clausura, caratulada “TRANSPORTES EXPRESO NORTE AC LIMITADA CON INSPECCIÓN DEL TRABAJO SANTIAGO NORTE”, Rol I.C. 1449-2012, que se encuentra actualmente pendiente ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, para conocer del recurso de nulidad interpuesto por la reclamada en contra de la sentencia dictada por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, que acogió la reclamación y, en consecuencia, dejó sin efecto la sanción aplicada, el que, al momento de decretarse la suspensión del procedimiento por este Tribunal había sido declarado admisible y se encontraba en tabla, pendiente su vista.

Los preceptos impugnados disponen:

**Artículo 34°:**

*“En todos aquellos casos en que los Inspectores del Trabajo puedan aplicar multas administrativas, las reincidencias podrán ser sancionadas, además, con la clausura del establecimiento o faena, cuando ello fuere procedente, hasta por diez días, que será aplicada por el Inspector que constate la reincidencia.”*

**Artículo 35°:**

*“Se entiende por reincidencia la nueva infracción que se cometa dentro de los dos años siguientes a la fecha de la última multa o clausura.”*

Sostiene la parte requirente que las normas impugnadas pueden resultar decisivas en la resolución del asunto que constituye la gestión pendiente, porque de acogerse el recurso de nulidad tendrán necesariamente aplicación en el nuevo fallo que se deberá dictar, sea por la Corte de Apelaciones o por el Juzgado del Trabajo, dependiendo de cuál sea



la causal que se acoja, lo que infringiría lo dispuesto en los artículos 6<sup>º</sup>, 7<sup>º</sup>, 19, numerales 3<sup>º</sup> y 21<sup>º</sup>; 63, N<sup>º</sup> 14<sup>º</sup>, y 18<sup>º</sup>, y 65, inciso 4<sup>º</sup>, N<sup>º</sup> 2<sup>º</sup>, de la Constitución Política.

En primer término, en lo tocante a la infracción del numeral 3<sup>º</sup> del artículo 19 de la Carta Fundamental, señala que las normas impugnadas no respetan los principios y garantías que el debido proceso exige para imponer sanciones administrativas, ya que no existe un procedimiento en que el afectado con la medida de clausura pueda plantear sus alegaciones y acreditarlas con medios de prueba, agregando que ni el Código del Trabajo ni el D.F.L. N<sup>º</sup> 2 contienen un procedimiento para aplicar la referida sanción.

Agrega que el artículo 36 del D.F.L. N<sup>º</sup> 2 establece que se podrá reclamar dentro de tercero día ante los Juzgados del Trabajo y la reclamación se sujetará al procedimiento establecido en el artículo 7<sup>º</sup> de la Ley 16.455, sin embargo, esta ley fue derogada el 14 de agosto de 1981, por lo que existiría un vacío legal, en razón de lo cual se reclamó conforme al procedimiento monitorio establecido en el artículo 504 del Código del Trabajo, que contempla la reclamación judicial de sanciones administrativas distintas a multa, destacando el hecho de que la reclamación contra la sanción más grave se tramite conforme a este procedimiento, en cambio, las reclamaciones de sanciones de multa cuya cuantía sea superior a 10 ingresos mínimos mensuales se tramiten conforme al procedimiento ordinario.

En cuanto a la infracción a los artículos 6<sup>º</sup>, 7<sup>º</sup> y 63 N<sup>º</sup> 18<sup>º</sup> de la Constitución, sostiene que, en la especie, se aplica una sanción que se funda en preceptos legales que no satisfacen la exigencia constitucional de que las bases del procedimiento administrativo sancionador estén fijadas legalmente, señalando al respecto que ninguna de las reglas que establecen las bases de la facultad sancionatoria se encuentran contenidas en la ley, sino que la propia autoridad administrativa en uso de sus facultades normativas (art. 5 f) D.F.L. N<sup>º</sup> 2) lo reguló internamente dictando: a) la Orden de Servicio N<sup>º</sup> 4/2001, que sistematiza y actualiza la regulación de los procedimientos de fiscalización y sus efectos jurídicos, y b) la Circular N<sup>º</sup> 88/2001, que establece el Manual de Procedimientos de Fiscalización, normativa que no contempla principios para asegurar los derechos del administrado.

Agrega que las normas no respetan el principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas, ya que no contienen un criterio que permita graduar la aplicación de la sanción.

Sostiene además la requirente que las normas impugnadas no respetan el test de proporcionalidad en la afectación del derecho a desarrollar una actividad económica, ya que importan la privación del ejercicio de una actividad comercial por cierto tiempo, lo que se encuentra prote-

gido en el N° 21° del artículo 19 de la Carta Política, argumentando al efecto que la sanción carece de justificación desde el momento en que el menoscabo o limitación es mayor que el beneficio que se obtiene ya que deja vigentes todas las obligaciones laborales, previsionales, etc., lo que puede derivar incluso en la quiebra de la empresa, existiendo el peligro de privarla definitivamente del derecho constitucional a desarrollar una actividad económica lícita, con lo que el ejercicio legítimo se entraba más allá de lo razonable, no pasando el test de proporcionalidad, al no ser idónea ni proporcional.

Aduce que las normas cuestionadas tienen por objetivo el evitar la ocurrencia de conductas que el legislador considera más graves, desde el punto de vista infraccional, por lo que la eventual clausura debiera servir como estímulo para que los empleadores hagan todos sus esfuerzos en orden a no incurrir en infracciones que puedan ser consideradas de mayor gravedad por parte del ordenamiento jurídico, sin embargo, indica, el medio es inidóneo, ya que los preceptos legales impugnados otorgan una habilitación extremadamente amplia y no reglada para sancionar las posibles infracciones laborales, ya que para que proceda la sanción de clausura no se requiere que la nueva infracción haya sido grave, bastando con una nueva infracción, procediendo incluso con dos sanciones leves.

En cuanto a la infracción de los artículos 6° y 7° de la Carta fundamental, sostiene que al ser una potestad discrecional, sólo podría producirse legítimamente respetando los elementos reglados que condicionan la atribución, sin embargo, en la especie no hay elementos reglados, no hay parámetros, de manera que no hay seguridad de las conductas que hay que seguir para evitar la sanción ni cuál será la escala de gravedad, no siendo, en consecuencia previsible su aplicación.

Finalmente, sostiene que se vulnera la garantía del “*non bis in idem*” amparada en el N° 3° del artículo 19 de la Constitución, al permitir considerar las 57 infracciones anteriores, ya sancionadas con multa para usarlas como fundamento para castigar a la empresa, esta vez con clausura.

En cuanto a los antecedentes de la gestión pendiente, de los documentos acompañados por las partes, que obran en autos a fojas 69 y siguientes y a fojas 405 y siguientes, se desprende que por Resolución N° 25, de fecha 30 de julio del año 2012, se aplicó a la empresa requirente la sanción administrativa de clausura por 10 días del servicio de transporte interurbano en el tramo Santiago-Copiapó/Copiapó Santiago y puntos intermedios, como resultado de la fiscalización efectuada con fecha 19 de julio del año 2012, con ocasión del accidente carretero de un bus de dicha empresa que volcó, causando la muerte de uno de sus trabajadores y heridas de diversa consideración en otros dos choferes y en pasajeros, en la que se constató principalmente infracciones a los artículos 25 y 33 del Código del Trabajo sobre distribución de la jornada de trabajo y descansos.

La resolución en cuestión en el punto 4 hace referencia a la comunicación dirigida a las empresas del rubro en el mes de junio de ese mismo año, en atención a las graves consecuencias que produce el incumplimiento de las normas laborales, advirtiendo sobre la relevancia de la materia y de futuras fiscalizaciones, así como la eventualidad de la clausura ante reincidencias en la comisión de infracciones, lo que en la especie se tradujo en la remisión a la empresa requirente del Oficio Ord. N<sup>º</sup> 2611, de fecha 11 de junio de ese año.

En el punto 6, la referida resolución señala que se han recopilado los antecedentes laborales de la empresa, verificándose que ha incurrido en diversas infracciones a la normativa laboral, lo que ha motivado la aplicación de 57 multas administrativas, por diversas infracciones a la normativa laboral, que se encuentran ejecutoriadas, cuya nómina se adjunta a la misma y, en el punto 8 indica que *“la medida de clausura, en tanto sanción de alta gravedad se ha determinado aplicar a aquellos casos calificados que, por su magnitud y características, impliquen una reincidencia infraccional que significativamente conculque bienes jurídicos superiores o el orden público laboral, tal como ha ocurrido en la especie, desde que los incumplimientos de la normativa sobre jornada de trabajo y descansos resulta particularmente graves en el sector transporte interurbano de pasajeros, por cuanto no sólo afecta la vida e integridad de los trabajadores de la empresa infractora, sino también la de las personas que transportan, afectando además la seguridad vial.”*

En contra de la referida resolución se dedujo reclamación judicial, que, en cuanto al fondo se funda en que la sanción dice relación con una cuestión de muy difícil control patronal, toda vez que los choferes no marcan oportunamente los inicios y términos de la conducción en ruta e incluso realizan intervenciones o sabotajes a los sistemas de control, con lo que no bastaría con el reporte del sistema SINACH para establecer con certeza que una persona condujo más horas de las debidas o no tuvo los descansos que por ley le corresponden.

La sentencia recaída en el reclamo, que rola a fojas 90 y siguientes de autos, en el punto 14 trata sobre los hechos inconcusos en el proceso, estableciendo en la letra d): *“Que el mecanismo que la autoridad administrativa dispone para fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones que configuran la jornada, los topes de conducción continua y, por ende, los descansos obligatorios es el regulado en la Resolución N<sup>º</sup> 1081 de la propia denunciada”,* para luego en la letra e) indicar: *“ Que el sistema de registro automático y los dispositivos GPS de los buses le permiten a la autoridad fiscalizadora desde un testeo simple de cotejo de información fidedigna (control de ubicación íntegra del bus) verificar la veracidad del registro de asistencia, cuestión que en este caso, según el jefe de fiscalización no se hizo, produciéndose errores demostrados en el proceso en la imputación fáctica que imponen acoger la reclamación y dejar sin efecto la sanción de clausura.”*

Para finalmente, en el punto 15 señalar que en la especie no se han cumplido los estándares de certeza que debe cumplir la autoridad administrativa para ejercer una correcta potestad sancionatoria...”*al no cotejarse la información recabada desde una fuente de registro informático con otra de igual naturaleza, acción imperativa con vista a la aplicación de una sanción grave como la clausura.*”

En contra de la referida sentencia la parte reclamada interpuso recurso de nulidad, fundado en primer término en la causal contemplada en el artículo 477, inciso primero, del Código del Trabajo, esto es, “*en haberse dictado la sentencia con infracción de ley que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo*”, por haberse dictado la sentencia en contravención a texto expreso, ya que sostiene, que conforme al sentenciador, la asistencia, las horas de trabajo y los descansos de los trabajadores ya no se controlan en la forma establecida en el artículo 33 y en la Resolución N° 1081, sino que debe recurrirse además a otros medios diversos, exigiendo fiscalizar más allá del ámbito del artículo 505 del Código del Trabajo.

En subsidio, invocó la causal establecida en el artículo 478 letra c) del Código del Trabajo, esto es, *cuando sea necesaria la alteración de la calificación jurídica de los hechos, sin modificar las conclusiones fácticas del tribunal inferior*, fundado en la errada calificación de los hechos que llevó al sentenciador a concluir que la Dirección del Trabajo no actuó con estándares de certeza en la revisión del registro de asistencia.

Por resolución de fecha 14 de noviembre del año 2012, escrita a fojas 338, la Primera Sala de esta Magistratura admitió a trámite el requerimiento y decretó la suspensión del procedimiento en que incide, y con fecha 19 de diciembre del mismo año lo declaró admisible, con el voto en contra de los señores Ministros Fernández y Hernández, quienes estuvieron por declararlo inadmisibile, por no ser decisivos los preceptos impugnados en la resolución de la gestión pendiente, según se lee a fojas 368 y siguientes.

Con fecha 27 de diciembre de 2012 se confirmó traslado para formular observaciones por 20 días a los órganos constitucionales interesados y a la Inspección Comunal del Trabajo Santiago Norte, en su calidad de parte en la gestión pendiente, evacuándolo sólo esta última con fecha 8 de enero de 2013, solicitando el rechazo del requerimiento en todas sus partes, con expresa condena en costas, en razón de los fundamentos de forma y fondo que expone en su escrito que rola a fojas 379 y siguientes.

Luego de referirse a los antecedentes de la gestión pendiente, expone los argumentos formales por los que el presente requerimiento debiera ser desechado por esta Magistratura, señalando en primer término, que no existe perjuicio que afecte al requirente, puesto que la sanción de clausura se dejó sin efecto, lo que eliminó cualquier interés que legitime la interposición de la presente acción, al no existir una vulneración constitucionalmente tutelable por el derecho vigente, argumento que señala

toma aún más fuerza por el hecho de haber sido suspendidos en su oportunidad los efectos del acto impugnado por el Juzgado Laboral.

Por otro lado sostiene que el requirente no puede solicitar la inaplicabilidad de un precepto ya aplicado en una gestión previa y al respecto señala que en sede laboral ya se agotó el objeto de la gestión pendiente, habiendo obtenido sentencia favorable, lo que evidencia la total inutilidad práctica de la acción de inaplicabilidad impetrada.

En segundo lugar indica que esta Magistratura ha rechazado requerimientos en que por esta vía se han impugnado actos administrativos, citando sentencias al efecto, agregando que en la especie no se está impugnando el artículo 34 de la Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo, sino que la constitucionalidad de la Resolución Exenta 1801, del año 2005, de la misma entidad, que reguló un sistema de jornada y control del proceso de fiscalización de jornada y horas de conducción, así como la resolución de clausura N<sup>º</sup> 25.

Agrega que ni en sede judicial ni en sede administrativa la requirente hizo valer argumento alguno tendiente a impugnar las facultades fiscalizadoras y sancionatorias de la Dirección del Trabajo consagradas en los artículos 33, inciso segundo, y 505 del Código del Trabajo, en relación con los artículos 1<sup>º</sup>, 5<sup>º</sup>, 34 y 35 del D.F.L. N<sup>º</sup> 2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo, siendo esa la instancia para hacerlo.

En tercer lugar argumenta que lo que la requirente pretende es que esta Magistratura Constitucional realice interpretaciones sobre la ley aplicada por la Dirección del Trabajo para cursar la sanción de clausura, proponiendo una cuestión de mera legalidad, que escapa a la competencia de este Tribunal, agregando que ninguno de los preceptos impugnados inciden en la resolución de la gestión judicial invocada, puesto que las causales invocadas por la Dirección del Trabajo en su recurso de nulidad no tienen ninguna vinculación con el artículo 34 impugnado, ya que los únicos preceptos legales alegados como infringidos por la Dirección del Trabajo como influyentes sustancialmente en lo dispositivo del fallo dictado por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo son los artículos 33 y 505 del Código del Trabajo.

Por otro lado, en cuanto a la causal alegada en subsidio para impetrar la nulidad, esto es, *la necesaria alteración de la calificación jurídica de los hechos*, señala que ésta dice relación exclusivamente con el “*criterio de certeza*” que impuso como requisito adicional el fallo impugnado para el ejercicio de las facultades sancionatorias de la Dirección del Trabajo, en forma de deber cotejar la información registrada por el sistema SINACH, con el sistema GPS, cuestionamiento que ninguna vinculación tiene con la norma de la Ley Orgánica que regula la sanción de clausura frente a infracciones contumaces y reiteradas.

Agrega que el requerimiento plantea alegaciones nuevas que se apartan del objeto de la litis que constituye la gestión pendiente, ya que en ella no se planteó ni menos se discutió acerca de la constitucionalidad de la facultad de decretar la clausura, sino que únicamente se cuestionó el mérito de aquélla, que constituye el examen que habrá de realizar la Corte de Apelaciones al conocer y fallar el recurso de nulidad, lo que evidencia que el requerimiento plantea de modo encubierto una cuestión de mera legalidad.

En suma, sostiene, a través de este requerimiento se pretende de forma encubierta cuestionar el sentido y alcance de disposiciones legales que conceden facultades expresas a la Dirección del Trabajo para fiscalizar y sancionar y que en definitiva este Tribunal interprete cuál es el alcance y de qué forma los funcionarios y fiscalizadores de la Dirección del Trabajo deben ejercer las facultades fiscalizadoras y sancionatorias que la ley les ha conferido, materia de conocimiento exclusivo y excluyente de los jueces del fondo.

En cuarto lugar sostiene que el requerimiento no cuestiona la legitimidad de la sanción de clausura, sino que la discrecionalidad que tendría la Dirección del Trabajo para aplicarla, pretendiendo que el Tribunal efectúe un control de mérito de las circunstancias y razonamientos efectuados al aplicar la medida, lo que resulta del todo improcedente, puesto que se trata de una facultad privativa de esta entidad, establecida así en el artículo 505 del Código del Trabajo, en relación con el artículo 1° de la Ley Orgánica del servicio.

A mayor abundamiento indica, la sanción de clausura se aplicó por haberse verificado por la Dirección del Trabajo la comisión por parte de la requirente de un hecho infraccional objetivo y cierto a la legislación laboral, que sigue a una multiplicidad de infracciones a la normativa del ramo, constatadas por la entidad a través de sus propios registros de multas ejecutoriadas cursadas a la empresa requirente dentro de los dos años anteriores, por lo que el análisis que debe efectuar dicha entidad para aplicar la referida sanción recae sobre un elemento objetivo, cual es la reincidencia, cuya concurrencia debe ser examinada por la jurisdicción ordinaria a través de los mecanismos de impugnación que proporciona la normativa vigente.

En cuanto a los fundamentos de fondo por los que debe rechazarse el presente requerimiento, sostiene en primer lugar que el requerimiento pretende encubiertamente impugnar la clausura, que se enmarca dentro de las facultades sancionatorias y fiscalizadoras conferidas a la Dirección del Trabajo para el cumplimiento de sus fines, cuyo ejercicio responde al cumplimiento del principio de legalidad consagrado en la Constitución Política, agregando que este Tribunal ha declarado que no puede entrar a inmiscuirse en la esencia del ejercicio de la función pública, que queda

excluida de su competencia. Cita al efecto sentencias roles N<sup>os</sup> 591, 986 y 1.295.

En segundo lugar señala que la clausura constituye una manifestación de la protección al orden público laboral, agregando que esta facultad que le fue otorgada a la Dirección del Trabajo frente al hecho de que algunas empresas incurren persistente y reiteradamente en infracciones a la legislación laboral y previsional, sin que la circunstancia de impartir instrucciones o aplicar multas resulten un remedio eficaz para un cambio de actitud en su obrar, lo que impide dar debida protección a los derechos laborales y debida aplicación a las normas de orden público sobre higiene y seguridad laboral.

En tercer lugar argumenta que la sanción de clausura constituye una facultad conferida transversalmente por el órgano legislativo a una multiplicidad de órganos de la Administración Pública. Señala numerosos ejemplos y concluye que la clausura es una facultad y herramienta de masiva consagración legislativa, otorgada a una multiplicidad de órganos de la Administración del Estado de la más variada naturaleza para la consecución de sus fines y, principalmente para la protección de derechos de fundamental relevancia para el orden público, por lo que no resulta admisible impugnar en específico la facultad de clausura establecida en el artículo 35 de la Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo sin cuestionar en abstracto al mismo tiempo la consagración legal de esta facultad en cada uno de los órganos que la poseen, lo que carece de toda razonabilidad constitucional, en atención a la relevancia de los bienes superiores que la clausura resguarda.

En cuarto lugar sostiene que las normas impugnadas que establecen la sanción de clausura cumplen con el estándar de determinación legal que exige la Constitución, ya que contienen el núcleo esencial, a saber: la conducta sancionada con clausura está expresamente descrita en la ley: *“En todos aquellos casos en que los Inspectores del Trabajo puedan aplicar multas administrativas, las reincidencias podrán ser sancionadas, además, con la clausura...”*; por otro lado, la sanción está claramente expresada: *“...las reincidencias podrán ser sancionadas, además con la clausura del establecimiento o faena, cuando ello fuere procedente, hasta por 10 días...”* y las condiciones que determinan la aplicación de la sanción están contempladas en la disposición impugnada: *“...será aplicada por el Inspector que constate la reincidencia”*, definiendo en el artículo 35 –también impugnado– qué se entiende por tal.

En quinto lugar indica que la clausura constituye el ejercicio de una facultad sancionatoria discrecional y no arbitraria de la Dirección del Trabajo y al respecto sostiene que la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia ha reconocido la necesidad de que existan potestades discrecionales otorgadas a la autoridad administrativa, limitándose a ejercer un

control enfocado exclusivamente a fiscalizar que dichas potestades discrecionales hayan sido ejercidas conforme al ordenamiento jurídico.

En este sentido sostiene que la facultad de clausura consagrada en el artículo 34 del D.F.L. N° 2 constituye una manifestación de las facultades discrecionales de sanción que han sido conferidas a la Dirección del Trabajo para el cumplimiento de sus fines, con lo que el ejercicio de esta facultad exige que opere racionalmente con razones justificativas, y respaldada sobre la base de datos objetivos, los que indica se expusieron en los fundamentos de la Resolución de clausura, especialmente en los N°s 4 y 8.

En sexto lugar expone que la clausura opera previa constatación de una infracción y reincidencia por parte de un Ministro de Fe, y, en el caso concreto, la sanción procedió luego de que con ocasión del grave accidente ocurrido en la mañana del 19 de julio del año 2012 resultara muerto un trabajador, con heridas graves un conductor, además de lesiones de diversa consideración sufridas por otro chofer y pasajeros, lo que motivó a realizar la fiscalización N° 2237 en que se constató infracciones a los artículos 28 y 33, ambos del Código del Trabajo, entre otras: no llevar correctamente registro de asistencia, exceder tiempo máximo de conducción permitida, infringir tiempo de descanso entre conducción, exceso de días continuos trabajados, y respecto del trabajador fallecido: no registrar asistencia en el dispositivo a bordo del bus el día del accidente.

Agrega que esta constatación está dotada de presunción legal de veracidad, lo que sumado a las reincidencias verificadas en sus registros de multas llevó a que la Dirección del Trabajo, en uso de sus facultades discrecionales procediera a aplicar la sanción de clausura, en resguardo del orden público que le confiere la legislación laboral.

En séptimo lugar, sostiene que la aplicación de la sanción se ajustó al principio de proporcionalidad, lo que supone la realización de un análisis ponderativo, en que se ponen en la balanza ventajas e inconvenientes tanto para el particular afectado como para el bien común.

En el caso concreto indica, lo que cabe determinar es si la sanción de clausura tuvo en vista el bien común, o bien, contrarió las más elementales reglas de racionalidad, de la ética, de la equidad y del buen sentido, superando los costes a los beneficios.

Sostiene que, en la especie, la Dirección del Trabajo determinó, aplicar la medida de clausura por 10 días de un determinado recorrido de la empresa previa evaluación de los derechos contrapuestos, en atención a la gravedad de los hechos e infracciones constatadas en el informe y teniendo especialmente presente la contumacia en el actuar previo del requirente, esto es, el no haber sido suficientemente disuasivas las 57 multas cursadas en forma previa, así como que fueron vulnerados los bienes jurídicos más relevantes que consagra la Constitución Política, a saber, la vida e integridad física de las personas.



En octavo lugar, argumenta que la sanción no vulnera el derecho constitucional amparado en el N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup> del artículo 19 de la Constitución, porque además de ser unilateral no constituye jurisdicción.

Expone que la fiscalización administrativa responde a un concepto de “unilateralidad” investigativa, que es legítima cuando le asiste a la Administración la obligación de tomar medidas eficaces que de dilatarse generarían graves daños. En el caso, la Dirección del Trabajo en la fiscalización verificada el mismo día del accidente constató graves infracciones al orden público laboral, lo que le impuso el deber de ejercer la facultad de clausura con el objeto de prevenir eventuales y futuros daños en la vida e integridad física de los trabajadores y de los pasajeros, con el objeto de que la empresa adoptara las medidas pertinentes tendientes a evitar futuros accidentes e infracciones a la normativa laboral.

Agrega que no se infringe el racional y justo procedimiento, porque existen procedimientos de reclamo administrativo y jurisdiccional y que no se percibe de qué forma la Dirección del Trabajo puede constituir una comisión especial al momento de fiscalizar la legislación laboral e imponer sanciones en cumplimiento de un mandato legal, considerando que de conformidad con el artículo 474 del Código del Trabajo esta actuación puede ser revisada por el Tribunal del Trabajo respectivo.

Adicionalmente señala que todo empleador que es objeto de una sanción administrativa dispone de los siguientes derechos que le son informados conjuntamente con la notificación: Recurso administrativo, previsto en artículo 511 del Código del Trabajo; reclamos judiciales previstos en los artículos 503 y 504 del mismo cuerpo legal y reclamos planteados conforme a la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos, Ley N<sup>º</sup> 19.880.

Concluye señalando que no cabe cuestionamiento de constitucionalidad alguno por parte de la requirente al ejercicio de la sanción de clausura, en tanto existían a su disposición una multiplicidad de recursos administrativos y jurisdiccionales por los cuales pudo recurrir en contra de la decisión adoptada por la Dirección del Trabajo, como en los hechos ocurrió.

En noveno lugar sostiene que el ejercicio de la sanción de clausura por parte de la Dirección del Trabajo no constituye infracción al principio *non bis in idem*, indicando al respecto que la requirente omitió señalar que por las infracciones constatadas al aplicar la referida sanción no se le cursó multa alguna, de lo que se dejó constancia en la Exposición de la fiscalización.

En último lugar manifiesta que la sanción tampoco vulnera el derecho constitucional consagrado en el N<sup>º</sup> 21<sup>º</sup> del artículo 19 de la Carta Fundamental. Sobre el particular argumenta que esta Magistratura ha señalado que el ejercicio libre de una actividad económica no significa que ella

pueda ejecutarse de cualquier forma, ya que debe respetar determinadas directrices impuestas por la ley y por la Constitución. En otras palabras, no es un derecho concebido en términos absolutos, ya que supone 2 condiciones: que la actividad no sea ilícita, y lo son las contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional, y, en segundo término, que la actividad se ajuste a las normas legales que la regulen. Esto último significa que el sujeto que desarrolle la actividad no es libre para ejercerla del modo que le plazca, sino que debe hacerlo del modo en que está regulada, y, consecuentemente, quien no respete las condiciones de ejercicio que impone la normativa se verá necesariamente expuesto a sanciones administrativas por las infracciones constatadas que consagre la normativa legal, que conforme a lo señalado por esta Magistratura forman parte de la regulación de una actividad económica determinada, por lo que no resulta admisible lo que la requirente pretende hacer creer en orden a que el ejercicio de su actividad económica se encuentra por sobre toda norma legal y constitucional y que por dicho motivo no puede ser limitado por autoridad alguna.

Finalmente sostiene que ninguna afectación a la libertad económica tuvo lugar si se considera que se trató de una sanción proporcional que se extendió por 10 días, sólo respecto de uno de los varios recorridos autorizados de la empresa requirente: el tramo Santiago-Copiapó e intermedios.

Por resolución de fecha 23 de enero de 2013, escrita a fojas 480, se ordenó traer los autos en relación y se ordenó agregar al Rol de Asuntos en Estado de Tabla y con fecha 30 de mayo del mismo año se llevó a efecto la vista de la causa, alegando, luego de escuchar la relación, el abogado Pablo Soto Delgado, por la parte requirente, y por la parte requerida, el abogado Francisco Pfeffer Urquiaga.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.** Que el presente proceso constitucional se inició por requerimiento deducido por la empresa Transportes Expreso Norte AC Limitada, solicitando la declaración de inaplicabilidad de los artículos 34 y 35 del D.F.L. N° 2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que dispone la reestructuración y fija las funciones de la Dirección del Trabajo, para que surta efectos en la causa sobre reclamación de sanción administrativa de clausura, caratulada “TRANSPORTES EXPRESO NORTE AC LIMITADA CON INSPECCIÓN DEL TRABAJO SANTIAGO NORTE”, Rol I.C. 1449-2012, que se encuentra actualmente pendiente ante la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, para conocer del recurso de nulidad interpuesto por la reclamada en contra de la sentencia dictada por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, que acogió la reclamación y, en consecuencia, dejó sin efecto la sanción aplicada.

**SEGUNDO.** Que los preceptos legales cuestionados han sido transcritos en la parte expositiva de esta sentencia, en la cual también se han consignado debidamente las alegaciones y fundamentos de derecho hechos valer por las partes, dando cuenta además de la sustanciación de este proceso constitucional.

**TERCERO.** Que, traídos los autos en relación y terminada la vista de la causa, se procedió a votar el acuerdo respectivo, produciéndose empate de votos, con lo cual, atendido el quórum exigido por la Carta Fundamental para acoger esta clase de requerimientos y teniendo en cuenta que, por mandato de la letra g) del artículo 8<sup>º</sup> de la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal, el voto del Presidente no dirime un empate en estos casos, se tuvo por desechado el requerimiento, por no haberse alcanzado el quórum constitucional necesario para ser acogido;

## I

### VOTO POR RECHAZAR EL REQUERIMIENTO

**A) La Presidenta del Tribunal, Ministra señora Marisol Peña Torres y los Ministros señores Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza, estuvieron por rechazar el requerimiento, fundados en las siguientes razones:**

#### I. LA IMPUGNACIÓN

1<sup>º</sup>. Que en el marco de un recurso de nulidad interpuesto por la Dirección del Trabajo contra la sentencia del 2<sup>º</sup> Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, que acogió un reclamo presentado por Transportes Expreso Norte A.C. Ltda., ordenando dejar sin efecto una sanción administrativa de clausura impuesta por la Dirección del Trabajo, mediante la resolución N<sup>º</sup> 25 del 2012, la empresa de transportes indicada presentó un recurso de inaplicabilidad contra los artículos 34 y 35 del D.F.L. N<sup>º</sup> 2, que fija las funciones de la Dirección del Trabajo.

La resolución de clausura por diez días del trayecto Santiago-Copiapó y Copiapó-Santiago, se efectuó por infracción de los artículos 25 y 33 del Código del Trabajo y por variadas sanciones previas impuestas a la empresa por la misma infracción. La sanción se aplicó luego de un procedimiento de fiscalización, producto de un accidente con un muerto y varios lesionados.

Contra esa decisión, la empresa Transportes Expreso Norte reclamó ante el tribunal respectivo, alegando que el acto no tenía fundamento, pues no se indicaban normas legales que fundaran la responsabilidad. También que no había 57 sanciones, pues 39 no habían sido notificadas y 5 estaban con juicio de reclamación. Asimismo, sostuvo que la infracción

no se podía fundar únicamente en el sistema de registro de la jornada de los trabajadores, sino también en el GPS del bus respectivo. El tribunal acogió el reclamo. Sostuvo que la resolución tenía fundamentos. Pero que, efectivamente, no se había cotejado el registro de asistencia con el GPS del bus. Tratándose de una sanción como la clausura, dijo el tribunal, la más grave del sistema, la diligencia del organismo administrativo debió ser mayor. Contra esta decisión, la Dirección del Trabajo presentó un recurso de nulidad, que constituye la gestión pendiente en la presente inaplicabilidad, fundado en que hubo una infracción de ley por no aplicar el artículo 33 del Código del Trabajo (artículo 477) y por alterar la calificación jurídica de los hechos, sin modificar las conclusiones fácticas del tribunal inferior (478, letra c);

2°. Que las normas impugnadas establecen lo siguiente:

*“Artículo 34° En todos aquellos casos en que los Inspectores del Trabajo puedan aplicar multas administrativas, las reincidencias podrán ser sancionadas, además, con la clausura del establecimiento o faena, cuando ello fuere procedente, hasta por diez días, que será aplicada por el Inspector que constate la reincidencia.*

*Artículo 35° Se entiende por reincidencia la nueva infracción que se cometa dentro de los dos años siguientes a la fecha de la última multa o clausura.”;*

3°. Que el requerimiento contra los preceptos señalados se funda en los siguientes argumentos. El primero, es que la clausura se dispuso sin debido procedimiento. No hubo posibilidad de defensa administrativa. Después de la inspección, se notificó la sanción. El segundo argumento es que el procedimiento de inspección no está regulado en ninguna norma legal, sino que en normas administrativas. El tercer argumento es la desproporcionalidad de la sanción de clausura. Por de pronto, porque no está asociado a la gravedad de la infracción. Enseguida, porque deja subsistente todas las obligaciones contractuales de la empresa afectada. Finalmente, porque no indica de qué depende que se aplique una medida mínima o máxima. El cuarto argumento es que no es propio de una sanción el margen de discrecionalidad que tiene la autoridad para disponer la sanción de clausura. La ley entrega cláusulas abiertas a la administración. El último argumento es que se pasa a llevar el principio non bis in ídem, toda vez que lo que hace procedente la clausura, es la reincidencia. Por lo mismo, se sanciona dos veces una misma infracción;

## II. LA SANCIÓN DE CLAUSURA

4°. Que los preceptos impugnados dicen relación con la regulación de una de las sanciones que puede imponer la Dirección del Trabajo por infracción a la normativa que la ley le encarga cautelar. Por lo mismo, antes de iniciar el examen del reproche que se formula a las normas impugnadas, es necesario decir algunas cosas sobre la sanción que se aplicó en esta oportunidad y que se objeta en la gestión pendiente.

Lo primero, es que estas sanciones que aplica la Dirección del Trabajo son administrativas, porque las aplica un órgano de la administración, después de un procedimiento administrativo y producto de una infracción de bienes jurídicos de naturaleza administrativa (STC roles N<sup>OS</sup> 124, 725, 1.413 y 2.264). Expresamente el artículo 503, del Código del Trabajo, establece que *“las sanciones por infracciones a la legislación laboral y de seguridad social y a sus reglamentos, se aplican administrativamente por los respectivos inspectores del trabajo o por los funcionarios que se determinen en el reglamento correspondiente”*.

No obstante, estas sanciones son impugnables jurisdiccionalmente (artículos 420, letra e), 503 y 504, Código del Trabajo);

**5º.** Que las infracciones que contempla el Código del Trabajo pueden ser reprimidas con dos tipos de sanciones: especiales y residuales. Estas últimas son todas aquellas que no tienen señalada una sanción especial. En esta categoría queda la multa (artículo 506, Código del Trabajo).

La multa, además, puede tener distintos montos de acuerdo a la gravedad de la infracción (artículo 506). También aumenta de acuerdo al número de trabajadores comprometidos (artículo 506) y se caracteriza porque puede ser sustituida, bajo ciertos supuestos, por la asistencia obligatoria a programas de capacitación (artículo 506). Finalmente, puede ser rebajada o dejada sin efecto por el Director del Trabajo (artículo 511);

**6º.** Que la clausura se encuentra establecida en distintas normas de nuestro ordenamiento jurídico. Se trata de una sanción que opera por determinadas infracciones y se traduce en un cierre temporal de la actividad afectada. Por consiguiente, genera la paralización o prohibición de seguir desarrollando la actividad sancionada. Por excepción, opera como medida cautelar. Así sucede en el Código Sanitario, en que la autoridad la puede disponer por peligro inminente para la salud (artículo 178), o en materia de agua potable, en que procede por daño inminente o por que no exista otro medio eficaz para detener el daño (artículo 11, Ley N<sup>º</sup> 18.902). Enseguida, es dispuesta por una autoridad administrativa especialmente facultada. Asimismo, no altera las relaciones contractuales que pueda tener la afectada con terceros (trabajadores, proveedores, etc.). Atendidos estos caracteres, opera sobre infracciones extremadamente graves.

La clausura puede ser temporal o definitiva; total o parcial.

**7º.** Que la clausura impugnada en estos autos, se distingue por lo siguiente:

En primer lugar, es una sanción impuesta por los inspectores del trabajo (artículo 34, D.F.L. N<sup>º</sup> 2, del Ministerio del Trabajo, del año 1967).

En segundo lugar, no puede exceder los diez días (artículo 34).

En tercer lugar, es necesario que se den dos elementos objetivos para que pueda aplicarse. Por una parte, que haya habido una infracción que

haga posible una multa administrativa (artículo 34). Por la otra, es necesario que exista reincidencia. Esta es definida como “*la nueva infracción que se cometa dentro de los dos años siguientes a la fecha de la última multa o clausura*” (artículo 35).

En cuarto lugar, la clausura dispuesta no opera de inmediato, sino que veinte días después de la notificación de la resolución que la decreta. Esto distingue la clausura de la suspensión inmediata de labores. Ésta opera de forma “inmediata”, en las dos hipótesis que contempla el artículo 28 del D.F.L. N° 2, del Ministerio del Trabajo, del año 1967. Estas tienen lugar cuando las labores constituyen, a juicio del inspector, “*peligro inminente para la salud o vida de los trabajadores y cuando constaten la ejecución de trabajos con infracción a la legislación laboral*”.

En quinto lugar, durante el período de clausura se estima como “*efectivamente trabajado para todos los efectos legales*”, y “*los empleadores y patronos estarán obligados a pagar a sus trabajadores las remuneraciones establecidas en sus respectivos contratos de trabajo*” (artículo 38).

Finalmente, la clausura es reclamable ante los juzgados del trabajo (artículo 36) y el juez que conozca de la impugnación “*podrá decretar la suspensión de la orden de clausura, siempre que se le acompañen antecedentes que justifiquen su resolución*” (artículo 37);

8°. Que los inspectores del trabajo tienen un rol central en la clausura, porque la ley les encarga completar su regulación, en un caso típico de discrecionalidad. De un lado, porque tienen que apreciar si la reincidencia justifica la sanción de clausura. La ley señala que “*las reincidencias podrán ser sancionadas*” (artículo 34). Del otro, porque la clausura se dispone por los inspectores “*cuando ello fuere procedente*” (artículo 34). No se trata, en consecuencia, de una sanción que opere automáticamente y a todo evento. Es necesario que los inspectores así lo determinen y señalen las razones que justifican tal decisión.

De ahí que la ley construya la clausura asociada a la multa. El artículo 34 del D.F.L. N° 2, citado, parte señalando: “*En todos aquellos casos en que los Inspectores del Trabajo puedan aplicar multas administrativas*”.

Con esta redacción se cumplen dos propósitos. Por una parte, determinar que la clausura no tiene una infracción especial. La infracción es la propia de la multa. Por la otra, que la clausura puede ir asociada también a una multa;

### III. CUESTIONES DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO

9°. Que antes de entrar al fondo de la objeción, es necesario despejar dos reiteraciones de argumentos formulados en estrado por la Dirección del Trabajo;

**10°.** Que, en primer lugar, la norma no es decisiva. Al respecto, es necesario señalar que, si bien en el recurso de nulidad, que constituye la gestión pendiente, las normas objetadas no son invocadas, de acogerse el recurso, el Tribunal las deberá tener en cuenta para resolver el fondo de la objeción sobre la sanción de clausura en una eventual sentencia de reemplazo. En ese sentido, pueden considerarse decisivos los preceptos, pues no es necesario que éstos deban aplicarse. Basta un juicio de probabilidad. En este caso, revestido de un indicio cierto de que puedan ser considerados por el juez de la instancia para resolver el asunto;

**11°.** Que el segundo reproche, es que se trata de un asunto de legalidad. No consideramos que esta objeción sea correcta, pues si bien en toda inaplicabilidad es necesario llevar a cabo una interpretación del precepto impugnado para los efectos de determinar el vicio alegado, en este caso, se formulan reproches que dicen relación con la infracción de la Constitución. En el requerimiento, están señalados en forma precisa los vicios, las normas que se estiman transgredidas y el razonamiento para llegar al reproche de inconstitucionalidad por inaplicabilidad. Tampoco está en cuestión la manera en que la Dirección del Trabajo ejerce sus potestades, porque ése es un control de ejercicio de potestades, no de atribución de las mismas, como es la inaplicabilidad (STC Rol N<sup>º</sup> 2.069);

#### **IV. PRECEPTOS QUE NO SE IMPUGNAN**

**12°.** Que el requerimiento se formula respecto de dos normas específicas del D.F.L. N<sup>º</sup> 2, del Ministerio del Trabajo, del año 1967.

La precisión es importante porque la clausura está regulada en más preceptos que los reprochados. En consecuencia, no se impugna en estos autos la clausura, sino que aspectos centrales de ella;

**13°.** Que, en tal sentido, no está impugnada la facultad fiscalizadora (artículo 1<sup>º</sup>) ni inspectiva de la Dirección del Trabajo (artículos 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31) ni la calidad de ministros de fe de los inspectores (artículo 23). Tampoco el procedimiento sancionatorio de multa (artículo 33). Asimismo, tampoco se reprocha el momento desde el cual se hacen efectivas las clausuras (artículo 37), ni los efectos de ésta (artículo 38). Finalmente, tampoco se impugna el procedimiento de reclamo judicial de las multas (artículos 36, 37).

Sobre esos preceptos, este Tribunal no puede cuestionarlos, porque no han sido objetados en el requerimiento;

#### **V. CRITERIOS INTERPRETATIVOS**

**14.** Que para poder entrar al examen de fondo, previamente indicaremos los criterios interpretativos que guiarán nuestro examen;

**15°.** Que, en primer lugar, si bien la clausura es una sanción administrativa, y como tal debe tener un procedimiento administrativo (STC roles N<sup>os</sup> 376, 389, 725, 766, 1183, 1.413, 1.518, 1.602 y 2.381), dicho procedimiento, de acuerdo al artículo 19 N<sup>o</sup> 3<sup>o</sup> de la Constitución, es definido por el legislador. En tal sentido, no hay un único procedimiento válido para todos los casos. Los trámites que diseña el legislador deben ajustarse a la naturaleza del procedimiento en cuestión (entre otros, STC roles N<sup>os</sup> 481, 576, 1.518, 1.557, 1.876, 1.838, 1.994, 2.259, 2.325). Ello ha permitido que esta Magistratura haya validado que algunos procedimientos judiciales restrinjan la bilateralidad de la audiencia (STC roles N<sup>os</sup> 1.200, 1.235, 1.434) entre otros casos, por la urgencia del procedimiento (STC Rol N<sup>o</sup> 747). También, que haya mecanismos especiales de notificación (STC roles N<sup>os</sup> 1.368 y 2.259); que el procedimiento sea en única instancia (STC roles N<sup>os</sup> 576, 519, 821, 1373, 1.432, 1.433, 1.535); que no proceda la orden de no innovar (STC Rol N<sup>o</sup> 1.907); que se sancione con privación de derechos a la parte que litiga maliciosamente o dilate innecesariamente los juicios (STC roles N<sup>os</sup> 2.335 y 2.452); que el asunto se vea en cuenta (STC Rol N<sup>o</sup> 2.143) o se resuelva de plano (STC Rol N<sup>o</sup> 747). Asimismo, este Tribunal ha sostenido que el derecho a defensa no es absoluto, pues debe sujetarse a las reglas procesales que la ley determine (STC Rol N<sup>o</sup> 2.335);

**16°.** Que, en segundo lugar, es importante destacar dos aspectos vinculados a la Dirección del Trabajo. Por una parte, a su rol protector; y, por otra parte, la forma en que el legislador estructuró el derecho a defensa frente a sus decisiones.

Respecto del primer asunto, este Tribunal tiene asentada la doctrina que el artículo 19, N<sup>o</sup> 16<sup>o</sup>, de la Constitución, garantiza no sólo la libertad de trabajo, sino que también su protección (STC roles N<sup>os</sup> 1.852, 2.086, 2.110, 2.114, 2.182, 2.197). La Dirección del Trabajo enmarca su tarea en ese rol protector, pues le corresponde la fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y previsional (artículo 505, Código del Trabajo) y también, en lo que aquí interesa, de las normas de higiene y seguridad en el trabajo (artículo 184, Código del Trabajo). La relación laboral, entonces, se desenvuelve sujeta al control de este organismo de la administración. Independientemente de que la relación laboral se origine en un contrato de trabajo, individual (artículo 7<sup>o</sup>) o colectivo (artículos 306, 344 y 351), esta relación es tutelada por dicho organismo. Tanto es así, que si se producen represalias a los trabajadores por la labor fiscalizadora de este organismo, el legislador considera que ha habido una lesión de los derechos de éstos, que permite activar el procedimiento de tutela laboral (artículo 485, inciso tercero, Código del Trabajo). Para el cumplimiento de este rol, nuestro ordenamiento jurídico le da atribuciones de distinto tipo. Así puede dictar normas e interpretarlas (artículo 505, Código



del Trabajo), fiscalizar (artículo 505) y sancionar (artículo 503). En virtud de la facultad fiscalizadora, dicha repartición puede calificar los hechos, sin perjuicio de su revisión judicial posterior (SCS roles N<sup>os</sup> 2316/2013, 2523/2013).

Este rol protector vía fiscalización y sanción, para sujetar el ordenamiento jurídico laboral al empleador, se debe a que la legislación establece medidas que equilibran la relación jurídica entre el trabajador y éste; también porque las normas aseguran derechos irrenunciables o cautelan bienes jurídicos de primer orden, como ciertos derechos o la seguridad en el trabajo. De ahí que se entrega a este organismo velar porque esta normativa se aplique correctamente;

**17°.** Que en relación al mecanismo de defensa que diseña el legislador frente a las decisiones de este servicio, es necesario hacer un poco de historia. La Dirección del Trabajo, en efecto, es uno de los servicios públicos más antiguos de nuestro sistema. Sus orígenes se remontan a 1907, a la sección de Estadística Agrícola del Ministerio de Industria y Obras Públicas, cuya función era reunir datos e informaciones relativas al trabajo. (D.S. N<sup>o</sup> 730, Ministerio de Industria y Obras Públicas, 1907). Dicha sección derivó en la Oficina del Trabajo, en 1919 (D.S. N<sup>o</sup> 1.938, Ministerio de Industria y Obras Públicas, 1919). Ahí se le dio la atribución para la inspección y vigilancia directa del trabajo, con el fin de asegurar el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y administrativas (artículo 6°), obligando a los empleadores permitir a los inspectores la entrada a los talleres y lugares de trabajo (artículo 12). Con la entrada en vigencia de la Ley N<sup>o</sup> 4.053, la Oficina pasa a convertirse en Dirección General del Trabajo y el diseño de sus facultades es el que se mantendrá en el Código del Trabajo de 1931. En este cuerpo legal el organismo pasó a denominarse Inspección General del Trabajo (artículo 557), cuyo jefe superior tenía rango de Subsecretario (artículo 563). Su función era la supervigilancia de las disposiciones del trabajo y de las leyes de previsión (artículo 558, 567). Para tal efecto, los inspectores tenían derecho a visitar los lugares de trabajo (artículo 568), debiendo los empleadores facilitar esa tarea (artículo 568). Ese esquema no fue alterado sustancialmente por el D.F.L. N<sup>o</sup> 308, de 1960, de Hacienda, que fijó la Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo, pues al organismo le correspondería fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales relativas al trabajo y a la previsión social (artículo 1°, inciso segundo, letra a)), teniendo sus inspectores la posibilidad de realizar visitas a los locales de trabajo (artículo 30 y 31).

Sin embargo, el sistema evolucionó en la forma de aplicación de la sanción administrativa. En efecto, tanto el Código del Trabajo del año 1931 (artículo 570), como el D.F.L. N<sup>o</sup> 308, del año 1960 (artículo 35), disponían que los inspectores del trabajo podían aplicar sanciones por infracciones, sin perjuicio de denunciar la efectividad de la infracción ante

el Juez del Trabajo respectivo. Este sistema dual, cambió con la Ley N° 14.972, del año 1962, que estableció que las sanciones por infracción a la legislación se deben aplicar administrativamente por los inspectores del trabajo (artículo 2°), sin tener que efectuar denuncia alguna a los tribunales. Este es el sistema que rige en la actualidad, pues los inspectores del trabajo sancionan, pero de dicha sanción se reclama ante los tribunales del trabajo (artículo 503, Código del Trabajo). Sólo en dos áreas hay una excepción en la materia. Por una parte, en materia de tutela laboral. En este caso, la Dirección del Trabajo, sin perjuicio de sus facultades fiscalizadoras, puede denunciar la lesión de derechos ante los tribunales y ser parte en el juicio correspondiente (artículo 486, Código del Trabajo). Por la otra, la Dirección puede hacer denuncias por prácticas antisindicales (artículo 92, N° 2, Código del Trabajo).

De este modo, primero actúa la Dirección del Trabajo, como organismo especializado, técnico y preparado, quien controla el cumplimiento de la legislación laboral (artículo 505, Código del Trabajo), previsional (artículo 19, D.L. N° 3.500) y de higiene y seguridad en el trabajo (artículo 184, Código del Trabajo). Luego actúa el Tribunal, quien opera como un organismo revisor de lo obrado por la Dirección, tanto en el examen de los hechos (si existieron o no, su magnitud, su calificación jurídica, etc.), como en la aplicación del derecho, pudiendo revertir lo obrado por el órgano administrativo. La Dirección del Trabajo vela no sólo por el cumplimiento de la legislación, sino por su “*correcta aplicación*” (artículo 5°, D.F.L. N° 2, del Ministerio del Trabajo, del año 1967). En este sentido, la doctrina laboral señala que el modelo de aplicación de la legislación laboral nacional es mixto, porque involucra, por una parte, a la Administración del Estado, a través de la Inspección del Trabajo y, por la otra, a la justicia, por la vía de los Tribunales Laborales. Se trata de un modelo articulado por una intervención sucesiva, en que la actuación administrativa precede a la actuación judicial (Ugarte, José Luis; Inspección del trabajo en Chile: vicisitudes y desafíos, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, N° 6, enero-junio de 2008, p. 187-204);

**18°.** Que, asimismo, desde el Código del Trabajo del año 1931, la Dirección del Trabajo tuvo la facultad de convocar a los empleadores y trabajadores, para procurar solucionar los asuntos que se sometieran a su conocimiento (artículo 572, Código del Trabajo de 1931; artículo 37, D.F.L. N° 308, de Hacienda, 1960; y artículo 29, D.F.L. N° 2, Ministerio del Trabajo, 1967).

Este mecanismo es de la mayor importancia en la actualidad. De un lado, porque si asiste el empleador y el trabajador, se puede producir una conciliación (artículo 499, Código del Trabajo), constituyendo el acta un título ejecutivo (artículo 464). Si no se produce conciliación, el trabajador igual puede demandar (artículo 499). De no asistir el empleador, y sin

perjuicio de la multa que se le pueda cursar (artículo 30, D.F.L. N<sup>º</sup> 2, del Ministerio del Trabajo, del año 1967). Al trabajador no se le impide demandar (artículos 498-499). Del otro, porque para iniciar el procedimiento monitorio, es condición de procesabilidad del mismo haber deducido reclamo ante la Dirección del Trabajo (artículo 497);

**19º.** Que el tercer criterio interpretativo, es el rol que juega la suspensión del acto administrativo como mecanismo de protección del afectado por éste.

En efecto, la ejecutoriedad del acto administrativo se encuentra reconocida de modo general en la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos (Ley N<sup>º</sup> 19.880). Esta se expresa, en primer lugar, en que el acto administrativo puede cumplirse una vez que ha sido notificado o publicado, según sea de efectos particulares o generales (artículo 51). En segundo lugar, en que, por regla general, los recursos administrativos o jurisdiccionales no suspenden el cumplimiento del acto (artículos 3º, inciso final, y 57, inciso primero). Y, en tercer lugar, en que la administración puede, de oficio, disponer el cumplimiento del acto (artículo 3º);

**20º.** Que, frente a dicha ejecutoriedad, la garantía que tiene el particular es solicitar la suspensión del mismo. Esta consiste en la interrupción provisional de la eficacia de un acto administrativo, dispuesta, total o parcialmente, de oficio o a petición de parte, en sede administrativa o jurisdiccional.

En efecto, la cesación de eficacia de un acto administrativo puede ser definitiva o temporal. Es definitiva, por ejemplo, cuando se cumple el acto, se invalida o anula. Es, en cambio, temporal, transitoria o provisional, cuando se suspende.

La suspensión *“es una medida de carácter provisional y cautelar, llamada a asegurar la integridad del objeto litigioso (suspensión en vía de recurso) o garantizar la imposición del criterio del ente u órgano superior que ostenta la tutela o el control sobre el autor del acto (suspensión como medida de tutela o control) en tanto se produce una decisión definitiva sobre la validez del mismo”* (García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón, (Curso de Derecho Administrativo; Editorial Civitas, Madrid 2002, pág. 587).

La suspensión es una medida preventiva que equilibra adecuadamente la prerrogativa de la administración y los derechos del particular. Se trata de una medida preventiva, pues implica *“la transitoria paralización de los efectos del acto administrativo... La esencia de la suspensión radica en constituir una típica medida de control del aparato administrativo por el Poder Judicial, para evitar que el privilegio de la ejecutividad adquiera un marcado cariz arbitrario en detrimento de los derechos o intereses de los particulares”* (Rodríguez Arana, Jaime; La suspensión del acto administrativo; Editorial Montecorvo, Madrid, 1986, págs. 49 y 185). *“La suspensión de la eficacia de un acto administrativo con carácter temporal es, generalmente, una medida*

*cautelar dirigida a asegurar que la resolución del procedimiento que resuelva la impugnación del acto, pueda ser efectiva y no se produzca en un momento en el que, por la consolidación de hechos de los efectos del mismo, resulte completamente inútil*” (Bocanegra, Raúl; Lecciones sobre el acto administrativo; Editorial Civitas, Madrid, 2002, pág. 118);

**21°.** Que la suspensión puede solicitarse en cualquier tipo de procedimiento administrativo o jurisdiccional, pues ésta puede ser dispuesta “*por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio, o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional*” (artículo 3º, inciso final, Ley Nº 19.880).

En sede administrativa el interesado debe alegar “*que el cumplimiento del acto recurrido pudiere causar daño irreparable o hacer imposible el cumplimiento de lo que se resolviera, en caso de acogerse el recurso*” (artículo 57, Ley Nº 19.880).

En sede jurisdiccional, el interesado debe alegar lo que el recurso respectivo exija para obtener la suspensión.

**22°.** Que el último criterio interpretativo es la seguridad vial. Esto es particularmente relevante toda vez que la empresa requirente es una empresa de transporte de pasajeros.

En efecto, el transporte de pasajeros en la locomoción colectiva interurbana y en los servicios interurbanos de transporte de pasajeros, no es algo que únicamente interese a las empresas de buses, sino que a toda la sociedad. En primer lugar, porque los vehículos empleados en el transporte de personas utilizan carreteras y caminos que son bienes nacionales de uso público. En segundo lugar, debido a que existe un importante número de terceros que se pueden ver involucrados en el funcionamiento de la normativa en cuestión. Se trata tanto de los pasajeros del transporte interurbano como de los otros usuarios de las vías, es decir, automovilistas, transportistas de carga, peatones, etc. En tercer lugar, la regulación de esta actividad económica no es baladí, pues involucra la seguridad vial. Para el caso que analizamos, vale la pena observar los accidentes de tránsito protagonizados por buses del transporte público. En este sentido, el año 2011, según cifras de la Comisión Nacional de Seguridad de Tránsito (CONASET), se produjeron 698 accidentes con participación de al menos un vehículo de este tipo. Como consecuencia de ello, resultaron lesionadas 1.238 personas;

**23°.** Que, como consecuencia de lo anterior, primeramente, es posible observar la existencia de regulaciones especiales, que son más exigentes para los vehículos que transportan pasajeros que para el común de los automóviles. En este sentido, la Ley de Tránsito le dedica a estas materias su Título VI, “*del transporte público de pasajeros y de los pasajeros de vehículos de locomoción colectiva*”. De esta manera, se regulan especialmente algunos aspectos como el límite de velocidad, que es inferior a otros vehículos (artículo 150, Ley Nº 18.290) y la necesidad de una licencia especial clase

A (artículo 12, Ley N<sup>º</sup> 18.290) para los conductores. Enseguida, y como forma de recalcar la importancia de la materia tratada, podemos destacar que es una actividad sujeta a seguros, debido a que se trata de una actividad altamente riesgosa;

24°. Que, por lo mismo, la preocupación del legislador del tránsito para con terceros debe también existir en el legislador laboral. Los buses llevan personas y circulan por vías públicas donde transitan otros vehículos y personas. La preocupación por la salud y la seguridad del personal a bordo de los buses debe ser máxima;

25°. Que el punto es importante, porque la empresa fue sancionada por reincidir en infringir los artículos 25 y 33 del Código del Trabajo. Recordemos que los choferes y auxiliares a que se refiere el artículo 25, están sujetos a una serie de normas excepcionales respecto a los trabajadores comunes. Desde luego, están excluidos de la limitación de jornada (artículo 22, inciso cuarto). También están relevados del límite de horas extraordinarias (artículo 31). Asimismo, no se les aplica el que no deban trabajar días domingos y festivos (artículo 35). A ello se suma el que el tiempo de los descansos a bordo o en tierra y de las esperas no sea imputable a la jornada y su retribución se ajuste al acuerdo de las partes. Ello hace excepción a la regla general del artículo 21 del Código del Trabajo, que considera como parte de la jornada el tiempo en que el trabajador se encuentra a disposición del empleador sin realizar labor, por causas que no le sean imputables. Para protegerlos, el legislador establece ciertas reglas: 8 horas de descanso en tierra, no más de cinco horas continuas de trabajo y 180 horas mensuales de conducción;

## **VI. NO SE INFRINGE EL ARTÍCULO 19, N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup>, DE LA CONSTITUCIÓN**

26°. Que ahora estamos en condiciones de hacernos cargo de los reproches que formula el requirente contra las normas impugnadas. El primero de ellos es que la clausura se impuso sin el debido procedimiento.

El requirente sostiene que no tuvo posibilidad de formular defensa alguna en sede administrativa, porque después de la inspección, se le notificó la sanción de clausura;

27°. Que este Tribunal ha sostenido que el debido proceso es aplicable a la sanción administrativa (STC roles N<sup>OS</sup> 725, 766, 1.183, 1.413, 1.518, 1.602, 2.381). En él, las personas pueden aducir alegaciones, aportar documentos u otros elementos de juicio (artículo 10, Ley N<sup>º</sup> 19.880), conocer el estado de tramitación de los procedimientos, obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente (artículo 17, letra a)), solicitar prueba (artículo 35) (STC Rol N<sup>º</sup> 2.036). Y que la Ley N<sup>º</sup> 19.880 cumple los estándares de un debido procedimiento (STC roles N<sup>OS</sup> 2.066 y 2.301);

**28°.** Que, sin embargo, hay una serie de aspectos que deben considerarse en este caso concreto.

En primer lugar, el artículo 33 del D.F.L. N° 2, de 1967, del Ministerio del Trabajo, es el que consagra el procedimiento para la aplicación de las multas administrativas. El punto es importante, porque la clausura se dispone “*en todos aquellos casos en que los Inspectores del Trabajo pueden aplicar multas administrativas*”. Sin embargo, este artículo 33, por una parte, remite a la Ley N° 14.972, la que a su vez convoca a un reglamento. Esa normativa en la actualidad se encuentra derogada por la Ley N° 18.620, de 1987. Por la otra, dicho artículo 33 no se encuentra impugnado en autos.

En segundo lugar, supletoriamente a los procedimientos administrativos especiales, se aplica la Ley N° 19.880 (artículo 1°). No es algo que corresponda decidir en esta sede, por qué la Inspección del Trabajo no aplicó esta normativa ni por qué la empresa no alegó su omisión. Tampoco sabemos por qué la empresa no presentó recursos administrativos. En todo caso, el juez que conoció del reclamo en la gestión pendiente invoca el artículo 41 de la Ley N° 19.880, para determinar si la autoridad había justificado su decisión de clausura. Dicha ley establece garantías suficientes para un racional y justo procedimiento.

En tercer lugar, en la reclamación judicial que hizo la empresa requiriente, no alegó la infracción de su debido procedimiento. Sostuvo que el acto administrativo sancionatorio no estaba fundado; que había menos sanciones que constituían la reincidencia; que habían realizado la inspección inspectores de Santiago y no de Copiapó; y que se consideró solamente una variable para determinar la infracción. La infracción de su debido procedimiento recién se alega en esta sede.

En cuarto lugar, la sanción se aplicó, un día y medio, según se señaló a fojas 358 vuelta, o medio día, según se dijo en estrados. En efecto, el 30 de julio del 2012 se dicta la Resolución que dispone la clausura. La empresa reclamada presenta reclamación judicial el 2 de agosto, solicitando se suspendiera la medida. El Tribunal Laboral, por Resolución de 14 de agosto, la negó, pero el 21 de agosto acogió una reposición, en que sí decretó la suspensión. Como de acuerdo a la ley la clausura se hace efectiva a contar del vigésimo día siguiente a la notificación, descontando los días no hábiles, la clausura no alcanzó prácticamente a aplicarse.

En quinto lugar, entre la fecha de la inspección (19 de julio del 2012) y la fecha de dictación de la sanción (30 de julio del 2012), transcurrieron 11 días. En ese plazo, la empresa afectada no hizo llegar ningún antecedente a la autoridad en su defensa, pudiendo hacerlo, y estando la autoridad obligada a considerarlos en su decisión (artículo 17, letra f), Ley N° 19.880);

**29°.** Que, por otra parte, es necesario detenerse en el mecanismo probatorio de la infracción cursada en el caso concreto. Por una parte, porque sin perjuicio de que en el procedimiento laboral de aplicación gene-

ral, la regla de convicción es la “sana crítica”, los inspectores actúan como “Ministros de fe” (artículo 503, Código del Trabajo). Por lo mismo, los hechos constatados constituyen presunción legal de veracidad para todos los efectos legales (artículo 23 D.F.L. N<sup>º</sup> 2, del Ministerio del Trabajo, del año 1967). Por la otra, porque el Código del Trabajo regula la manera de controlar la asistencia y determinar las horas de trabajo. El artículo 33 de dicho cuerpo legal establece que la regla general es que ello se hace por un registro. Por excepción, cuando ello no es posible o cuando su aplicación importe una difícil fiscalización, la Dirección del Trabajo puede establecer, mediante resolución fundada, un sistema especial de control;

**30°.** Que hay que considerar que tal diseño probatorio impacta, indudablemente, no sólo en el procedimiento administrativo sancionatorio, sino también en la naturaleza de la sanción de clausura. Esta tiene un sentido de urgencia debido al peligro que para los propios trabajadores y para terceros trae la infracción de disposiciones relativas a la seguridad en el trabajo. Más todavía, de una compañía de buses. Dicha urgencia no concuerda debidamente con la idea de un debate prolongado entre la autoridad que la dispone y quien resulte afectado por ella. Este mismo criterio de urgencia ha sido reconocido por esta Magistratura para sacrificar reglas de bilateralidad en procedimientos judiciales (STC Rol N<sup>º</sup> 747);

**31°.** Que, asimismo, hay que considerar los incentivos que puso el legislador para el reclamo judicial. Ello se manifiesta en que no es necesario agotar la vía administrativa para reclamar ante tribunales (artículo 503, Código del Trabajo). También en que la clausura queda diferida por 20 días desde que se notifica el reclamo. Además, en que el Tribunal puede decretar la suspensión de la orden de clausura, siempre que se acompañan antecedentes que justifiquen su resolución;

**32°.** Que, por tanto, no consideramos que se vulnere el artículo 19 N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup> de la Constitución. Por una parte, porque el legislador no dejó en la indefensión a la empresa reclamante. Tanto es así, que la medida de sanción de clausura no se ha hecho efectiva, porque fue suspendida por los tribunales. Por la otra, porque la empresa se ha defendido adecuadamente sin recurrir al procedimiento administrativo. De hecho, no presentó recurso administrativo, recurrió directamente a impugnarla ante los tribunales; y tuvo 11 días entre la fiscalización y la sanción, sin que presentara antecedente alguno a la autoridad. Tampoco invocó derechos de la Ley N<sup>º</sup> 19.880;

## VII. NO SE INFRINGE LA RESERVA LEGAL

**33°.** Que el segundo argumento de la empresa, es que la inspección no está regulada en ninguna norma legal, sino que en normas administrativas (una orden de servicio y una circular);

**34°.** Que, al respecto, lo primero que debemos señalar es que no está en cuestionamiento en el requerimiento la fiscalización de la Dirección del Trabajo, ni su principal instrumento, la visita inspectiva. Lo que se objeta es la sanción de clausura, que viene después del procedimiento de fiscalización. Es cierto que la clausura es consecuencia de dicho procedimiento. Pero son actos separables y regulados en distintos preceptos. Las visitas a los lugares de trabajo se encuentran reguladas en los artículos 24, 25, 26, 31, del D.F.L. N° 2, del Ministerio del Trabajo, del año 1967. Mientras que las normas impugnadas, son los artículos 34 y 35 del mismo cuerpo legal. Tratándose de una inaplicabilidad, el distingo es pertinente y esencial;

**35°.** Que, en segundo lugar, así como el procedimiento judicial es, por regla general, materia de ley simple (artículo 63, N° 3, Constitución), salvo que comprometa la organización y atribuciones de los tribunales, en cuyo caso es orgánica constitucional (artículo 77, Constitución), las normas legales que regulan el procedimiento administrativo también tienen características propias. Por de pronto, son leyes comunes. Este Tribunal, cuando ejerció el control preventivo de la Ley N° 19.880, por ejemplo, consideró sólo dos artículos (artículo 33 y 63), como propios de ley orgánica (STC Rol N° 374). Enseguida, por mandato del artículo 63, N° 18, de la Constitución, estas leyes sólo deben fijar “*las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración*”. Estas leyes, denominadas también marco, se distinguen porque si bien en toda ley hay un margen de operación para el reglamento, en ellas ese margen se incrementa, por su carácter general (STC roles N°s 254 y 325). Por lo mismo, en ellas es indispensable la complementación de la autoridad administrativa;

**36°.** Que, enseguida, la autoridad administrativa tiene la facultad para impartir normas generales e instrucciones para el cumplimiento de la función de fiscalización (artículo 8°, letra c), D.F.L. N° 2, del Ministerio del Trabajo, del año 1967). Y tiene la facultad de, mediante dictámenes, determinar el sentido y alcance de las leyes del trabajo (artículo 1°, inciso segundo, letra b), D.F.L. N° 2, del Ministerio del Trabajo, del año 1967).

La potestad normativa de los órganos de la administración ha sido validada por esta Magistratura, en la medida que haya habilitación expresa (STC Rol N° 2.324), como ocurre en la especie.

**37°.** Que, en tercer lugar, este Tribunal ya tiene asentada una doctrina sobre la manera en que operan las normas administrativas frente a la reserva legal. Esta relación se estructura sobre los siguientes elementos.

En primer lugar, es posible y lícito que la Administración pueda regular algunos aspectos determinados en una ley (STC Rol N° 325). La Constitución diseña un régimen que armoniza potestad legislativa con potestad reglamentaria (STC Rol N° 370). El que una actividad se regule por ley, no excluye la colaboración reglamentaria (STC 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).

En segundo lugar, dicha colaboración administrativa 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<sup>º</sup> 370);

38°. Que, finalmente, la norma reprochada, por una parte, tiene suficiente densidad, pues especifica la autoridad que puede sancionar (los Inspectores del Trabajo), los casos en que ello ocurre (en todos aquellos en que puedan aplicarse multas administrativas y exista reincidencia), la sanción que puede aplicarse (la clausura), la duración de la misma (hasta por diez días). Por la otra, tiene determinación, pues establece que la clausura se hace efectiva veinte días después de la notificación de la resolución que la dispone y los empleadores están obligados a pagar a sus trabajadores las remuneraciones establecidas en sus respectivos contratos de trabajo;

39°. Que no consideramos, por tanto que se infrinja la reserva de ley;

## VII. NO SE INFRINGE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

40°. Que el tercer reproche que formula la requirente, es la desproporcionalidad de la sanción de clausura. Dicha desproporcionalidad se funda en tres factores: no está asociada a la gravedad de la infracción; deja subsistente las obligaciones contractuales de la empresa; no se indica de qué depende que se aplique una medida mínima o máxima;

41°. Que al respecto, cabe señalar, en primer lugar, que no corresponde que hagamos un examen abstracto de lo establecido en el artículo 34, impugnado en estos autos. Lo que debemos hacer en el presente recurso de inaplicabilidad es un examen concreto, a la luz de los antecedentes del proceso;

42°. Que, en este sentido, partamos por señalar que el procedimiento de fiscalización que derivó en la declaración de clausura, se originó a consecuencia de un accidente carretero ocurrido el 19 de julio del año 2012, ocurrido entre La Serena y Copiapó, protagonizado por un bus de la empresa requirente, donde murió una auxiliar del bus, los dos choferes resultaron heridos, lo mismo que 14 pasajeros. El chofer declaró que había perdido la noción del tiempo por unos segundos, no reaccionando. De ahí que el parte policial concluya que el accidente se debió a "*pérdida del control del bus por parte del conductor*". La infracción se cursó porque los choferes excedían las horas de conducción y por no cumplir las horas de descanso que establece la ley.

Enseguida, que la sanción se aplicó sobre la base de que la empresa en los últimos dos años, había sido sancionada con la misma infracción en 57 oportunidades. La empresa cuestionó en estrados dicha cifra, alegando que 39 no habían sido notificadas y 5 estaban en reclamación. Por lo mismo, no se discute respecto de 13 de ellas.

Asimismo, en la Resolución de clausura, consta que la autoridad había advertido a la empresa requirente de futuras fiscalizaciones, así como de la eventualidad de clausuras ante reincidencias por infracciones a los artículos 25 y 33 del Código del Trabajo, por oficio 2611, del 11.06.2012.

Finalmente, la clausura se aplicó sólo en el recorrido Copiapó-Santiago, Santiago-Copiapó. No se tocó el recorrido al norte de Copiapó;

**43°.** Que, en segundo lugar, la autoridad administrativa concibe a la clausura, según deja constancia en la propia resolución que la aplica en este caso (c. octavo), como una sanción “*de alta gravedad*”, sólo aplicable “*a aquellos casos calificados que, por su magnitud y características, impliquen una reincidencia infraccional que significativamente conculque bienes jurídicos superiores o el orden público laboral*”. El mismo carácter grave le da el tribunal del Trabajo, que resolvió el reclamo de ilegalidad (c. decimoquinto). No es, por tanto, que se aplique por infracciones mínimas;

**44°.** Que, en tercer lugar, el marco jurídico que regula la clausura, también es necesario ponderarlo. Desde luego, porque la clausura no puede exceder de diez días. Enseguida, no se aplica sino después de veinte días desde que se notifica la Resolución que la dispone. Asimismo, el juez puede ordenar la suspensión de la medida. Finalmente, es condición para que se pueda aplicar que haya existido reincidencia. Es decir, que la nueva infracción se sume a otras multas y clausuras previas en los dos últimos años;

**45°.** Que, en cuarto lugar, la ley hace de cargo del empleador “*tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y la salud de los trabajadores, manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas*” (artículo 184, Código del Trabajo).

Por lo mismo, si en ejercicio de la facultad de fiscalizar las normas laborales y de higiene y seguridad en el trabajo que le encarga la ley a la Dirección del Trabajo (artículo 184), este organismo constata una infracción, no sólo debe verificar la infracción del artículo que establece este deber (artículo 184), sino también tiene la obligación de asegurar la protección del trabajo, que manda la Constitución en su artículo 19, N° 16°.

Si a ello sumamos el que “*las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona*” (artículo 2° Código del Trabajo), no parece que la sanción de clausura, dado el tipo de normas infringidas, sea desproporcionado;

**46°.** Que, finalmente, no podemos hacernos cargo del argumento que sostiene que la clausura deja subsistente el pago de remuneraciones de los

trabajadores, porque este efecto de la clausura se encuentra establecido en el artículo 38 del D.F.L. N<sup>º</sup> 2, del Ministerio del Trabajo, del año 1967, norma que no ha sido impugnada en el presente requerimiento;

47°. Que, por tanto, no consideramos que haya falta de proporcionalidad;

### VIII. NO HAY UNA DISCRECIONALIDAD ABUSIVA

48°. Que el cuarto argumento de la requirente es que la norma es excesivamente discrecional, pues entrega cláusulas abiertas a la administración, sin parámetros claros que decidan cuándo aplicar la sanción de clausura;

49°. Que lo primero que hay que señalar es que este Tribunal no puede ejercer un control de ejercicio de las atribuciones. Ese control es de los tribunales de instancia. A esta Magistratura sólo le corresponde un control de atribución de potestades (STC Rol N<sup>º</sup> 2.069);

50°. Que, enseguida, la discrecionalidad es una técnica del legislador para configurar potestades. Estas las puede entregar de modo reglado o de modo discrecional. En el primer caso, el legislador detalla todos y cada uno de los elementos de la potestad. En el segundo caso, reglando obligatoriamente ciertos elementos, convoca al juicio subjetivo de la administración para que complemente dicha regulación, dejando un margen de apreciación vinculado a la oportunidad, a la apreciación de elementos de hecho, a la ponderación de circunstancias, de modo que pueda optar entre alternativas igualmente justas (STC Rol N<sup>º</sup> 1.341);

51°. Que respecto de los reproches, cabe señalar que efectivamente la norma tiene elementos de discrecionalidad. Por de pronto, los Inspectores no están obligados automáticamente a disponerla. La ley señala que las reincidencias “*podrán*” ser sancionadas. También indica que la sanción se aplica “*cuando ello fuere procedente*”. Finalmente, la norma dispone que la clausura puede ir de 1 a 10 días;

52°. Que dicha discrecionalidad no tiene nada de inconstitucional. En primer lugar, porque tratándose de una sanción, lo relevante es que la infracción, en sus elementos esenciales, esté establecida en la ley. En este caso, la norma tipifica la conducta antinormativa que la justifica: reincidencia de infracciones.

En segundo lugar, como en toda sanción, tiene que haber elementos que permitan a quien la aplica, subsumir adecuadamente los hechos en la conducta descrita. A eso apuntan las discrecionalidades del precepto impugnado. En ese sentido, más que ir en contra del afectado, va en su beneficio. La ley, en vez de establecer una sanción a todo evento, deja un margen de apreciación para que la autoridad juzgue si procede, si se justifica su aplicación. La autoridad puede recorrer, dentro de cierta

extensión, la intensidad de la sanción que los hechos justifican. No es, tampoco, que el hecho vaya a quedar sin sanción, pues si no cabe la clausura, cabe la multa. Recordemos que la clausura procede “*en todos aquellos casos en que los inspectores del trabajo pueden aplicar multas administrativas*”. Lo mismo puede decirse del margen de 1 a 10 días que tiene la autoridad. Si la ley hubiera establecido una clausura de 10 días, fija, no hubiera sido consecuente con los márgenes de apreciación que tiene todo sujeto que aplica una sanción.

En tercer lugar, la autoridad que aplica la sanción, es también la autoridad que interpreta la normativa del sector. Esa autoridad –y lo ha validado el juez que revisó la sanción– ha dicho que la clausura es una sanción de alta gravedad, que opera en casos calificados. No es, por tanto, que opere sin estar asociada a la gravedad de la infracción. La misma autoridad ha reducido su margen de discrecionalidad, al reservar la sanción para dichos casos;

**53°.** Que, por lo demás, el ejercicio de la facultad por parte de la Dirección del Trabajo, no fue reprochada por el Tribunal de instancia que conoció del reclamo de legalidad desde el punto de vista del correcto ejercicio de la discrecionalidad. En efecto, como ha dicho este Tribunal (STC Rol N° 1.341), la discrecionalidad se separa de la arbitrariedad. En ésta, hay una ausencia de razones en un accionar determinado; es un simple “porque sí”; por eso la tendencia a hacerla sinónimo de falta de fundamento, de mero capricho o voluntad. En el actuar no arbitrario, en cambio, hay motivo, es decir, un antecedente de hecho y de derecho en que se funda; y hay una justificación, es decir, un proceso racional de una decisión que la explica en fundamentos objetivos. La posibilidad de optar no libera al órgano respectivo de las razones justificativas de su decisión. La determinación de esa suficiencia, consistencia y coherencia, es un tema del control de la discrecionalidad. Pues bien, el Tribunal Laboral, en la sentencia que la Dirección del Trabajo recurrió de nulidad, sostuvo, en su considerando 4°, que la resolución de la Dirección del Trabajo que aplicó la clausura, tiene fundamentos y se ajusta a la exigencia de justificar la decisión que manda el artículo 41 de la Ley N° 19.880;

**54°.** Que no consideramos, en consecuencia, que la norma establezca una discrecionalidad abusiva;

## **IX. NO SE INFRINGE EL PRINCIPIO DEL *NON BIS IN ÍDEM***

**55°.** Que el último reproche que se formula a las normas impugnadas, es que se pasa a llevar el principio *non bis in ídem*, toda vez que lo que hace precedente la clausura, es la reincidencia. Por lo mismo, se sanciona dos veces una misma infracción;

**56°.** Que para que haya vulneración a este principio, es necesario que un mismo ilícito, sea sancionado dos veces. Lo que se busca con este principio es evitar la doble valoración de una misma contravención. Pero este principio no prohíbe que una persona pueda ser castigada con dos sanciones por una misma infracción (STC Rol N<sup>º</sup> 2.402). Así, por ejemplo, un ilícito puede tener una pena principal y una pena accesoria;

**57°.** Que la norma que se reprocha efectivamente permite, si así lo determina la autoridad, que una infracción sea sancionada con multa y con clausura. La norma señala que las reincidencias podrán ser sancionadas “además” con la clausura.

No se discute, en consecuencia, que eventualmente al infractor se le sancione con ambas penas. Pero la autoridad, en este caso, sólo la sancionó con clausura, no con multa. Eso bastaría para desechar el alegato de la requirente;

**58°.** Que, sin embargo, queremos ir al fondo de ese planteamiento. La norma exige que para que proceda la clausura, que se cumplan los siguientes requisitos: En primer lugar, que haya una infracción. En segundo lugar, es necesario que esa infracción sea susceptible de ser sancionada con multa. En tercer lugar, debe existir reincidencia.

La reincidencia es definida como “*la nueva infracción que se cometa dentro de los dos años siguientes a la fecha de la última multa o clausura*” (artículo 35, D.F.L. N<sup>º</sup> 2, del Ministerio del Trabajo, del año 1967);

**59°.** Que, como se observa, la reincidencia se configura en base a los siguientes elementos. Por de pronto, tiene que existir la comisión de una nueva infracción. Enseguida, esa infracción debe ser cometida dentro de los dos años siguientes a la fecha de la última multa o clausura.

No se sanciona, en consecuencia, por acumulación de infracciones de los últimos dos años. Se sanciona porque se ha cometido una nueva infracción.

Es, entonces, la nueva infracción, lo que genera la posibilidad de la imposición de las dos sanciones: multa y clausura;

**60°.** Que, en el fondo, la reincidencia es considerada por el legislador no como una agravante, sino como un elemento del tipo, produciendo una sanción más severa;

**61°.** Que tal decisión del legislador se explica, de un lado, porque la existencia de infracciones recurrentes a la legislación, revela cierta predisposición a no cumplir con el ordenamiento jurídico. De ahí que si no bastan las multas para frenar las infracciones, la sanción debe aumentarse. La clausura opera como un mecanismo destinado a conminar el cumplimiento de la ley.

Del otro, se explica porque la reiteración de infracciones que afecten las normas laborales de higiene y seguridad en el trabajo, son particularmente graves. Recordemos que en el presente caso, las sanciones previas y las

que motivan el reclamo de la gestión pendiente, fueron formuladas por exceder el tiempo máximo de conducción continua e infringir el tiempo de descanso. Desde luego, porque pueden poner en peligro la vida del trabajador. También porque hay un riesgo de compromiso de derechos de terceros. En este caso, se trata de una empresa de buses. Por lo mismo, dichas infracciones pueden acarrear la exposición a peligro de pasajeros y otros conductores y vehículos que transitan por las vías públicas;

62°. Que no hay que olvidar que en este caso, por una parte, la autoridad consideró como infracciones previas, no una, ni dos, ni tres, sino que a lo menos trece, fuera de discusión. Y cuarenta y cuatro, en controversia. Por la otra, que la sanción de clausura se hizo por unos hechos nuevos que, por lo mismo, no tenían una sanción previa;

63°. Que cuando el Código del Trabajo le encarga a la Dirección del Trabajo fiscalizar el cumplimiento de la legislación laboral, en especial, de las normas de higiene y seguridad, la faculta no sólo para sancionar, sino para poner pronto remedio a situaciones que puedan resultar riesgosas para los bienes jurídicos que están detrás de la legislación infringida, cosa que hizo mediante la aplicación de la sanción de clausura;

64°. Que, en consecuencia, tampoco consideramos que se afecte el principio del *non bis in ídem*, pues no se sancionó a la empresa dos veces; ni menos por un mismo hecho infraccional;

65°. Que por todas las razones expuestas, consideramos que el requerimiento debe rechazarse.

## II

### VOTO POR ACOGER EL REQUERIMIENTO

**Los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Iván Aróstica Maldonado, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril, estuvieron por acoger el requerimiento.**

**A. En lo tocante al voto de los Ministros señores Vodanovic, Aróstica y señora Brahm, las razones para acoger el requerimiento son las que se consignan a continuación:**

1°. Que en la presente causa, la requirente ha impugnado los artículos 34 y 35 del D.F.L. N° 2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que dispone la reestructuración y fija las funciones de la Dirección del Trabajo, en cuanto son contrarios a la Constitución Política de la República, afectando el derecho a desarrollar una actividad económica asegurada en el artículo 19, N° 21, al mismo tiempo que vulneraría el derecho establecido en el artículo 19, N° 3°, al establecer una sanción sin un debido proceso administrativo, lesionado asimismo los artículos 6, 7 y 63, N° 18°; 63, N° 14°, y 65, inciso cuarto, N° 2°, de la Carta Fundamental.

2°. Que, para efectos de un mejor entendimiento, el voto por acoger será analizado en de acuerdo al siguiente orden de materias: A. La Dirección del Trabajo y sus facultades fiscalizadoras, investigativas y sancionadoras; B. La infracción a la garantía del debido proceso; C. La infracción a los artículos 6, 7 y 63, N<sup>º</sup> 18; 63, N<sup>º</sup> 14, y 65, inciso cuarto, N<sup>º</sup> 2; D. La afectación al derecho a desarrollar una actividad económica; E. Estándar de la legislación chilena actual, y F. El caso concreto.

### **1. LA DIRECCION DEL TRABAJO Y SUS FACULTADES FISCALIZADORAS INVESTIGATIVAS Y SANCIONADORAS**

3°. Que, las normas impugnadas, establecen, en lo esencial, una potestad de la Inspección del Trabajo de aplicar la sanción de clausura, si verifica que el empleador ha reincidido en alguna infracción laboral en el plazo de dos años. El artículo 34, relativo a la clausura y el 35 a la reincidencia;

4°. Que, según lo dispuesto en el D.F.L. N<sup>º</sup> 2 ya individualizado, la Dirección del Trabajo es un servicio público descentralizado, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República, a través del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, competente para fiscalizar y sancionar el incumplimiento de la ley. Ese mismo cuerpo legal establece que el servicio mencionado ejerce sus funciones por medio de Inspectores que determine el Director, y tienen, en su jurisdicción, que puede ser provincial, departamental y comunal, las mismas facultades del Director en lo que respecta a la aplicación de la legislación, salvo las privativas.

5°. Que, la actividad fiscalizadora y sancionadora, regulada además por el Código del Trabajo, entrega a la Dirección el control del respeto de los derechos laborales, previsionales, y de higiene y seguridad, inspeccionado el cumplimiento de sus normas. En caso de incumplimiento, el Inspector que lo identifique está facultado para sancionar al empleador, mediante resolución.

6°. Que, según lo dispuesto en el D.F.L. N<sup>º</sup> 2, en el contexto normativo de los artículos impugnados (34 y 35), los Inspectores del Trabajo: a) tienen el carácter de ministros de fe. En consecuencia, constituyen presunción legal de veracidad para todos los efectos legales, incluso para los efectos de la prueba judicial (artículo 23); b) pueden visitar los lugares de trabajo a cualquiera hora. Los empleadores tendrán la obligación de dar facilidades para cumplir sus funciones; permitirles el acceso a todas las dependencias o faenas; facilitar conversaciones privadas con trabajadores y facilitar sus libros de contabilidad (artículo 24); c) pueden requerir el auxilio de la fuerza pública, debiendo Carabineros proporcionarla de inmediato, mediante la simple petición (artículo 26); d) pueden actuar de oficio y aún fuera del territorio jurisdiccional (artículo 27); e) pueden

ordenar la suspensión inmediata de las labores que a su juicio constituyen peligro inminente para la salud o vida de los trabajadores y cuando constaten la ejecución de trabajos con infracción a la legislación laboral, caso en que los trabajadores seguirán percibiendo remuneraciones (artículo 28); f) pueden citar a empleadores, trabajadores, directores de sindicatos, o cualquiera persona (artículo 29), y g) pueden requerir la documentación, incluso la exhibición de sus registros contables (artículo 31).

Además, el texto dispone que: a) las personas que impidan o dificulten la fiscalización e intervención, incurrirán en multa, que en caso de reincidencia se podrá duplicar (artículo 24 inciso primero); b) el empleador será, en todo caso, responsable de los impedimentos y dificultades que se opongan a la fiscalización, del pago de la multa que proceda y de los daños morales, físicos o materiales que sufran los Inspectores (artículo 24 incisos segundo y tercero); c) la no comparecencia sin casusa justificada a una citación hecha por intermedio de funcionarios o de Carabineros, constituirá una infracción penada con multa (artículo 30); d) el procedimiento para la aplicación de las multas administrativas se sujetará al que determina el artículo 2° de la ley 14.972 (artículo 33); e) en todos aquellos casos en que los Inspectores del Trabajo puedan aplicar multas administrativas, las reincidencias podrán ser sancionadas, además, con la clausura del establecimiento o faena, cuando ello fuere procedente, hasta por diez días, que será aplicada por el Inspector que constate la reincidencia (artículo 34); f) entiende por reincidencia la nueva infracción que se cometa dentro de los dos años siguientes a la fecha de la última multa o clausura (artículo 35), y g) la parte afectada con la orden de clausura podrá reclamar dentro de tercero día de ser notificada, ante los Juzgados del Trabajo y se sujetará al procedimiento establecido en el artículo 7° de la ley 16.455 (artículo 36).

7°. Que, no obstante la norma de artículo 36 aludida precedentemente, que establece un reclamo a la sanción de clausura, se ha generado un vacío legal toda vez que la remisión a la ley 16.455, lo es respecto de una norma derogada, razón por la cual es menester accionar según el procedimiento monitorio del Código del Trabajo, por ser el recurso general residual respecto de toda sanción que no sea multa (artículo 504).

8°. Que, la Dirección del Trabajo, mediante normativa interna, ha debido complementar las disposiciones legales reseñadas precedentemente, en torno a dos textos: a) Orden de Servicio N° 4, de 12 de junio de 2001, que sistematiza y actualiza regulación de procedimientos de fiscalización y sus efectos jurídicos, y b) Circular N° 88, de 5 de julio de julio de 2001, que establece Manual de Procedimientos de Fiscalización y deja sin efecto normativa que indica.

9°. Que, en los fundamentos de la Orden de Servicio N° 4 indican que “... se ha estimado pertinente dictar la presente Orden de Servicio, destinada a



*sistematizar y actualizar las normas administrativas que regulan los procedimientos de fiscalización, entendiéndolo este acto como una parte del proceso de modernización de la labor de fiscalización que se encuadra en un contexto más amplio de modernización de la Dirección del Trabajo y de la Administración Pública en general”.*

Continúa señalando que *“Sin perjuicio de esta regulación, orientada a la fijación del marco institucional y normativo del quehacer inspectivo, la ordenación y el detalle de los aspectos procedimentales, metodológicos y de gestión operativa estará a cargo del Departamento de Fiscalización, que para los efectos pretendidos tendrá el carácter de Manual de Fiscalización, garantizando de esta forma la aplicación uniforme de los procedimientos inspectivos”.*

La Orden de Servicio está estructurada en los siguientes 10 capítulos: 1) Fundamentos jurídicos; 2) Facultades, obligaciones y prohibiciones de los fiscalizadores; 3) Los derechos y deberes del ciudadano fiscalizado; 4) Los derechos de los trabajadores, sus representantes y las organizaciones sindicales durante el procedimiento inspectivo; 5) Generalidades acerca de la fiscalización; 6) Procedimiento de fiscalización; 7) La multa administrativa, aplicación y notificación; 8) Recursos procedentes en contra de la multa administrativa; 9) Adaptabilidad de los procedimientos de fiscalización, y 10) Vigencia;

**10°.** Que, por su parte, la Circular 88, regula de manera sistemática la actividad fiscalizadora, teniendo presente, entre otros, lo instruido en la circular aludida en el considerando precedente.

Su contenido se agrupa en cuatro partes. Una primera, de Generalidades acerca de la Fiscalización, orientada a explicar algunos de los criterios y fundamentos más básicos presentes en las regulaciones contenidas en el instrumento, en el marco de la regulación legal de la actividad inspectiva y los derechos y obligaciones de los que en ella intervienen. Una segunda, relativa al Procedimiento General de Fiscalización, esto es, a la tramitación que normalmente debe reflejarse en todo procedimiento inspectivo, con sus respectivas fases y resultados, y que se afirma en forma subsidiaria o supletoria a cualquier actividad fiscalizadora. Una tercera, referida a un conjunto de Normas o Procedimientos Especiales de Fiscalización, aplicables a determinadas materias específicas, que contemplan regulaciones especiales o excepcionales con relación al Procedimiento General de Fiscalización. Una última parte, contiene una referencia a todos los Anexos relacionados con los Procedimientos de Fiscalización, que contienen aspectos más detallados de gestión o de política, susceptibles de mayores cambios adaptativos frente a la práctica inspectiva. Igualmente, se exponen los Formularios a usar.

**11°.** Que las consideraciones precedentes dan cuenta de un esmirriado procedimiento legal, el que ha debido complementarse con actos administrativos contenidos en oficios y circulares internos, que no son acordes a las exigencias del artículo 19, N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup>, inciso primero, de la Constitución,

que asegura la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, principio esencial que se concreta en los incisos siguientes, abarcando garantías tanto de fondo como de procedimiento, el conjunto armónico de las cuales, centrado en el principio de reserva legal, permite realizar cuanto implica esta exigencia del Estado de Derecho y su incidencia en la seguridad jurídica;

12°. Que tal como se señala en el considerando decimoséptimo de la sentencia Rol N° 437, los principios del artículo 19, N° 3°, de la Constitución, en amplitud y generalidad, se aplican, en lo concerniente al fondo o sustancia de toda diligencia, trámite o procedimiento, cualquiera sea el órgano estatal involucrado, trátese de actuaciones judiciales, actos jurisdiccionales o decisiones administrativas en que sea, o pueda ser, afectado el principio de legalidad contemplado en la Constitución, o los derechos asegurados en el artículo 19 N° 3° de ella, comenzando con la igual protección de la ley en el ejercicio de los atributos fundamentales. Además y de los mismos razonamientos se sigue que los principios contenidos en aquella disposición constitucional rigen lo relativo al proceso racional y justo, cualquiera sea la naturaleza, el órgano o el procedimiento de que se trate, incluyendo los de índole administrativa, especialmente cuando se ejerce la potestad sancionadora o infraccional. Por consiguiente, el legislador ha sido convocado por el Poder Constituyente a ejercer su función en plenitud, esto es, tanto en cuestiones sustantivas como procesales, debiendo en ambos aspectos respetar siempre lo asegurado por la Carta Fundamental en el numeral referido;

## 2. INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 19, N° 3, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

13°. Que, en la presente causa, la requirente ha impugnado los artículos 34 y 35 del D.F.L. N° 2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, en cuanto son contrarios a la Constitución Política de la República, afectando el derecho el derecho garantizado en el artículo 19, N° 3°, al establecer una sanción sin un debido proceso administrativo;

14°. Que, en relación a la impugnación por la contravención a la norma del N° 3° del artículo 19, relativo al debido proceso que asegura a todas las personas que *“Toda sentencia de un órgano que ejerce jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado.”* Agregando que *“Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”*. Que en el caso de autos, la infracción se da en los siguientes ámbitos: a) El debido proceso supone, en sede administrativa, la posibilidad de defenderse, es decir la formulación de cargos y descargos; b) La garantía del debido proceso es aplicable a una sanción administrativa, y c) El debido proceso exige proporcionalidad y gradualidad de la sanción;

**1. El debido proceso supone, en sede administrativa, la posibilidad de defenderse, lo que incluye la formulación de cargos y el derecho a descargos.**

**15°.** Que, un análisis de las normas legales impugnadas, a la luz de la disposición constitucional sobre debido proceso obligan a su reproche, en cuanto infringen sus garantías, ya que la Administración de Estado ejerce su potestad sancionatoria a través de un Inspector de Trabajo que inviste simultáneamente la calidad de investigador y sancionador quien, con el solo mérito de su constatación personal acredita la veracidad de los hechos que examina, en base a los cuales aplica una sanción;

**16°.** Que, esta Magistratura ha señalado en el considerando vigesimocuarto de la sentencia Rol N<sup>º</sup> 38, que son contrarias a los incisos primero y quinto del N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup> del artículo 19 de la Carta Fundamental las disposiciones que no establezcan normas que aseguren a quien resulte afectado por la resolución de un servicio público un justo y racional procedimiento, al no contemplar, entre otras garantías, ni el emplazamiento a la persona respectiva, ni la oportunidad para defenderse (...). En el mismo sentido el considerando 63 de la sentencia Rol N<sup>º</sup> 43 señala que se infringen los incisos primero y quinto del N<sup>º</sup> 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental, cuando no se establezcan normas que aseguren un justo y racional procedimiento, al no contemplar ni emplazamiento, ni tampoco la oportunidad para defenderse;

**17°.** Que, del examen de las disposiciones impugnadas, se concluye que no se contempla un procedimiento que permita al afectado una adecuada defensa de sus derechos, en sede administrativa, en forma previa a la imposición de las sanciones que en cada caso se establecen;

**18°.** Que, si no se contempla un procedimiento que permita al afectado una adecuada defensa de sus derechos, en sede administrativa, en forma previa a la imposición de alguna sanción, resulta evidente, que el Legislador ha dejado de cumplir con la obligación que el Poder Constituyente le impone, de dictar las normas tendientes a asegurar la protección y defensa jurídica de los derechos fundamentales de quienes se encuentren comprendidos en las situaciones que determinan la imposición de una sanción (aplica STC Rol N<sup>º</sup> 389);

**19°.** Que, por otra parte no puede concluirse que dichas inconstitucionalidades no existen, en cuanto establece una instancia jurisdiccional para reclamar. La falta de posible defensa jurídica ante el Servicio que impone la sanción, puede no ser factible de subsanarse dentro de los márgenes del reclamo. El derecho a la defensa jurídica debe poder ejercerse, en plenitud, en todos y cada uno de los estadios en que se desarrolla el procedimiento, en los cuales se podrán ir consolidando situaciones jurídicas muchas veces irreversibles (aplica c. trigesimoséptimo STC Rol N<sup>º</sup> 376);

20°. Que, debe concluirse que las normas comprendidas en los artículos 34 y 35 del D.F.L. N° 2, de 1967, vulneran lo dispuesto en el artículo 19, N° 3°, incisos primero, segundo y quinto de la Constitución Política;

**2. Debido proceso y sanción administrativa.**

21°. Que, a mayor abundamiento, esta Magistratura ha establecido que, con los matices que obedecen a las características propias del derecho administrativo sancionador, las garantías del debido proceso le son aplicables. En efecto, ha manifestado respecto al procedimiento administrativo sancionador que *“no obstante, aunque se trate de potestades que no suponen ejercicio de jurisdicción, ciertamente deben sujetarse a los parámetros propios de un debido proceso, como lo ha señalado reiteradamente esta Magistratura en diversos pronunciamientos”*. Adicionalmente, este Tribunal ha precisado que *“los principios inspiradores del orden penal han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador; puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi”* (STC roles N°s 244, 480 y 1.519);

22°. Que, la disposición que se analiza también infringe el debido proceso, toda vez que, como se desprende de los considerandos precedentes, por una parte, se está en presencia de una sanción, sin que exista un proceso jurisdiccional en el que tenga lugar el principio de bilateralidad de la audiencia ante un tercero imparcial y, por consiguiente, en que se haya respetado el derecho de defensa de quien será objeto de una tan drástica limitación a sus derechos. Y, por otra parte, este nivel de sanción estatal exige que la respuesta del Estado emane de un órgano distinto, que sea dictada de conformidad al mérito de un justo y racional procedimiento, debidamente tramitado, tal como impone perentoriamente el artículo 19, N° 3°, inciso quinto de la Constitución Política de la República;

23°. Que, según el D.F.L. N° 2, transcrito en el capítulo A de este voto por recoger el requerimiento, los inspectores tienen amplísimas competencias investigativas y fiscalizadoras tales como, visitar los lugares de trabajo; acceder a todas las máximas facilidades para el cumplimiento de sus funciones, incluyendo declaraciones; acceder a libros; multar a quien ponga obstáculos a su intervención; requerir el auxilio de la fuerza pública; actuar de oficio y fuera de su territorio jurisdiccional, etc. Esas facultades, unidas a que el mismo funcionario es el que aplica la sanción, acentúan la inconstitucionalidad de la norma pre constitucional y con un tratamiento procedimental insuficiente, que debió ser completado administrativamente con normativa interna;

24°. Que, la investigación y la determinación de la procedencia y gravedad de una sanción por una misma y única entidad, además de ser contrario a la Carta Fundamental, hace inaplicables las reglas establecidas en la ley 19.880, sobre bases de los procedimientos administrativos, en cuyos artículos 10 y 17 se establece el principio de contrariedad en la ac-

tividad probatoria, conforme al cual, los administrados deben poder producir, dentro del procedimiento administrativo, su propia prueba frente a aquella que ha recabado la administración.

### **3. Proporcionalidad y gradualidad de la sanción.**

**25°.** Que, el derecho a un procedimiento justo y racional no sólo se refiere aspectos adjetivos o formales, de gran trascendencia como el acceso a la justicia de manera efectiva y eficaz, sino que también comprende elementos sustantivos de significativa connotación material (STC Rol N<sup>º</sup> 437, c. decimocuarto), como es –entre otras dimensiones– garantizar la proporcionalidad de las medidas adoptadas en su virtud. Esto es, en los procesos punitivos, que exista una relación de equilibrio entre la sanción impuesta y la conducta imputada;

**26°.** Que, no resguarda ni promueve dicha finalidad los reparados artículos 34 y 35, toda vez que por vía administrativa y sin ninguna cautela judicial previa, permite aplicar una sanción de clausura, hasta por hechos de ínfima magnitud y en los que puede no haber mediado ni siquiera culpa del infractor;

**27°.** Que, en efecto, la norma objetada puede convertir administrativa e indiscriminadamente en clausura dos sanciones previas cualquiera, sin atender a la circunstancia de que ésta debió modularse, antes, en relación con la naturaleza o entidad de la falta cometida. Si las multas laborales aún por hechos leves o menores pueden derivar en clausura, entonces ello implica desvirtuar todo el procedimiento seguido con antelación, tendiente, como se ha señalado, a garantizar que las decisiones de la autoridad se ciñan estrictamente al principio de proporcionalidad, de modo que las sanciones administrativas aplicadas se correspondan con la gravedad de las faltas cometidas y la responsabilidad de los infractores en ellas;

**28°.** Que el principio de legalidad exige también que la sanción administrativa esté vinculada con suficiente previsibilidad a una determinada infracción. En efecto, de acuerdo con el artículo 19, N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup>, incisos séptimo y octavo, es necesario que la sanción esté “establecida” en la ley, pues ésta debe “señalarla”. Sin embargo, en el presente caso, resulta que el artículo 34 impugnado es muy exiguo, sin contener un catálogo de conductas que constituyen infracciones lo suficientemente graves como para ser sancionadas con clausura. En consecuencia, se incumple con la exigencia constitucional de asociar una infracción con la sanción aplicable, correspondiéndole al legislador ponderar la proporcionalidad entre la infracción y la sanción respectiva;

**29°.** Que, por otra parte, la proporcionalidad de la sanción constituye una materialización de la garantía de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. En efecto, la sanción se sujeta a principios jurídicos, como son los de intervención mínima, interdicción de la arbitrariedad y

aplicación del principio de proporcionalidad, en virtud del cual la sanción debe ser proporcional a la gravedad del hecho y a sus circunstancias. De este principio de proporcionalidad se prescinde manifiestamente cuando, como en la especie, a las dos penas de multa impuestas por dos infracciones, cualesquiera que éstas sean, se adiciona la clausura.

**30°.** Que, en el caso de los preceptos que se impugnan, al no establecerse límites o criterios que reserven la clausura para la sanción de infracciones de una gravedad determinada, permite que la misma sea a infracciones que no justifican una sanción de esa magnitud. Basta que por un funcionario se constate la concurrencia de dos infracciones dentro del plazo de dos años que fija la ley, las que pueden ser leves, para cumplir con la exigencia para la aplicación de la clausura;

**31°.** Que, los defectos constitucionales de la regulación quedan también en evidencia en la aplicación de los preceptos impugnados, ya que la norma del artículo 34 del D.F.L. 2-1967 omite un criterio que permita graduar la sanción de clausura, que puede ser decretada de uno a diez días, ausencia no subsanable por recurso al Tribunal del Trabajo (artículo 506), por ser la clausura una sanción especial. La norma del Código aludido es aplicable para la generalidad de las faltas establecidas en él o en otras leyes (como el DFL N° 2 materia del presente requerimiento), salvo aquellas que establezcan una sanción especial, como acontece con la clausura del establecimiento o faena. De esta forma, cuando se aplicó la sanción por el máximo legal que establece el art. 34 DFL N° 2, la Inspección del Trabajo, además de aplicar un procedimiento contenido en normas internas –pues, no hay ley que lo establezca en sus bases–, determinó, con el sólo mérito de su fiscalización, que hubo una conducta infraccional, sin graduar la pena pues no existe norma de rango legal que la habilite para ello;

**3. INFRACCIÓN A LOS ARTÍCULOS 6, 7 y 63, N° 18; 63, N° 14, y 65, inciso cuarto, N° 2°, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA**

**32°.** Que, ya se ha señalado en los considerandos precedentes, y reiteradamente por esta Magistratura, sobre la aplicación de los principios de orden penal al derecho administrativo sancionador.

En dicha oportunidad, este Tribunal sentenció que *“los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador; puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado”* (c. noveno). Destacó *“los principios de legalidad y de tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta*

que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta” (STC Rol N<sup>º</sup> 244, c. décimo).

Citando los incisos séptimo y octavo del art. 19, N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup>, de la Carta Fundamental, afirmó que *“la Constitución precisa de manera clara que corresponde a la ley y solo a ella establecer al menos el núcleo esencial de las conductas que se sancionan, materia que es así, de exclusiva y excluyente reserva legal, en términos tales, que no procede a su respecto ni siquiera la delegación de facultades legislativas al Presidente de la República, en conformidad con lo que dispone el artículo 61, inciso segundo, de la Constitución Política”* (c. decimosegundo);

**33<sup>º</sup>.** Que, tal como se ha señalado en los literales precedentes a lo menos dos garantías en el procedimiento administrativo sancionador se incumplen en la norma impugnada: la existencia de una formulación de cargos, a la que se siguen los descargos y la prueba y la separación entre quien investiga y quien sanciona, en todo caso cuando se trata de sanciones graves y gravísimas. Estímese que sean o no copulativas, el artículos impugnados, no cumple con ninguna de las dos;

**34<sup>º</sup>.** Que los artículos 34 y 35, materia del presente requerimiento, como todos los que regulan la actividad sancionadora de la Administración, están sujetos al principio de legalidad; en primer lugar, en virtud de los preceptos básicos contenidos en el Capítulo I de la Constitución, particularmente en sus artículos 6 y 7 que establecen la sujeción de toda actividad de los órganos del Estado al ordenamiento jurídico y muy especialmente, en cuanto los dos primeros incisos del artículo 7<sup>º</sup>, los sujetan a la Carta Fundamental y a la ley, al disponer que los órganos del Estado sólo actúan válidamente si lo hacen dentro de su competencia y en la forma prescrita en la ley y que ninguna magistratura puede atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad que la que se le haya conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Complementa este principio básico de exigencia de legalidad de los actos de la administración el precepto contenido en el numeral 18<sup>º</sup> del artículo 63, en cuanto exige que sean de jerarquía legal las normas que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública y el inciso cuarto del artículo 65, en cuanto reserva al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de las leyes que crean nuevos servicios públicos;

**35<sup>º</sup>.** Que, no es obstáculo a lo afirmado el hecho que los incisos finales del numeral tercero empleen un lenguaje penal, pues como ha tenido oportunidad de establecer este Tribunal, *“... sustantiva y procesalmente, el artículo 19, N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup>, de la Constitución tiene que ser entendido y aplicado con significado amplio y no estricto ni restrictivo, porque sólo así es posible cumplir, cabalmente, cuanto exige la serie de principios fundamentales analizados en los considerandos precedentes. Consecuentemente, cabe concluir que dentro de los parámetros*

*de razonabilidad y legitimidad a que se hizo referencia, lo cierto e indudable es que la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos fundamentales, como asimismo, las concreciones de ese principio que aparecen en los incisos siguientes del mismo numeral, deben ser entendidas en su acepción amplia, sin reducirlas por efecto de interpretaciones exegéticas, o sobre la base de distinciones ajenas al espíritu garantista de los derechos esenciales que se halla, nítida y reiteradamente, proclamado en la Carta Fundamental vigente;” (Rol N° 437, c. decimosexto);*

#### **4. INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 19, N° 21°, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA**

**36°.** Que, en la presente causa, la requirente ha impugnado los artículos 34 y 35 del D.F.L. N° 2, de 1967, en cuanto son contrarios a la Constitución Política de la República, afectando el derecho a desarrollar una actividad económica;

**37°.** Que el artículo 19, N° 21°, de la Carta Fundamental reconoce a todas las personas *“el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulan”*, de modo tal que es competencia del legislador regular el ejercicio de la actividad económica lícita;

**38°.** Que, sobre la materia, este mismo Tribunal ha consignado que *“del tenor del artículo 19, N° 21°, resulta que los que desarrollen una actividad económica deben someterse a las normas legales que la regulen. Por regular debemos entender, según el Diccionario de la Real Academia: ‘Ajustado y conforme a reglas’. De lo anterior se infiere que sujetar una actividad a una regulación significa establecer la forma o normas conforme a las cuales debe realizarse, pero en caso alguno puede ser que bajo el pretexto de regular se llegue a impedir el ejercicio de una actividad;”* (STC Rol N° 146, c. noveno, 21 de abril de 1992). Preciando lo anterior también se ha señalado que *“regular una actividad es someterla al imperio de una reglamentación que indique cómo puede realizarse; pero en caso alguno, bajo pretexto de ‘regular’ un accionar privado se puede llegar hasta obstaculizar o impedir la ejecución de actos lícitos amparados por el derecho consagrado en el artículo 19, N° 21, de la Constitución Política;”* (STC Rol N° 167, c. decimocuarto, 6 de abril de 1993). En otro pronunciamiento anterior, el ya citado fallo Rol N° 146, el tribunal declaró que *“si bien es efectivo que el legislador haciendo uso de su facultad de ‘regular’ puede establecer limitaciones y restricciones al derecho a desarrollar cualquier actividad económica, esta facultad no le corresponde al administrador, pues de acuerdo al texto constitucional, por el artículo 60, N° 2°, que establece ‘Sólo son materias de ley: Las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley’, estas atribuciones están entregadas expresamente al legislador, al disponer el constituyente que el derecho a desarrollar una actividad económica se asegura ‘respetando las normas legales que la regulen’. En otras palabras, el Constituyente entrega al legislador y no al administrador la fa-*



*cultad de disponer cómo deben realizarse las actividades económicas y a qué reglas deben someterse*". Siguiendo la misma corriente, el también citado fallo Rol N<sup>º</sup> 167 declara "*Que, si bien por 'regular', conforme al Diccionario de la Real Academia, debe entenderse: 'Ajustado y conforme a reglas', ello no podría jamás interpretarse en el sentido de que se impida el libre ejercicio del derecho. Por otra parte, si bien al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho, éstas claramente, de acuerdo al texto de la Constitución, deben ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativo. No podríamos entender en otro sentido la expresión 'las normas legales que la regulen', pues ello significaría violentar no sólo las claras normas del artículo 19, N<sup>º</sup> 21, sino que, también, sería aceptar que el administrador puede regular el ejercicio de los derechos constitucionales sin estar autorizado por la Constitución*" (STC Rol N<sup>º</sup> 467 c. vigesimosexto);

**39º.** Que resulta evidente que el artículo 34 del D.F.L. N<sup>º</sup> 2-1967, preconstitucional, impide el ejercicio de una actividad económica lícita, toda vez que permite al Inspector del Trabajo, por la vía administrativa, clausurar un establecimiento, en la especie la actividad de transporte de pasajeros, en caso que esa empresa incurra en multas administrativas. En efecto, de no ser por ese precepto legal, las referidas empresas podrían desarrollar la actividad económica que despliegan, libres de la amenaza de clausura administrativa. La no idoneidad del medio, atendido el diseño defectuoso de la norma que otorga la competencia sancionadora y configura su hipótesis de aplicación, menoscaba o limita el ejercicio del derecho a emprender, garantizado constitucionalmente;

## **5. ESTÁNDAR DE LA LEGISLACION CHILENA ACTUAL**

**40º.** Que, la sanción de clausura es una sanción particularmente intensa, si se la mira desde la perspectiva de la empresa. Ella implica para la misma que no podrá desempeñar, total o parcialmente, la actividad que constituye su objeto, en el caso de autos, la de transporte de pasajeros. Por ello, parece altamente razonable que la misma se reserve para la represión de infracciones de una entidad considerable, estableciéndose en la respectiva ley parámetros estrictos para su aplicación.

**41º.** Que, así ocurre en otros casos establecidos en el ordenamiento jurídico. Se alude, de manera ejemplar, a dos cuerpos legales dictados con posterioridad a la Constitución de 1980, que contemplan la sanción de clausura temporal o definitiva: se trata de la Ley N<sup>º</sup> 18.410 y la Ley N<sup>º</sup> 20.417. Del sólo texto de las disposiciones respectivas, puede afirmarse que tanto la Superintendencia de Electricidad y Combustibles como la Superintendencia del Medio Ambiente, pueden aplicar la medida de clausura, consignados, respectivamente, en el artículo 16, N<sup>º</sup> 5º, de la Ley N<sup>º</sup> 18.410, SEC y en el artículo 38 letra c) de la Ley N<sup>º</sup> 20.417, SMA, pero

el legislador establece parámetros obligatorios para que el organismo respectivo determine la sanción aplicable al caso, contenidos en los artículos 16 de la Ley N° 18.410 y el artículo 40 de Ley N° 20.417. Además, en el caso de la Superintendencia del Medio Ambiente, la ley es clara en el sentido de que la clausura procede solamente cuando se está en presencia de infracciones gravísimas y graves, tal como disponen los artículos 39 letras a) y b). Estas exigencias para la procedencia de la clausura, que son una garantía para el administrado, no se encuentran presentes en los preceptos contenidos en los artículos 34 y 35 del D.F.L. N° 2, de 1967;

## 6. CASO CONCRETO

42°. Que, además que la sanción de clausura, respecto de la cual deben aplicarse las garantías del debido proceso señaladas en este voto, cobra especial relevancia en el caso concreto el que una medida tan drástica deba serlo frente a hechos graves o gravísimos, como es la muerte o lesiones de pasajeros de pasajeros del medio de transporte. En estos casos, se reitera, el procedimiento previo es importante, pues hay que acreditar la infracción y el vínculo causal entre ésta y el resultado grave, ya sea muerte u otro;

43°. Que, resulta que del análisis de los documentos que constan en el expediente y tenidos a la vista por este Tribunal Constitucional, tales como el parte de Carabineros, el acta de fiscalización y la resolución sancionatoria, en ninguno de ellos se afirma que la infracción produjo el accidente, y en consecuencia, la muerte y los heridos. En esta materia, existe una evidente discrepancia entre lo que consta en dichos documentos, con lo aseverado tanto por escrito de traslado como en estrados por el abogado de la Dirección del Trabajo.

**B. El Ministro señor Juan José Romero Guzmán** manifiesta que sólo concurre a la declaración de inaplicabilidad del artículo 34 del D.F.L. N° 2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, en consideración a las argumentaciones siguientes:

1°. Que en materia laboral, la potestad fiscalizadora y sancionatoria se ejerce descentralizadamente a través de numerosas Inspecciones del Trabajo a lo largo del país. Esta situación exige un mayor grado de precisión normativa para un ejercicio razonablemente uniforme y justo de la potestad punitiva de la cual están investidas;

2°. Que, en consonancia con lo anterior, el artículo 506 del Código del Trabajo (norma análoga, pero no aplicable a la gestión pendiente) consagra un sistema punitivo detallado que limita los espacios de discreción (hasta cierto punto inevitables) de los Inspectores del Trabajo para ejercer la potestad sancionatoria;

3°. Que, en contraste con lo señalado precedentemente, el impugnado artículo 34 del D.F.L. N<sup>º</sup> 2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social dispone que “[e]n todos aquellos casos en que los Inspectores del Trabajo puedan aplicar multas administrativas, las reincidencias podrán ser sancionadas, además, con la clausura del establecimiento o faena, cuando ello fuere procedente, hasta por diez días, que será aplicada por el Inspector que constate la reincidencia.”;

4°. Que, como se puede verificar de su tenor, el artículo 34 del D.F.L. N<sup>º</sup> 2, de 1967, no tiene la densidad legal suficiente requerida para estructurar y guiar el ejercicio de la potestad sancionatoria. En efecto, esto ocurre al punto de que la norma recién indicada carece por completo de criterios, parámetros o guías para la determinación de la magnitud de la sanción aplicable al caso concreto;

5°. Que lo precedentemente expuesto resulta particularmente inapropiado tratándose de la imposición, en el caso concreto, de una sanción de magnitud muy elevada, de hecho, la mayor susceptible de ser aplicada;

6°. Que, más allá de lo expuesto, cabe advertir que la constatación de reincidencia no puede considerarse como un criterio para la determinación o graduación de la magnitud de la sanción, sino como un requisito para la imposición de la misma; y

7°. Que, en consecuencia, el artículo 34 del D.F.L. N<sup>º</sup> 2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, vulnera el derecho consagrado en el artículo 19, N<sup>º</sup> 3, inciso sexto, de la Constitución, el cual le asegura a todas las personas que “[c]orresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos” (énfasis agregado). La racionalidad y justicia de un procedimiento implica la configuración de una potestad sancionatoria con una densidad legal suficiente, la cual no está presente en modo alguno en lo referido a los criterios para la graduación o determinación de la severidad de la sanción.

y VISTO, lo dispuesto en los artículos 19, N<sup>os</sup> 3° y 21°, 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6°, e inciso undécimo, y demás pertinentes de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N<sup>º</sup> 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,

**SE RESUELVE:**

**1°. Que, por no haberse reunido el quórum exigido por el Artículo 93, N<sup>º</sup> 6°, de la Constitución Política para acoger el requerimiento respecto de la solicitud de inaplicabilidad de los artículos 34 y 35 del**

**D.F.L. N° 2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Prevision Social, que dispone la reestructuración y fija las funciones de la Dirección del Trabajo, éste se entiende rechazado.**

2°. Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 338, debiendo oficiarse al efecto a la última corte de apelaciones de Santiago.

Redactaron el voto por el rechazo, el Ministro señor Carlos Carmona Santander, el primer voto por acoger, la Ministra María Luisa Brahm Barril; el segundo, su autor.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 2.346-2012**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora Marisol Peña Torres, y por los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgún.

**ROL N° 2.347-2012**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 39,  
INCISO PRIMERO, DEL D.F.L. N° 3 DE 1997, LEY GENERAL DE  
BANCOS, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 40  
DE LA MISMA LEY, DEDUCIDO POR NICHOLAS SHEA CAREY  
Y JEAN BOUDEGUER SIMONETTI**

Santiago, quince de noviembre de dos mil doce.

Proveyendo a fojas 36, a lo principal, atendido lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley N° 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 otro sí, como se pide a la devolución de documentos.

Archívese la carátula conjuntamente con la presente resolución.  
Notifíquese por carta certificada al requirente.

**Rol N<sup>º</sup> 2.347-2012**

Proveído por el señor Presidente Subrogante del Tribunal Constitucional.

**ROL N<sup>º</sup> 2.348-2012**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 464, N<sup>º</sup> 1  
Y 472 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, DEDUCIDO POR INGRASUR  
LIMITADA, REDPAN LIMITADA Y LA LIBERTAD S.A.**

Santiago, veintidós de noviembre de dos mil doce.

Proveyendo a fojas 55: téngase por ampliado el requerimiento; al primer otrosí: téngase por acompañado documento, bajo apercibimiento legal; al segundo otrosí: estese a lo que se resolverá; al tercer otrosí: téngase presente;

**VISTO Y CONSIDERANDO:**

**1º.** Que, con fecha 13 de noviembre en curso, ampliado por presentación de fecha 14 del mismo mes, Juan Carlos Prado Aguirre, en representación de las sociedades Ingrasur Limitada y Redpan Limitada, y Marion Palominos Fuentes, en representación de la sociedad La Libertad S.A., han deducido requerimiento ante esta Magistratura a fin de que se declaren inaplicables el N<sup>º</sup> 1 del artículo 464 y el artículo 472, ambos del Código del Trabajo, en la gestión pendiente que se sigue ante el Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago, sobre cumplimiento de sentencia, caratulado “PÉREZ ZÚÑIGA, BRIAN OMAR, CON INDUSTRIA GRASERA Y OTRAS”, Rol N<sup>º</sup> C-2774-2012;

**2º.** Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 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 decimoprimerº del mismo precepto de la Carta 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, 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 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 señalan:

*“Artículo 79. 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 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 Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento de inaplicabilidad deducido en la Primera Sala de este Tribunal;

5°. Que esta Sala ha logrado formarse convicción en cuanto a que la acción constitucional deducida no puede prosperar, toda vez que el requerimiento no contiene una exposición clara de cómo los hechos y fundamentos en que se apoya producen como resultado la infracción constitucional que se denuncia, conforme lo exige el artículo 80 de la Ley Orgánica de esta Magistratura;

6°. Que, en efecto, en primer término se solicita la inaplicabilidad del N<sup>º</sup> 1 del artículo 464 del Código del Trabajo, que establece que la sentencia ejecutoriada es título ejecutivo; sin embargo, no se explicita de modo alguno la forma en que dicho precepto puede resultar inconstitucional en su aplicación concreta en la gestión de cumplimiento que se sigue ante el Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago;

7°. Que por otro lado se requiere la inaplicabilidad del artículo 472 del Código del Trabajo, que establece: *“Las resoluciones que se dicten en los procedimientos regulados por este Párrafo serán inapelables, salvo lo dispuesto en el artículo 470.”*;

8°. Que, al respecto, el requerimiento se fundamenta en que la Juez del Tribunal de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago habría excedido el ámbito de su competencia al haber condenado a la parte requirente en costas; sin embargo, dicha alegación no resulta congruente con el precepto impugnado, antes transcrito, el que, por lo demás, no podrá tener aplicación decisiva en el estado actual de la gestión pendiente, apareciendo más bien como una impugnación abstracta al régimen recursivo de las resoluciones que se dictan en los procedimientos regulados en el Párrafo 4° del Código del Trabajo, referido al cumplimiento de la sentencia y a la ejecución de los títulos ejecutivos laborales, seguidos ante los Tribunales de Cobranza.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6°, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República y en los preceptos citados y pertinentes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**Que no se admite a trámite el requerimiento deducido a fojas 1.**  
Notifíquese por carta certificada a los requirentes.

**Rol N<sup>º</sup> 2.348-2012**

Se certifica que el Ministro señor Fernández no firma, no obstante haber concurrido al acuerdo por encontrarse con permiso.

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente Subrogante, Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake, y los Ministros Francisco Fernández Fredes, Iván Aróstica Maldonado y Domingo Hernández Emparanza. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

## ROL N° 2.349-2012

### REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 5° TRANSITORIO, INCISO SEXTO, DE LA LEY N° 19.070 (ESTATUTO DOCENTE), DEDUCIDO POR CORPORACIÓN “SERVICIO EVANGÉLICO PARA EL DESARROLLO” (SEPADE)

Santiago, once de diciembre de dos mil doce.

Proveyendo al escrito de fojas 91, téngase por acompañado el documento, bajo apercibimiento legal.

#### VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que, con fecha 13 de noviembre de 2012, Corporación “Servicio Evangélico para el Desarrollo” (SEPADE), ha requerido a esta Magistratura solicitando la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso sexto del artículo 5° transitorio de la Ley N° 19.070 (Estatuto Docente), en el marco del proceso laboral RIT O-137-2012, del Juzgado de Letras de Concepción, de que conoce actualmente la Corte de Apelaciones de Concepción, por recurso de nulidad, bajo el Rol N° 277-2012;

2°. Que, con fecha 20 de noviembre pasado, esta Sala ordenó que, previo a resolver acerca de la admisión a trámite, se acompañare un certificado con todas las menciones exigidas por el artículo 79 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura;

3°. Que, de conformidad a lo ordenado por esta Sala, con esta fecha, se acompañó el certificado que rola a fojas 92, el cual da cuenta de que la gestión invocada se encuentra concluida;



4°. 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 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.”;

5°. 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 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.”;*

**6°.** 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 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.”;*

**7°.** Que de la sola lectura del libelo de fojas 1 se desprende que no se expone cuál es el conflicto de constitucionalidad planteado, ya que no se contiene una exposición clara, detallada ni específica de los hechos y fundamentos en que se apoya. Por otra parte, no se argumenta cómo la aplicación de los preceptos impugnados produciría, en el caso concreto que se invoca, el resultado de infracción constitucional que se denuncia, motivo por el cual resulta imposible estimar cumplidos los presupuestos establecidos por el legislador –ya transcritos– para acoger a trámite la acción y declararla admisible;

**8°.** Que, para que se entienda satisfecha la exigencia constitucional de encontrarse razonablemente fundada la acción, el requerimiento que se intente ante esta Magistratura no sólo debe señalar con precisión y suficiente detalle los hechos de la causa *sub lite* y también indicar cuáles son los preceptos constitucionales que podrían verse violentados de ser aplicada la o las determinadas normas legales impugnadas en el proceso judicial pendiente ante un tribunal ordinario o especial en el que sea parte el actor, sino que, además, debe señalarse de manera clara, delimitada y específica, la forma en que se podría producir la contradicción constitucional en el asunto concreto que se discute en el mismo proceso judicial. En efecto, 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 objetados 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<sup>OS</sup> 482, 483, 484, 485, 490, 491, 492, 494, 1.772 y 2.121, entre otras);

**9º.** Que, como se ha razonado por esta Magistratura en las sentencias de inadmisibilidad roles N<sup>OS</sup> 1.344, 1.942 2.083 y 2.084, no es competencia de esta Magistratura resolver acerca de la eventual aplicación incorrecta o abusiva de un determinado precepto que pudiere efectuar un tribunal, la que corresponderá corregir a través de los diversos recursos que contemplan las leyes de procedimiento, en este caso, ante la Corte Suprema como tribunal superior jerárquico. Como se ha señalado, “la acción de inaplicabilidad es un medio inidóneo para impugnar resoluciones de órganos jurisdiccionales, ya que la salvaguarda del imperio de la ley en el conocimiento, resolución y ejecución de lo juzgado en causas civiles y criminales corresponde exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley, a través de los medios procesales que el legislador establezca mediante los Códigos de Enjuiciamiento” (Rol 794-2007”);

**10º.** Que, examinado el requerimiento, y atendido el mérito de los razonado en los dos considerandos precedentes, 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 aludidos por el numeral 6º del artículo 84 de la citada ley orgánica constitucional, carece de fundamento plausible;

**11º.** Que esta Magistratura Constitucional, en oportunidades anteriores y atendido el mérito de cada caso particular, ha determinado que el requerimiento de inaplicabilidad interpuesto adolece de vicios o defectos tales que hacen imposible que pueda prosperar, siendo, así, impertinente que la Sala respectiva efectúe un examen previo de admisión a trámite y procediendo que la misma declare derechamente la inadmisibilidad de la acción deducida;

**12º.** 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, toda vez que no cumple con las exigencias constitucionales y legales antes transcritas, al no concurrir el presupuesto de verificarse la existencia de una gestión pendiente ante tribunal ordinario o especial, en la que el precepto legal impugnado pueda recibir aplicación, careciendo además de fundamento plausible, configurándose así, en la especie, las causales de inadmisibilidad de los números 3º y 6º del ya transcrito artículo 84 de la Ley N<sup>º</sup> 17.997.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo establecido en el artículo 93, inciso primero, N° 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política y en los N°s 3° y 6° del artículo 84 y demás normas pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

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

Notifíquese.

Comuníquese a la Corte de Apelaciones de Concepción.

Archívese.

**Rol N° 2.349-2012**

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta Subrogante, la Ministra señora Marisol Peña Torres, y por los Ministros señores Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

**ROL N° 2.350-2012**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 39,  
INCISO PRIMERO, DEL D.F.L. N° 3 DE 1997, LEY GENERAL  
DE BANCOS, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 40 DE LA MISMA  
LEY, DEDUCIDO POR JEAN BOUDEGUER SIMONETTI**

Santiago, veintiocho de mayo de dos mil trece.

Proveyendo a fojas 218 y a lo principal y otrosí de fojas 219, téngase presente y estése a lo que se resolverá.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

**1°.** Que, mediante presentación de 2 de mayo de 2013, a fojas 209, el abogado Francisco Cox Vial, por el requirente, Jean Bodeguer Simonetti, ha solicitado a esta Magistratura Constitucional que se tenga a su parte por desistida de la acción deducida en estos autos;

2°. Que a los efectos previstos en el inciso tercero del artículo 46 de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, mediante resolución de 6 de mayo de 2013, el Tribunal ordenó, para pronunciarse sobre la solicitud de desistimiento formulada, que se confiara traslado al Ministerio Público y a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, y que se comunicara la referida presentación al Presidente de la República, al Senado y a la Cámara de Diputados, para que, dentro del plazo de cinco días, formularen las observaciones que estimaren pertinentes.

3°. Que, tanto la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (a fojas 218) como el Ministerio Público (a fojas 219), aceptaron el desistimiento pedido, sin que los órganos constitucionales interesados evacuaran el traslado dentro de plazo ni se opusieran al desistimiento.

**SE RESUELVE:**

**Ha lugar a la solicitud de fojas 209. Téngase al requirente, señor Jean Bodeguer Simonetti, por desistido de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducida en autos y por terminado este proceso constitucional.**

Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 36. Oficiese al efecto al Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago.

**Acordado el desistimiento con el voto en contra del Ministro señor Iván Aróstica Maldonado**, quien estuvo por denegarlo y continuar con la tramitación del presente proceso constitucional, atendido que el requirente no expresó motivos para fundar su solicitud; que el mismo actor tiene la calidad de imputado en la gestión en que incide su requerimiento, gestión seguida en su contra por la eventual comisión del delito de intrusismo bancario, y que, atendidas las demás partes de dicha gestión –Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y Ministerio Público–, aparece de manifiesto que en el caso *sub lite* la resolución del requerimiento de inaplicabilidad deducido envuelve una cuestión de orden público constitucional, sobre la cual esta Magistratura Constitucional, en su rol de garante de la supremacía constitucional, debiera emitir pronunciamiento.

Notifíquese y comuníquese.

Archívese.

**Rol N<sup>º</sup> 2.350-2012**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente Subrogante, Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake, y por los Ministros señora Marisol Peña Torres y señores Carlos Carmo-

na Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza y Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril. Autoriza el Secretario Subrogante del Tribunal Constitucional, señor Rodrigo Pica Flores.

## ROL N° 2.351-2012

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 5°,  
INCISO SEGUNDO, DE LA LEY N° 20.285,  
SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA,  
EN LA PARTE QUE INDICA, DEDUCIDO POR ANGÉLICA  
MANRÍQUEZ RAMÍREZ, SUBSECRETARIA DE TRANSPORTES  
SUBROGANTE, EN REPRESENTACIÓN DEL MINISTERIO  
DE TRANSPORTES Y TELECOMUNICACIONES, PEDRO PABLO  
ERRÁZURIZ DOMÍNGUEZ, MINISTRO DE TRANSPORTES  
Y TELECOMUNICACIONES, POR SÍ, PATRICIO PÉREZ GÓMEZ,  
COORDINADOR GENERAL DE TRANSPORTES, POR SÍ,  
Y RICARDO OPORTO JARA

Santiago, veintiséis de diciembre de dos mil doce.

Proveyendo al escrito de fojas 87, a lo principal, téngase por evacuado el traslado conferido; a los otrosíes primero y segundo, ténganse por acompañados los documentos, bajo apercibimiento legal; al tercer otrosí, téngase presente el patrocinio y poder.

Proveyendo al escrito de fojas 125, estese al mérito de lo que a continuación se resolverá.

### VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que, con fecha 19 de noviembre de 2012, Angélica Manríquez Ramírez, Subsecretaria de Transportes subrogante, en representación del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones; Pedro Pablo Errázuriz Domínguez, Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, por sí, Patricio Pérez Gómez, Coordinador General de Transportes, por sí, y Ricardo Oporto Jara han requerido a esta Magistratura la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 5° de la

Ley N<sup>º</sup> 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en la parte que dice “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”, en el marco del reclamo de ilegalidad de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N<sup>º</sup> 5077-2012;

2<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 dispone que “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 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 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<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 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, a su vez, 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 28 de noviembre de 2012, esta Sala acogió a tramitación el requerimiento deducido, confiriendo traslado para resolver acerca de la admisibilidad;

6°. Que el precepto legal cuya aplicación se impugna dispone:

*“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.”;*

7°. Que la gestión invocada es un recurso de reclamación en contra del Consejo para la Transparencia, deducido en el marco de una solicitud de acceso a información, en la cual se solicitó copia de correos y oficios recibidos y enviados por la Subsecretaría, el Ministro, el Coordinador General de Transportes y el equipo responsable del proceso de modificación de contratos de Transantiago que asigna nuevos recorridos;

8°. Que, en la especie, consta que la Subsecretaría de Transportes denegó el acceso a los correos electrónicos solicitados invocando la garantía



de la inviolabilidad de las comunicaciones, establecida por el numeral 5<sup>º</sup> del artículo 19 de la Carta Fundamental, y también en virtud de lo dispuesto por el numeral 5<sup>º</sup> del artículo 21 de la Ley N<sup>º</sup> 20.285. Por otra parte, denegó el acceso a los oficios solicitados invocando el numeral 1<sup>º</sup> del mismo artículo 21, a cuyo efecto adujo que hoy la entrega de dichos antecedentes afectaría la eficacia del servicio;

9<sup>º</sup>. Que, en su momento, la parte requirente, al contestar la solicitud de acceso a información, señaló que los correos electrónicos “...constituyen antecedentes que servirán de base para la evaluación y posterior adopción de las determinaciones que corresponden a la autoridad para velar por la continuidad de los servicios de transporte público de pasajeros de la ciudad de Santiago”, es decir, reconoció que son elementos y antecedentes fundantes de decisiones de órganos de la Administración del Estado;

10<sup>º</sup>. Que, a la luz del inciso segundo del artículo 8<sup>º</sup> de la Carta Fundamental, que dispone que “*son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen*”, según la propia Subsecretaría de Transportes, los correos solicitados en el caso *sub lite* constituyen información de aquella a que se refiere el estatuto constitucional del principio de publicidad, sobre todo teniendo en cuenta que los contratos a que se alude en la gestión invocada fueron finalmente modificados;

11<sup>º</sup>. 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 es necesario que el requerimiento se encuentre razonablemente fundado, concurriendo además la causal de inadmisibilidad establecida por el numeral 6<sup>º</sup> del artículo 84 de la citada ley orgánica constitucional;

12<sup>º</sup>. Que, a partir del mérito de los antecedentes aludidos, 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<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política y en los artículos 79, 80, 82 y 84, N<sup>º</sup> 6, 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.** Téngase por no presentado para todos los efectos legales.

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

Notifíquese y comuníquese al tribunal que conoce de la gestión invocada.

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios e Iván Aróstica Maldonado,** quienes estuvieron por de-

clarar la admisibilidad del requerimiento, considerando que se encuentran cumplidos todos los presupuestos exigidos por el inciso undécimo del artículo 93 de la Constitución y que no concurren en el caso las causales de inadmisibilidad del artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal.

Archívese.

**Rol Nº 2.351-2012**

Se certifica que el Ministro señor Marcelo Venegas Palacios concurrió al acuerdo del fallo, 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 por los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Iván Aróstica Maldonado y Domingo Hernández Emparanza. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

**ROL Nº 2.352-2012**

REQUERIMIENTO PRESENTADO POR UN GRUPO DE DIPUTADOS, RESPECTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 11, INCISOS SEGUNDO Y TERCERO; 12, INCISO PRIMERO; 20 Y 21 DEL PROYECTO DE LEY QUE “ESTABLECE UN RÉGIMEN SIMPLIFICADO PARA LA CONSTITUCIÓN, MODIFICACIÓN, TRANSFORMACIÓN, FUSIÓN, DIVISIÓN Y TERMINACIÓN PERSONAS JURÍDICAS QUE INDICA”, CONTENIDO EN EL BOLETÍN Nº 7328-03.

Santiago, cuatro de diciembre de dos mil doce.

Por no reunir el requerimiento el quórum exigido por el artículo 93 Nº 3, inciso cuarto, de la Constitución Política de la República, téngasele por no presentado para todos los efectos legales.

Proveyendo a fojas 216, 218, 220, a fojas 241, 243, 244 y 248 y lo pendiente de fojas 190, 192, 193, 194, 195, 196, 203, 204 y la de fojas 247 que solicita el retiro del requerimiento: estese a lo resuelto.

Comuníquese al Presidente de la República, para los efectos previstos en el inciso final del artículo 65 de la Ley Orgánica de este Tribunal.

Comuníquese, notifíquese, y archívese.

**Rol N<sup>º</sup> 2.352-2012**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente Subrogante, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por los Ministros señor Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

**ROL N<sup>º</sup> 2.353-2012**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL “TRATADO ENTRE  
LA REPÚBLICA DE CHILE Y LA REPÚBLICA DE ARGENTINA  
SOBRE CONTROLES INTEGRADOS DE FRONTERAS,  
DE 8 DE AGOSTO DE 1997, PARA EL EFECTO DE EXTENDER  
TERRITORIALMENTE LA COMPETENCIA DEL JUZGADO  
DE GARANTÍA DE LOS ANDES”, DEDUCIDO POR  
HÉCTOR GUZMÁN GODOY**

Santiago, cuatro de diciembre de dos mil doce.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1<sup>º</sup>. Que, con fecha 20 de noviembre de 2012 Héctor Guzmán Godoy ha requerido a esta Magistratura Constitucional para que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del Tratado entre la República de Chile y la República de Argentina sobre Controles Integrados de Fronteras, en el marco de un proceso penal seguido en su contra ante

el Juzgado de Garantía de Los Andes, bajo el RIT N° 3776-2010, RUC N° 1010030895-4;

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 Constitucional del Tribunal Constitucional. 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 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.”;*

5°. Que, en síntesis, el requirente alega que se infringe su derecho constitucional a ser juzgado por el tribunal preestablecido por la ley, en la medida que, según señala, se le pretende dar competencia extraterritorial al Juzgado de Garantía de los Andes a partir del artículo 3° del tratado internacional en cuestión, que no sería una norma de competencia ni un caso de extraterritorialidad de la ley penal. Señala que el artículo 14 del aludido tratado es la única norma referida a delitos y exige que el sujeto activo sea un funcionario en ejercicio de labores. Por otra parte, señala que se infringiría el artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales, al no ser éste un caso de extraterritorialidad penal, y consecuentemente el artículo 7° del mismo código, al vulnerarse la regla del territorio del tribunal. Agrega que si fuera un caso de extraterritorialidad, por la vía del artículo 167 de dicho cuerpo legal el tribunal competente sería un Juzgado de Garantía de Santiago, para finalmente dar por vulnerados el Código de Derecho Internacional Privado y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;

6°. Que esta Magistratura Constitucional, en oportunidades anteriores y atendido el mérito de cada caso particular, ha determinado que el

requerimiento de inaplicabilidad interpuesto adolece de vicios o defectos tales que hacen imposible que pueda prosperar, siendo, así, impertinente que la Sala respectiva efectúe un examen previo de admisión a trámite y procediendo que la misma declare derechamente la inadmisibilidad de la acción deducida;

7°. 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, toda vez que no cumple con las exigencias constitucionales y legales antes transcritas, al no concurrir el presupuesto de estar razonablemente fundado el libelo de fojas 1, configurándose, en la especie, la causal de inadmisibilidad del número 6° del ya transcrito artículo 84 de la Ley N° 17.997, sin perjuicio de la eventual concurrencia de otras causales de inadmisibilidad. En efecto, en el libelo de fojas 1 no se plantea un conflicto de constitucionalidad, sino que una cuestión de mera legalidad, en la medida que el requerimiento se sustenta en la determinación del sentido y alcance que debe darse a la competencia del Tribunal de Garantía de los Andes a partir del tratado internacional aludido, alegándose como infringidas un conjunto de disposiciones del Código Orgánico de Tribunales;

8°. Que la competencia de los tribunales es, en nuestro sistema constitucional, una materia propia de ley según los artículos 7°, 19, numeral 3°, y 76 de la Carta Fundamental. En dicho marco, la discusión acerca de la competencia que expresamente se asigne a cada tribunal en función del factor territorio es una materia propia de las atribuciones de judicatura ordinaria, y la aplicación de las normas que la regulen corresponde a una materia propia de la competencia de los jueces del fondo, escapando a la órbita de atribuciones de esta Magistratura;

9°. Que, en efecto, como lo ha señalado esta Magistratura, no es función de esta jurisdicción constitucional aclarar el sentido que tienen determinados preceptos, dado que esto último importa “una cuestión de legalidad cuya resolución es propia de los jueces de fondo” (STC roles N°s 522, 1.214 y 2.107), conflicto que no se encuentra dentro del marco de atribuciones de este órgano de jurisdicción constitucional. A mayor abundamiento, se ha razonado por esta Magistratura en las sentencias de inadmisibilidad roles N°s 1.344, 1.942, 2.084 y 2.286, que “no es competencia de esta Magistratura resolver acerca de la eventual aplicación incorrecta o abusiva de un determinado precepto que pudiere efectuar un tribunal, la que corresponderá corregir a través de los diversos recursos que contemplan las leyes de procedimiento”, pues, “la acción de inaplicabilidad es un medio inidóneo para impugnar resoluciones de órganos jurisdiccionales, ya que la salvaguarda del imperio de la ley en el conocimiento, resolución y ejecución de lo juzgado en causas civiles y criminales corresponde exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley, a través de los medios procesales que el legislador establezca mediante los Códigos de Enjuiciamiento” (STC Rol N° 794);

**10°.** Que, por otra parte, siguiendo lo razonado en las sentencias roles N<sup>os</sup> 1.512 y 2.247 de este Tribunal, debe tenerse presente la impugnación genérica de una institución o de una norma “pretendiendo que mediante la sentencia de este Tribunal se modifique su fisonomía” es improcedente, en la medida que *“extralimita el objeto de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las leyes, regulada en las normas constitucionales antes transcritas, cuyo objeto es resolver acerca del efecto eventualmente inconstitucional que la aplicación de normas precisas de jerarquía legal pueda generar en la gestión judicial pendiente que se invoque en la respectiva presentación”*.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo establecido en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política y en el N<sup>º</sup> 3° del artículo 84 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.** Téngase por no presentado para todos los efectos legales. Comuníquese al Juzgado de Garantía de Los Andes. Notifíquese. Archívese.

### **Rol N<sup>º</sup> 2.353-2012**

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta Subrogante, la Ministra señora Marisol Peña Torres, y por los Ministros señores Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

ROL N° 2.354-2012

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 277,  
INCISO SEGUNDO, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL,  
PARTICULARMENTE RESPECTO DE LA ORACIÓN  
“CUANDO LO INTERPUSIERE EL MINISTERIO PÚBLICO”,  
Y DEL ARTÍCULO 320 DEL MISMO CÓDIGO,  
PARTICULARMENTE RESPECTO DE LA ORACIÓN  
“DICTE LAS INSTRUCCIONES NECESARIAS PARA QUE SUS  
PERITOS PUEDAN ACCEDER A EXAMINAR”, DEDUCIDO POR  
CARLOS DAVID CONTRERAS QUISPE

Santiago, nueve de enero de dos mil catorce.

**VISTOS:**

Con fecha 21 de noviembre de 2012, don Carlos Contreras Quispe, representado por la abogada Scarlet Muñoz Venegas, ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la oración “*cuando lo interpusiere el Ministerio Público*”, contenida en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal, y de la oración “*dicte las instrucciones necesarias para que sus peritos puedan acceder a examinar*”, contenida en el artículo 320 del mismo Código, para que surta efectos en el proceso sobre delito reiterado de usurpación de aguas, RIT N° 473-2010, RUC 1010009669-8, en el que el requirente es uno de los cuatro imputados, y que se sustancia ante el Juzgado de Garantía de Pozo Almonte.

El texto de los preceptos legales del Código Procesal Penal que fueran objetados en estos autos, es el que se destaca a continuación:

Artículo 277, inciso segundo: “*El auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, **cuando lo interpusiere el ministerio público** por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente. Este recurso será concedido en ambos efectos. Lo dispuesto en este inciso se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales.*”.

Artículo 320. “*Instrucciones necesarias para el trabajo de los peritos. Durante la etapa de investigación o en la audiencia de preparación del juicio oral, los intervinientes podrán solicitar del juez de garantía que **dicte las instrucciones necesarias para que sus peritos puedan acceder a examinar** los objetos, documentos o lugares a que se refiriere su pericia o para cualquier otro fin pertinente. El juez de garantía accederá a la solicitud, a menos que, presentada durante la etapa de investigación, considerare necesario postergarla para proteger el éxito de ésta.*”.



A efectos de fundamentar su requerimiento, el actor alude a los hechos relacionados con el proceso penal pendiente invocado, para luego exponer los argumentos que sustentan las infracciones constitucionales que denuncia.

En cuanto a los hechos que originaron la gestión pendiente, el requirente expone lo señalado en la acusación dirigida en su contra. En ésta se indica que desde el año 2003 a la fecha, en su calidad de alto ejecutivo y representante de las sociedades contractuales mineras Compañía de Yodo y Salitre Cala Cala y Compañía Minera Negreiros, mantuvo operativos y en permanente funcionamiento 38 pozos habilitados para la extracción de aguas subterráneas. Diecinueve de ellos se encuentran ubicados en la Comuna de Pozo Almonte y los otros 19 en la Comuna de Negreiros, ambas de la Provincia de Tamarugal. Desde esos pozos se efectuó una constante extracción de agua en favor de las aludidas sociedades mineras. Sin embargo, la extracción y uso de los recursos hídricos no se encontraría amparada en ningún derecho de aprovechamiento o título legítimo. En las mencionadas zonas el único derecho de aguas es el de la Sociedad Química y Minera de Chile S.A., que se ha visto invadida en sus derechos.

Precisa el peticionario que en el respectivo proceso penal se le acusa en calidad de autor del delito consumado de usurpación de aguas bajo la figura de reiteración.

Agrega que en este proceso, se encuentra pendiente la realización de la audiencia de preparación del juicio oral. A su vez, se encuentra pendiente la resolución de la solicitud presentada por el requirente en la que pide al juez de la causa la autorización de ingreso e instrucciones a sus peritos, conforme lo ordena el artículo 320 del aludido código de enjuiciamiento penal. Por ello, los preceptos reprochados serían decisivos en la resolución del asunto.

En cuanto a los fundamentos de derecho que sustentan los vicios de constitucionalidad aducidos, el actor expone las siguientes dos argumentaciones.

En primer lugar, se refiere a la inaplicabilidad de la frase “*cuando lo interpusiere el Ministerio Público*”, contenida en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal.

Alega que en su virtud se genera una enorme desigualdad, pues impide a los intervinientes, distintos del ente persecutor, apelar el auto de apertura del juicio oral cuando el juez de garantía ha determinado en esta resolución excluir alguna de las pruebas presentadas, sea porque provienen de diligencias o actuaciones declaradas nulas o sea porque han sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. A juicio del actor, se trata de una discriminación arbitraria que pugna con el derecho a la igualdad ante la ley, toda vez que la legitimidad exclusiva de ese organismo para apelar no tiene justificación alguna.

Por otra parte, al no poder apelar, los otros intervinientes ven afectado su derecho a la defensa, pues no cuentan con las mismas herramientas procesales para defenderse.

Además, la aplicación de la norma vulnera el derecho al debido proceso, porque el derecho a probar –que depende de si se excluyen o no las pruebas en el auto de apertura– es un derecho consustancial a la racionalidad y justicia de todo procedimiento. Y sucede que el derecho a probar se vería afectado si se excluye prueba y el interviniente al que se le han excluido sus probanzas no puede apelar. A su vez, se conculca este derecho, desde el momento que el derecho al recurso es un elemento integrante del debido proceso penal.

En segundo lugar, el actor se refiere a la frase “*dicte las instrucciones necesarias para que sus peritos puedan acceder a examinar*”, contenida en el artículo 320 del Código Procesal Penal.

Explica al efecto que su estrategia en el juicio necesariamente requiere una defensa técnica, a saber, el informe de peritos, sobre todo para desvirtuar el elemento del tipo consistente en la invasión de derechos de terceros. Los lugares a que deben entrar los peritos para realizar las pericias referidas a los pozos supuestamente perjudicados por la extracción de aguas se encuentran ubicados en terrenos de la querellante Sociedad Química y Minera de Chile S.A. –en adelante, SOQUIMICH–. De esta manera, la única forma de ingresar a ellos es con la autorización de la querellante o del juez.

Por consiguiente, para que sus peritos puedan realizar las pericias que estima pertinentes para su defensa, se requiere que el juez, al dictar las instrucciones necesarias a efectos de que puedan acceder a examinar los pozos objeto de la pericia, autorice a los mismos a ingresar al lugar en que éstos se encuentran.

Por lo anterior, debe entenderse que la frase “*dicte las instrucciones necesarias para que sus peritos puedan acceder a examinar*” comprende dicha autorización. La interpretación que no la contemple debe declararse inconstitucional, porque sin la autorización de ingreso no se puede realizar la prueba pericial y ello importa que se vulnere el derecho a la prueba y, en consecuencia, el derecho al debido proceso y el derecho a la igualdad.

Precisa que el Tribunal Constitucional se ha referido a la inconstitucionalidad de una determinada interpretación de un precepto legal en el caso concreto. Específicamente, en el Rol N° 806, referido a la inaplicabilidad del artículo 416 del Código Procesal Penal.

Por resolución de fojas 98, la Segunda Sala de esta Magistratura admitió a tramitación el requerimiento. Luego de ser declarado admisible por la aludida Sala, de ser suspendido el procedimiento de la gestión pendiente en esa oportunidad, y pasados los autos al Pleno, de conformi-

dad a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, el requerimiento fue comunicado a la Cámara de Diputados, al Senado y al Presidente de la República y notificado a las partes de la gestión judicial invocada, a efectos de que pudieran hacer valer sus observaciones y acompañar los antecedentes que estimaren convenientes.

Por escrito de fojas 438, el Ministerio Público formuló sus observaciones, argumentando que el requerimiento debe ser rechazado por los siguientes motivos.

En primer lugar, en cuanto a la inaplicabilidad relacionada con el artículo 277 del Código Procesal Penal, la entidad fiscal hace una advertencia en orden a que, en las diversas ocasiones en que ha debido presentar sus descargos respecto de solicitudes de inaplicabilidad sobre la misma disposición que se reprocha en autos, no ha hecho oposición a las reflexiones atingentes a su inconstitucionalidad explicitadas en sentencias del Tribunal Constitucional.

A continuación, se refiere a los motivos del rechazo de la impugnación, alegando para ello que el requirente no ha entregado elementos de juicio que permitan vislumbrar que le serán excluidas pruebas de las que se pretenda valer en el juicio –por provenir de diligencias o actuaciones declaradas nulas o haber sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales–. De esta manera, se está en presencia de una impugnación abstracta, pues la aplicación de la norma es incierta.

En segundo lugar, en cuanto al cuestionamiento de la norma contenida en el artículo 320 del Código Procesal Penal, alega que debe rechazarse ya que la aplicación de la regla no produce efectos inconstitucionales. Ello, porque el precepto legal asegura a todos los intervinientes la obtención, por parte del juez, de las instrucciones necesarias para que sus peritos puedan proceder a examinar. Todos se encuentran en igualdad de condiciones ante la norma.

Agrega que, además, el reproche de constitucionalidad debe ser rechazado, pues resultaría evidente que lo que realmente se persigue mediante la acción de inaplicabilidad de autos no es la inaplicabilidad del precepto legal, sino que la integración del mismo con elementos que no lo componen, como lo es la autorización de ingreso a un lugar. Esta pretensión no es el objeto para el que se ha dispuesto la acción de inaplicabilidad, pues dice más bien relación con la interpretación de la ley.

Por escrito de fojas 501, la Sociedad Química y Minera de Chile formuló sus observaciones al requerimiento. Para ello, explica, a modo introductorio, que el requerimiento es otra más de las actuaciones del requirente para dilatar el proceso penal y así seguir extrayendo agua sin título legítimo. Luego, presenta sus descargos en relación con cada una de las normas que fueran objetadas.

En primer término, en cuanto a la inaplicabilidad referida a la norma contenida en el artículo 277 del Código Procesal Penal, alega que no produce ninguna discriminación arbitraria. Fundamenta este aserto explicando que la norma se inserta en un sistema recursivo penal en el que la apelación es excepcionalísima, para así evitar la dilación de los procesos. A su vez, aduce que el precepto no vulnera el derecho a la igualdad porque se encuentra acorde con el principio de isonomía, según el cual debe tratarse igual a quienes se encuentran en la misma situación, y debe tratarse de manera diferente a quienes se encuentran en una situación diversa. Lo anterior, atendido que, por una parte, la prohibición general de apelación de la exclusión de una prueba es igual para todos los intervinientes, por lo que no existe entonces un trato discriminatorio, ya que todos están afectos a la misma prohibición. Por otra parte, no es constitutiva de discriminación la hipótesis de que sólo el Ministerio Público pueda apelar de la exclusión de prueba que proviene de una diligencia o actuación declarada nula o que ha sido obtenida con inobservancia de derechos fundamentales. La razón de esto es que sólo el Ministerio Público puede hallarse en la hipótesis de presentar ese tipo de pruebas, ya que es el único interviniente que se encuentra dotado de la potestad investigativa del Estado.

Explica que, además, se debe considerar que carece de sentido conceder en este caso la apelación al acusado, pues la exclusión de una prueba de cargo le beneficia sólo a él.

Concluye sus descargos sobre esta impugnación sosteniendo que lo que verdaderamente busca el actor con su requerimiento es la creación de un recurso de apelación allí donde el legislador no lo ha creado.

En segundo término, la requerida se refiere al cuestionamiento de la norma contenida en el artículo 320 reprochado.

Explica que, en realidad, la impugnación a este precepto lo que verdaderamente envuelve y reitera es la objeción sobre la regla que impide apelar, contenida en el artículo 277 del Código Procesal Penal. Ello, porque si la prueba pericial que solicitó en virtud del aludido artículo 320 –esto es, la instrucción judicial para que sus peritos puedan proceder a examinar los pozos de agua– es decretada en términos diversos a los solicitados por el requirente, entonces éste no podrá apelar.

Agrega SOQUIMICH que, además, la impugnación debe ser rechazada, toda vez que no existe gestión pendiente en la que pueda tener aplicación el precepto reprochado. En efecto, sólo existe apariencia de gestión. Lo anterior por los siguientes hechos: el peticionario adhirió a la solicitud, que presentara otro imputado, de que un perito efectuara estudios hidrológicos respecto de los ya mencionados 38 pozos de extracción. El juez accedió parcialmente, exceptuando aquellos pozos con orden ejecutoriada de cegamiento expedida por la Corte Suprema. Durante la tra-

mitación de los autos de inaplicabilidad, el actor reconoció que la solicitud de peritaje que presentará será la misma a la recién reseñada, solicitud que es la que podría generar la imposibilidad de apelar si es negada por el juez del fondo. De esta manera, se está sólo ante una apariencia de gestión creada artificialmente por el peticionario.

Finalmente, alega SOQUIMICH que, de acogerse la inaplicabilidad en comento, se vulneraría el artículo 76 de la Constitución, que consagra la función jurisdiccional y la independencia de la judicatura en su ejercicio. Ello, por cuanto en el caso de la inaplicación el juez penal no podrá, según lo faculta ese artículo constitucional, dictar las instrucciones que estime necesarias para la realización de las pericias conforme al mérito del proceso. Siempre deberá autorizarlas y en los mismos términos que pidan los intervinientes.

Habiéndose traído los autos en relación, se procedió a la vista de la causa el día 25 de junio de 2013, oyéndose los alegatos del abogado Miguel Soto Piñeiro, por el requirente, del abogado Hernán Ferrera, por el Ministerio Público, y del abogado Miguel Ángel Fernández, por la Sociedad Química y Minera de Chile.

#### CONSIDERANDO:

### I LA IMPUGNACIÓN

**PRIMERO.** Que en el marco de un proceso penal, radicado en el Juzgado de Letras, Garantía y Familia de Pozo Almonte, iniciado por querrela de la Sociedad Química y Minera de Chile (SOQUIMICH), por el delito de usurpación de aguas subterráneas, sancionado en el artículo 459, N<sup>º</sup> 1, del Código Penal, uno de los imputados ha presentado un requerimiento de inaplicabilidad contra dos preceptos legales del Código Procesal Penal (CPP).

En primer lugar, se ha cuestionado parte del inciso segundo del artículo 277, que señala:

*“El auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el ministerio público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente. Este recurso será concedido en ambos efectos. Lo dispuesto en este inciso se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales.”*

En segundo lugar, se ha objetado parcialmente el artículo 320, que indica:

*“Artículo 320. Instrucciones necesarias para el trabajo de los peritos. Durante la etapa de investigación o en la audiencia de preparación del juicio oral, los inter-*

*vinientes podrán solicitar del juez de garantía que dicte las instrucciones necesarias para que sus peritos puedan acceder a examinar los objetos, documentos o lugares a que se refiriere su pericia o para cualquier otro fin pertinente. El juez de garantía accederá a la solicitud, a menos que, presentada durante la etapa de investigación, considerare necesario postergarla para proteger el éxito de ésta.*”;

**SEGUNDO.** Que el reproche de inconstitucionalidad que se formula respecto del artículo 277, se funda en dos tipos de argumentos. Por una parte, a juicio del requirente, se afecta la igualdad ante la ley, otorgando un trato privilegiado al Ministerio Público, pues sólo éste puede presentar el recurso de apelación por la exclusión de pruebas que se hubiere producido en el auto de apertura del juicio oral. Por la otra, se vulnera el debido proceso, toda vez que la exclusión de pruebas también puede afectar a los otros intervinientes del proceso penal. Al no poder reclamar contra dicha exclusión, se contraviene el derecho a defensa del imputado.

En relación al artículo 320, se sostiene que la norma puede impedir que los peritos nombrados por la defensa accedan a los respectivos pozos y verifiquen su existencia y los perjuicios que puedan producirse a terceros con motivo de su operación. Por lo mismo, se afecta la defensa activa, el acceso a probar los hechos de la defensa;

## II

### NO HAY INCONSTITUCIONALIDAD EN EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 277 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

**TERCERO.** Que la primera norma objetada se refiere a la facultad del Ministerio Público para apelar de la exclusión de prueba en el auto de apertura del juicio oral;

#### 1. Criterios de interpretación.

**CUARTO.** Que, antes de examinar el cuestionamiento que se formula en la presente inaplicabilidad, es necesario señalar algunos criterios de interpretación que nos van a guiar al momento de examinar la norma impugnada.

En primer lugar, el artículo 277 regula el auto de apertura del juicio oral. La exclusión de prueba se encuentra establecida en el artículo 276. Ahí se consagra que la exclusión de pruebas puede provenir de imperitencia, de actuaciones o diligencias declaradas nulas o porque fueron obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

Respecto de dicho auto, el artículo 277 regula la procedencia de a lo menos dos recursos. De un lado, el de apelación. Del otro, el recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral;

**QUINTO.** Que la apelación está concebida con cuatro características. Por de pronto, es un recurso único. El Código habla de que “*sólo será susceptible de recurso de apelación*” el auto de apertura del juicio oral. El recurso de nulidad no es contra el auto de apertura, sino contra la sentencia definitiva. Este recurso queda salvado por el Código, pues la apelación “*se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva*”.

Enseguida, se trata de un recurso que sólo lo puede interponer el Ministerio Público.

Asimismo, es un recurso que sólo procede cuando la exclusión de pruebas dispuesta por el juez de garantía se hizo no por su impertinencia, sino porque se trata de prueba derivada de actuaciones o diligencias declaradas nulas u obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. Se trata, en consecuencia, de causales regladas y estrictas; no procede por el mero agravio.

Finalmente, el recurso de apelación se concede en ambos efectos. La regla general en materia de apelación en el CPP es que se concede en el solo efecto devolutivo, “*a menos que la ley señale expresamente lo contrario*” (artículo 368);

**SEXTO.** Que, en segundo lugar, la apelación en el CPP es excepcional. Por de pronto, porque son inapelables las resoluciones dictadas por un tribunal de juicio oral en lo penal (artículo 364).

Enseguida, porque respecto de las resoluciones dictadas por el juez de garantía, el Código señala los dos casos en que cabe dicho recurso. De un lado, “*cuando pusieren término al procedimiento, hicieren imposible su prosecución o la suspendieren por más de treinta días*”. Del otro, “*cuando la ley lo señale expresamente*” (artículo 370);

**SÉPTIMO.** Que dicho carácter excepcional de la apelación en materia procesal penal ha sido reconocido por esta Magistratura, la que ha justificado dicha excepcionalidad en las siguientes circunstancias:

“*primero, que se ha separado la actividad de investigar y juzgar... En el sistema procesal antiguo, la apelación se justificaba en el hecho de que el tribunal de alzada era verdaderamente independiente del acusador, es decir, del juez de primera instancia. Tal fundamento desaparece hoy en día, pues la independencia de ambas funciones está asegurada desde la primera etapa del proceso*”. Segundo, “*no tiene sentido tener un tribunal colegiado en primera instancia para luego duplicar el juicio en la Corte o fallar en base a actas, perdiendo la intermediación necesaria que debe tener el tribunal....*”. A lo que se agrega que “*los principios de intermediación y oralidad impiden que se pueda “hacer de nuevo” el juicio...*”. Para concluir que “*la oralidad del procedimiento requiere que el tribunal que conoce el juicio tenga el máximo poder de decisión. Si, en vez de darle el poder de decisión final, salvo excepciones, al tribunal que asiste al juicio oral, se le otorga a otro tribunal, que conocerá de la causa por la vía de la lectura del expediente, se estaría poniendo*

*el centro del debate en la lectura del expediente y no en el juicio oral. No sólo se pondría el énfasis en la lectura del expediente, sino que se terminaría privilegiando la opinión del tribunal menos informado por sobre la opinión del tribunal más informado”. Tercero, “se privilegió el control horizontal por sobre el jerárquico. Se confió en que el establecimiento de un tribunal colegiado otorga las garantías de independencia y control que, bajo el sistema antiguo, entregaba el conocimiento de la apelación por el Tribunal de Alzada” (STC Rol N° 1.432);*

**OCTAVO.** Que dicho carácter excepcional, en que sólo la ley cuando “*lo señalar expresamente*” (artículo 370, letra b),) hace precedente la apelación, es importante considerarlo, toda vez que a esta Magistratura no le corresponde “*crear*” ni “*otorgar*” recursos. Esa es una decisión del legislador, quien debe ponderar el impacto que la apertura de los recursos genera en el sistema.

Lo anterior es relevante porque mediante la presente inaplicabilidad no sólo se busca que este Tribunal suprima del universo normativo que debe considerar el juez al momento de tomar su decisión, sobre si procede o no la apelación, el precepto impugnado, sino también se busca que por tal supresión se habilite a presentar un recurso de apelación por un sujeto procesal no previsto por el legislador;

**NOVENO.** Que, en tercer lugar, el hecho de que sólo sea el Ministerio Público quien puede apelar, tiene una doble sustentación.

Por una parte, el sistema procesal penal concilia los principios de legalidad y eficiencia. Es decir, la obligación que pesa sobre el Ministerio Público de perseguir todos los ilícitos que lleguen a su conocimiento, se matiza por la necesidad de que lo haga sólo cuando la persecución pueda resultar efectiva. Como ha resuelto esta Magistratura, “*(p)ara maximizar la eficiencia de la utilización de los recursos públicos por parte del Ministerio Público, se han ideado distintas fórmulas. Primero, se establecen herramientas procesales idóneas para ese objetivo. Luego, se aspira a un diseño organizacional adecuado para el logro del mismo. Y, por último, se le permite al Ministerio Público organizar la persecución penal de un modo eficiente, priorizando algunos casos y delitos por sobre otros. (Tavolari Oliveros, Raúl; Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y Casos; Editorial Jurídica; Santiago, 2005; pág. 48).*” (STC Rol N° 1.341). El Ministerio Público debe perseguir las conductas constitutivas de delito, pero debe hacerlo en la medida que ello resulte eficiente. Debe contar con pruebas suficientes y pertinentes. Por eso, si se excluyen del juicio, la ley le otorga el derecho de apelar.

Por la otra, a diferencia de lo que ocurre con el Ministerio Público, el imputado goza de una protección, que la legislación ha elevado a la calidad de derecho: la presunción de inocencia (artículo 4° del Código Procesal Penal). El imputado no tiene que probar nada en el proceso. La carga de la prueba recae en el acusador. El imputado sólo tiene que defenderse. Por eso, se explica que no tenga necesidad de apelar de la resolución que



abre el juicio oral, toda vez que no le corresponde presentar prueba. Es más: la norma está pensada para proteger al imputado. Tanto es así, que es el mismo artículo 277, en su inciso final, el que prevé que el Ministerio Público, frente a la exclusión de prueba que considere determinante, puede optar por solicitar el sobreseimiento definitivo. O sea, si al Ministerio Público se le excluye prueba que pretendía presentar, si esa prueba era esencial para acusar, el proceso penal se termina. No es necesario ir a un juicio que será inútil. Finalmente, si el juicio prosigue, es el imputado quien se beneficia por la exclusión de prueba: sin prueba no puede haber condena, pues, de acuerdo al artículo 340 del CPP, el tribunal sólo puede imponer una condena si adquiere una convicción que vaya más allá de “toda duda razonable”;

**DÉCIMO.** Que, finalmente, el recurso de inaplicabilidad no es un recurso abstracto ni hipotético, sino que concreto. Además, tiene que existir un grado de inminencia en la aplicación de la norma reprochada;

## 2. Los precedentes.

**DÉCIMO.** Que, entrando al fondo del asunto, es necesario hacerse cargo, antes que nada, de la invocación de dos sentencias previas de esta Magistratura: STC roles N<sup>OS</sup> 1.535 y STC 1.502;

**DECIMO.** Que la primera de estas sentencias se originó en un recurso de inaplicabilidad presentado por un querellante particular. Y este Tribunal, por cinco votos a tres, declaró la inaplicabilidad del mismo precepto impugnado.

La segunda sentencia (STC Rol N<sup>º</sup> 1.502) fue motivada por un requerimiento presentado por el imputado. Y por cinco votos a cuatro, se acogió la inaplicabilidad;

**DECIMOTERCERO.** Que dichas sentencias presentan diferencias en los hechos con el presente requerimiento. El asunto es relevante por la característica de control concreto que tiene la inaplicabilidad.

La principal de estas diferencias es que en esos casos se había producido una exclusión de prueba. En este caso, en cambio, nada de eso ha sucedido. No hay ninguna exclusión de prueba.

En efecto, en la gestión pendiente no se ha producido ninguna exclusión de prueba. Tampoco se han indicado las pruebas que se pretenden presentar y que eventualmente podrían ser excluidas;

**DECIMOCUARTO.** Que, por tanto, hay una diferencia radical entre las sentencias invocadas y el presente caso. Estas diferencias del caso concreto justifican una no aplicación automática de dichos precedentes;

**DECIMOQUINTO.** Que, además, es evidente que el requerimiento está construido sobre la base de una hipótesis, consistente en que el requirente va a presentar determinadas pruebas y que éstas van a ser excluidas.

Lo anterior, en primer lugar, pugna con la naturaleza concreta del recurso de inaplicabilidad. Éste no está diseñado como una consulta que pueden hacer las partes o el juez en un juicio determinado. La Constitución exige que el precepto “*pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto*”. Ello implica no sólo que el precepto reprochado sea pertinente de ser aplicado en la controversia, sino también que se den los supuestos que lo hacen procedente. En este caso, aún no se sabe si se van a presentar o no las pruebas, si van o no a ser excluidas, y si la causal de exclusión es la que habilita el Ministerio Público para apelar. De no existir esta inminencia de la aplicación del precepto, la inaplicabilidad se transforma en un control abstracto e hipotético.

En segundo lugar, esta Magistratura ha declarado inadmisibles requerimientos de inaplicabilidad contra el mismo precepto reprochado, sobre la base de que la causal de exclusión de prueba no era de aquellas que permiten apelar al Ministerio Público (STC roles N<sup>os</sup> 2.239, 2.331, 2.476 y 2.507). Por lo mismo, acoger un recurso de inaplicabilidad obligaría a este Tribunal a ser especulativo, lo que pugna con la naturaleza del recurso de inaplicabilidad;

### **3. La norma impugnada no vulnera la Constitución.**

**DECIMOSEXTO.** Que si bien el carácter hipotético del presente requerimiento bastaría para rechazarlo, queremos entrar al fondo del asunto. Recordemos que el requerimiento se sustenta en que el precepto impugnado vulnera la igualdad ante la ley (artículo 19, N<sup>o</sup> 2<sup>o</sup>, constitucional) y el debido proceso (artículo 19, N<sup>o</sup> 3<sup>o</sup>, constitucional);

#### **a. No se vulnera la igualdad ante la ley.**

**DECIMOSEPTIMO.** Que no consideramos que se vulnere la igualdad ante la ley. Para ello utilizaremos el test que esta Magistratura ha definido al efecto, el que comprende tres variables: la situación de hecho diferente, la situación distinta razonable y objetiva y, finalmente, que la medida no sea desmedida (STC roles N<sup>os</sup> 986, 1.365 y 1.584).

En relación al primer elemento, es cierto que un sujeto procesal (el Ministerio Público) puede apelar y no los otros sujetos, incluido en este caso el imputado;

**DECIMOCTAVO.** Que, sin embargo, tal diferenciación tiene fundamento. Éste está dado por varias razones.

En primer lugar, por el rol que le corresponde al Ministerio Público en el proceso penal. Por de pronto, éste ejerce y sustenta la acción penal (artículo 77 del CPP). También le corresponde promover la persecución penal (artículo 166 del CPP). Por eso, dirige la investigación en forma exclusiva (artículo 3<sup>o</sup> del CPP); le corresponde cerrarla (artículo 247 del CPP) y definir el curso de acción posterior (solicitar sobresei-

miento, acusar o comunicar la decisión de no perseverar) (artículo 248 del CPP).

En segundo lugar, en que el imputado goza de una presunción de inocencia (artículo 4<sup>º</sup> del CPP). En consecuencia, corresponde al Ministerio Público desvirtuar dicha presunción. Para ello debe, en la acusación, señalar los medios de prueba de que piensa valerse en el juicio (artículo 259, letra f), del CPP). De ahí que si se confirma la exclusión de la prueba que él considera esencial para sustentar su acusación, el fiscal puede solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa (artículo 277, inciso final, del CPP).

En tercer lugar, como a él corresponde compilar la prueba, puede incurrir en la causal de exclusión de prueba consistente en “inobservancia de garantías fundamentales” (artículo 276, inciso tercero, del CPP).

En consecuencia, dada esa diferencia de roles y deberes, el Ministerio Público se encuentra facultado para apelar si le excluyen prueba;

**DECIMONOVENO.** Que, además, cabe considerar que en el caso particular las pruebas no han sido presentadas. Lo anterior es importante, porque si bien el Ministerio Público puede apelar, lo puede hacer sólo ante ciertas causales de exclusión. Éstas son las que regula el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal. Estas causales dicen relación con que la exclusión provenga de “*actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.*” No puede apelar si la causal fue la impertinencia, que regula el inciso segundo del artículo 276;

**VIGÉSIMO.** Que no se trata, por otra parte, de una medida desproporcionada. Por de pronto, porque es un juez el que declara la exclusión de la prueba, después de una audiencia en que hay oportunidad de debatir y controvertir. No hay un acto unilateral, sino que un tercero imparcial es el que decidió.

Enseguida, porque la apelación es excepcional en el sistema, como ya ha quedado asentado en este fallo.

También, porque el resto de los afectados puede reclamar mediante el recurso de nulidad contra la sentencia definitiva;

#### **b. No se afecta el debido proceso.**

**VIGESIMOPRIMERO.** Que tampoco consideramos que se vulnere el debido proceso por afectar la dimensión del derecho al recurso.

En primer lugar, porque el imputado no queda indefenso. La ley otorga medios para que se cautele el debido proceso. No es efectivo que se le esté privando del derecho a impugnar el auto de apertura del juicio oral y, específicamente, la decisión de excluir prueba, porque él siempre tiene a salvo la facultad de interponer ante el tribunal competente, de acuerdo con las reglas generales, el recurso de nulidad en contra de la sentencia

definitiva. Concordante con ello, el mismo artículo 277, en su inciso segundo, dispone que la apelación del Ministerio Público se entiende “*sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva*”. Precisamente, el recurso de nulidad tiene entre sus causales el que esta resolución se haya dictado con infracción sustantiva de derechos o garantías asegurados por la Constitución o por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (artículo 373, letra a) del CPP). Por lo mismo, si el imputado considera que se han pasado a llevar sus derechos, puede interponer dicho recurso;

**VIGESIMOSEGUNDO.** Que no se nos escapa que pueda sostenerse que si bien tiene derecho a este recurso de nulidad, por el principio de economía procedimental no tiene sentido esperar hasta la dictación de la sentencia de término para reclamar. La reclamación se puede hacer antes, mediante el recurso de apelación.

Al respecto, cabe señalar que, en base al mismo principio invocado, un cuestionamiento a la sentencia definitiva puede ser más eficaz, porque ahí se mide con claridad el impacto que pudo haber tenido en sus derechos la exclusión de prueba.

Además del principio de economía procedimental, el procedimiento penal se rige por el orden consecutivo legal. Ello obliga a sujetarse a que sólo se puede recurrir “*por los medios y en los casos expresamente establecidos en la ley*” (artículo 352 del CPP);

**VIGESIMOTERCERO.** Que, para esta Magistratura, la inexistencia de la apelación debe ser enjuiciada en el contexto de si existen o no otros recursos que permitan alcanzar la misma finalidad. Lo relevante es que no haya indefensión (STC Rol N° 1.432) y que los recursos sean efectivos (STC Rol N° 1.432). No está envuelto en la garantía del debido proceso un derecho a un recurso específico. De haberlo querido involucrar, lo tendría que haber señalado expresamente. Por tanto, al existir otros recursos, no se afecta el derecho a recurrir;

**VIGESIMOCUARTO.** Que, en segundo lugar, atendido lo anterior, o sea que el imputado goza del derecho a deducir el recurso de nulidad contra la sentencia definitiva, se concluye que el único recurso del que se está privando al requirente es el recurso de apelación. Entonces, lo que el requerimiento sostiene es que la única manera de garantizar el derecho al debido proceso es otorgando siempre y en toda circunstancia el acceso al recurso de apelación;

**VIGESIMOQUINTO.** Que ello contradice lo que esta misma Magistratura ha resuelto respecto a que el legislador tiene discrecionalidad para establecer procedimientos en única o en doble instancia, de acuerdo a la naturaleza del conflicto que pretende regular (STC roles N°s 576, 519, 821, 1.373, 1.432, 1.443 y 1.535). Asimismo, esta Magistratura ha sostenido que la Constitución no garantiza el derecho al recurso de apelación. Es decir,

no asegura la doble instancia (STC roles N<sup>OS</sup> 986, 1.432, 1.458). No hay una exigencia constitucional de equiparar todos los recursos al de apelación, como un recurso amplio que conduce al examen fáctico y jurídico (STC Rol N<sup>º</sup> 1.432). Si bien el derecho al recurso es esencial al debido proceso, éste no es equivalente al recurso de apelación (STC Rol N<sup>º</sup> 1.432);

**VIGESIMOSEXTO.** Que, por tanto, no consideramos que se afecte el debido proceso (artículo 19, N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup>, constitucional);

## II

### NO HAY INCONSTITUCIONALIDAD EN EL ARTÍCULO 320 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

**VIGESIMOSÉPTIMO.** Que, como se indicó, el reproche que se formula al artículo 320 es que el precepto no da garantías de que los peritos puedan acceder a examinar los pozos en cuestión, porque dependen de las instrucciones que imparta el juez;

**VIGESIMOCTAVO.** Que, antes de analizar el fondo de la cuestión, es necesario hacerse cargo del alegato sustentado en estrados por la parte requerida, en el sentido de que no hay gestión pendiente que permita solicitar la inaplicabilidad de este precepto.

Esta falta de gestión pendiente se funda en que uno de los querellados pidió un informe pericial para examinar los pozos, y el juez lo otorgó parcialmente, toda vez que el resto de los pozos se encuentran clausurados por orden judicial. A esta solicitud, se indica, se adhirió el abogado de la parte requirente. Por lo mismo, se concluye, la diligencia ya se decretó y la norma ya se aplicó;

**VIGESIMONOVENO.** Que, al respecto, cabe señalar dos cosas. En primer lugar, efectivamente hubo una diligencia pericial solicitada, según consta a fojas 366 del expediente de este Tribunal. En ella el juez autorizó el inicio de los peritajes, disponiendo que *“las personas que tengan a cargo la administración, fiscalización o cualquier otro poder sobre estas áreas, (deben) dar las facilidades a realizar dichos estudios y no dificultar bajo ningún punto de vista el trabajo que realizará el perito antes mencionado”*. Es decir, el juez dispuso el acceso a los pozos.

En segundo lugar, la defensa del requirente solicitó al juez de garantía una audiencia para que se autorizara a sus peritos a examinar los pozos de agua de la querellante. Sin embargo, como se reconoce a fojas 156, aún *“no se ha explicitado la pericia que se desea realizar”*;

**TRIGÉSIMO.** Que puede considerarse como gestión pendiente la audiencia en que se debatirá la procedencia de esta prueba y los términos en que se decretará;

**TRIGESIMOPRIMERO.** Que, sin embargo, ello no impide que esta Magistratura considere que lo que se plantea en realidad vía la presente

inaplicabilidad, en los términos formulados en el requerimiento, es un problema de interpretación legal del precepto impugnado. En efecto, la ley faculta al juez para que “*dicte las instrucciones necesarias para que sus peritos puedan acceder...*”. Dicha facultad permite que la diligencia probatoria se haga conforme a parámetros definidos. Si el juez dispone que no haya acceso, no es porque la norma lo establezca, sino porque lo considera procedente a la luz de una situación concreta. En tal sentido, lo que se pide en la inaplicabilidad es que obliguemos al juez a que el acceso se disponga a todo evento. Eso no es algo que esta Magistratura pueda disponer en una inaplicabilidad. El precepto, rectamente interpretado, no impide al juez disponer el acceso. Por lo demás, porque el mismo juez ya dispuso el acceso a los mismos pozos en otra diligencia pericial;

**TRIGESIMOSEGUNDO.** Que, por lo mismo, el requerimiento no puede prosperar respecto de la objeción al artículo 320 del Código Procesal Penal;

**TRIGESIMOTERCERO.** Que, en mérito de todo lo anterior, este Tribunal está por rechazar el presente requerimiento.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en los artículos 19, números 2° y 3°, y 93, inciso primero, número 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**1°. Que se rechaza el requerimiento deducido a fojas 1.**

**2°. Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 405, oficiándose al efecto.**

**3°. Que no se condena en costas a la parte requirente por haber tenido motivo plausible para deducir su acción.**

**Se previene que la Ministra señora Marisol Peña Torres (Presidenta), y el Ministro señor Domingo Hernández Emparanza, concurren al rechazo del requerimiento deducido únicamente en base a lo razonado en los considerandos decimoprimer a decimoquinto de la sentencia de autos.**

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Iván Aróstica Maldonado y Juan José Romero Guzmán, quienes estuvieron por acoger el requerimiento sólo respecto de la oración “cuando lo interpusiere el Ministerio Público”, contenida en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal, por las consideraciones siguientes:**

## I. EN RELACIÓN A LA OBJECCIÓN DE FORMA

1°. Que se ha objetado que el actual requerimiento está construido sobre la base de la hipótesis consistente en que el imputado va a presentar determinadas pruebas y que éstas van a ser excluidas. Así, dado que la Constitución exige que el precepto impugnado “pueda resultar decisivo en la resolución del asunto”, se sostiene que la acción es especulativa y, por ende, carente de la necesaria inminencia en su aplicación;

2°. Que estimamos que la oportunidad procesal en la cual se ha intentado el actual requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es apropiada, toda vez que, de realizarse la inminente audiencia de preparación del juicio oral como ordena el artículo 260 del Código Procesal Penal, es ésta la etapa durante la cual el juez de garantía está en condiciones de decretar la exclusión de la prueba que señala el artículo 276 del Código Procesal Penal. Es decir, la aplicación del precepto legal no es facultativa para el juez de garantía, quien deberá ejercer el control de dicho asunto en la instancia procesal indicada, para luego dictar el auto de apertura que conocerá el tribunal de juicio oral en lo penal;

3°. Que, resultando plausible la aplicación de la norma del artículo 277 del Código Procesal Penal en este caso, procede rechazar las alegaciones de forma contra el requerimiento;

## II. EN RELACIÓN AL FONDO

4°. Que una primera postura general parece rechazar toda posibilidad de agravio constitucional para el imputado en virtud de que el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal no admitiría la exclusión de prueba de descargo, esto es, aquella presentada por el imputado. Incluso más, bajo este predicamento se puede llegar a sostener que el mecanismo de exclusión de prueba ilícita está dispuesto en beneficio del mismo imputado, siendo, por ende, irrelevante la discusión constitucional sobre la imposibilidad legal para el imputado de apelar ante la exclusión de prueba ilícita (posibilidad que sí tiene el Ministerio Público);

5°. Que si bien tales aseveraciones pueden tener algún respaldo teórico basado en la idea de que el sentido de la exclusión de una prueba ilícita radica en la preservación de la legitimidad de un acto de fuerza estatal, como es el ejercicio del *ius puniendi*, resulta indesmentible que ha habido interpretaciones de nuestros tribunales que han respaldado la posibilidad de exclusión de prueba presentada por imputados. De hecho, la fundamentación del voto a favor del rechazo del presente requerimiento no discurre por la vía de argumentar que en virtud del inciso tercero del artículo 276 sólo puede excluirse prueba del Ministerio Público;

6°. Que, asumiéndose que sí puede excluirse una prueba de descargo presentada por la defensa del imputado en virtud de la aplicación del artículo 276, inciso tercero, del Código Procesal Penal, cabe preguntarse si tiene justificación constitucional el artículo 277, inciso segundo, de dicho Código, el cual, en su parte pertinente, dispone que “*el auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el ministerio público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente*”. En otras palabras, corresponde analizar, si es admisible constitucionalmente (desde el punto de vista de los derechos a la igualdad ante la ley y el debido proceso) la diferencia de trato establecida por el legislador entre el persecutor público y el imputado en orden a privar al segundo del derecho a impugnar un aspecto tan relevante para el resultado de un proceso como es la decisión de un juez de garantía de excluir una prueba ofrecida con el fin de acreditar su no culpabilidad. Así, pues, a continuación se abordará la interrogante aludida desde la perspectiva del derecho a un procedimiento racional y justo establecido por el artículo 19, Nº 3°, de la Constitución, para, luego, desarrollarlo en consideración al artículo 19, Nº 2°, de la Carta Fundamental, esto es, el derecho a no ser objeto de diferencias arbitrarias por parte de la ley;

#### II.A). VULNERACIÓN AL ARTÍCULO 19, Nº 3°, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

7°. Que la igualdad de armas entre las partes para poder desplegar la prueba, un elemento fundamental para la determinación del resultado del juicio, es de la esencia de un procedimiento racional y justo. Así como se justifica que el Ministerio Público tenga el derecho a apelar de la resolución del Juez de Garantía que excluya alguna prueba en consideración a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal, resulta igualmente justificable que el imputado pueda tener igual derecho. Para controvertir nuestra posición de que el precepto legal impugnado vulnera el inciso sexto del artículo 19 Nº 3° de la Constitución Política de la República, la resolución de la mayoría de este Tribunal ha desplegado dos argumentos centrales, los cuales se examinan a continuación;

*II.A).1. Acerca del argumento de la excepcionalidad de la apelación en el procedimiento penal.*

8°. Que se ha argumentado que el solo hecho de que no exista la posibilidad de apelar no contraviene la racionalidad y justicia de un procedimiento penal, debido a que dicho recurso es de carácter excepcional en el diseño legislativo del Código de Procedimiento Penal. Se proporcionan



argumentos para justificar por qué, en términos generales, el recurso de apelación se encuentra más restringido que en el modelo procesal previo, en especial (entendemos), respecto de la sentencia definitiva, en el que tal recurso no existe;

**9º.** Que consideramos que el ámbito analítico relevante, sin embargo, se reduce a uno en que sí existe apelación, pero ésta se concede sólo a una de las partes. De hecho, nadie ha puesto en duda la pertinencia de que exista la posibilidad de apelar frente a la determinación de un juez de garantía que procede a excluir una prueba del Ministerio Público por aplicación del inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal. Por consiguiente, no es relevante la constatación global de que el modelo que sustenta el procedimiento penal cuenta con menos posibilidades de apelación. Lo esencial de la discusión es si, asumiéndose la necesidad de contemplar el recurso de apelación respecto de una situación específica, es justificable o no que sea procedente para una de las partes, mas no lo sea para la otra;

**10º.** Que sin perjuicio de lo manifestado previamente, cabe aclarar que un análisis del Código Procesal Penal deja de manifiesto que la posibilidad de impugnación de una resolución judicial en materia penal (sea por la vía del recurso de apelación o de nulidad) es la regla general en nuestro sistema. La necesidad de resguardar una doble conformidad en el ejercicio del *ius puniendi*, o en las resoluciones que servirán de base para él, así lo exige;

*II.A).2. Acerca del argumento de la suficiencia del recurso de nulidad.*

**11º.** Que se plantea que el imputado no queda indefenso frente a la decisión del juez de garantía de excluir prueba, ya que él siempre tiene a salvo la facultad de interponer ante el tribunal competente, de acuerdo con las reglas generales, el recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva. Así, se sostiene que la inexistencia de la apelación debe ser enjuiciada en el contexto de si existen o no otros recursos que permitan alcanzar la misma finalidad. Lo relevante, se dice, es que no haya indefensión y, al existir otro recurso, no se afecta el derecho a recurrir;

**12º.** Que el inconveniente con la argumentación recién expuesta radica en que la interpretación que se ha dado a esta norma en la jurisprudencia de los tribunales de justicia no garantiza la posibilidad impugnación ante una exclusión de prueba. Es más, la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema no permite desvirtuar la incertidumbre sobre la procedencia, en este caso, del recurso de nulidad. Tal situación puede apreciarse, a modo ilustrativo, en lo que se manifiesta a continuación;

**13º.** Que es efectivo que la Excma. Corte Suprema, a veces, ha acogido nulidades de juicios orales por haberse excluido prueba con infracción a garantías fundamentales. Por ejemplo, en el considerando 23º de la sen-

tencia rol N° 8637-2011, dicho tribunal señaló que “(...) el acusado (...) fue puesto en una posición evidentemente desventajosa, afectando su derecho al debido proceso, ya que con la irregular exclusión ya anotada de su prueba ofrecida, experimentó el perjuicio trascendente requerido por la nulidad procesal, con quebranto de las normas relativas a la garantía ya aludida, consagrada en el artículo 19, N° 3°, inciso 5°, de la Carta Fundamental, por lo que es forzoso concluir que la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal aparece revestida de la relevancia necesaria para acoger el recurso, que sólo es reparable con la declaración de nulidad del juicio oral y del dictamen impugnado, por ser esta la única vía que permite legalmente la realización de un nueva audiencia de preparación de un nuevo juicio oral, en el que se respeten las reglas del debido proceso y se resguarden adecuadamente las garantías de los contendientes.”;

**14°.** Que, sin embargo, dicha sentencia fue acordada con dos votos disidentes de la Excma. Corte Suprema en relación a la posibilidad de acoger la nulidad por la causal del 373 letra a) del Código Procesal Penal; y en consecuencia, existe una plausibilidad que, al negarse el control de la motivación de exclusión de prueba tanto por la apelación como por nulidad, pueda no existir en la práctica la posibilidad de revisar de la decisión del juez de garantía, pese a que la exclusión haya sido realizada con infracción a garantías fundamentales, como en el caso antes citado;

**15°.** Que la propia Excma. Corte Suprema, en otro caso similar, confirmó que tiene una interpretación restrictiva de la causal de nulidad del artículo 373 letra a) en cuanto a la revisión de la exclusión de prueba por parte del juez de garantía. Por ejemplo, la sentencia rol N° 2333, del año 2010, dice en su considerando tercero que la revisión de la legalidad de la exclusión de prueba “(...) se trata de una materia que, a juicio de estos sentenciadores, no es factible de ser objeto de una nueva discusión en esta sede, ya que ella está entregada de modo privativo al juez de garantía y al tribunal de alzada, debiendo darse por concluido el debate sobre ese tópico. (En el mismo sentido SCS rol N° 1741, de 25 de mayo de 2010).”;

**16°.** Que, siguiendo una línea argumental similar, la Excma. Corte Suprema, en una reciente sentencia (rol N° 2170, de 2013), ha rechazado por extemporáneo un recurso de nulidad por infracción a las garantías fundamentales interpuesto por la defensa de un condenado por no haberse excluido una prueba ilícita del Ministerio Público en un juicio seguido en su contra, pese a que en la audiencia de preparación al juicio oral se hizo presente el vicio alegado, con posterioridad, en el recurso de nulidad. Ésta es una interpretación restrictiva del recurso de nulidad que ha tenido y puede tener la Excma. Corte Suprema, y que, por lo mismo, hace incierta la viabilidad de una impugnación por parte de la defensa de la decisión del juez de garantía de excluir una prueba por la causal del artículo 276, inciso tercero, del Código Procesal Penal, como es el caso concreto sometido a nuestra consideración;

## II.B). VULNERACIÓN AL ARTÍCULO 19, N<sup>º</sup> 2<sup>º</sup>, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

**17<sup>º</sup>.** Que, como se ha señalado, el precepto impugnado estableció una diferenciación entre el ministerio público y el imputado en relación a la apelación de la exclusión de prueba por el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal. Ante igual situación, la norma impugnada privilegia al persecutor público por sobre el imputado. Al primero se le concede el derecho a apelar, mas no al segundo. Este tratamiento diferenciado establecido por la ley es arbitrario y, por consiguiente, incompatible con el artículo 19, N<sup>º</sup> 2<sup>º</sup>, de la Constitución. No existe, como se verá, justificación razonable alguna que sustente la discriminación señalada;

**18<sup>º</sup>.** Que este tratamiento legal diferente de aquellos que se encuentran en igual situación ha intentado justificarse siguiéndose, básicamente, dos líneas argumentales. Por un lado, se ha pretendido demostrar que quienes han sido objeto de un tratamiento opuesto por parte del precepto legal impugnado no se encontrarían en la misma situación si se mira el proceso en su globalidad, pues las partes tienen roles y exigencias diferenciadas. Por otro lado, a un nivel aún más general, se aspira a justificar la diferencia de trato en virtud de la importancia del valor de la eficiencia en la actividad del Ministerio Público. A continuación se examinarán dichas argumentaciones;

*II.B).1. Acerca del argumento de la distinción de roles y de la inutilidad de la actividad probatoria del imputado.*

**19<sup>º</sup>.** Que se ha planteado que debido a que las partes en el proceso penal tienen roles distintos, se justificaría que frente al evento de una exclusión de pruebas en razón de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal sólo una de ellas (el Ministerio Público) pueda apelar. En oposición a lo recién manifestado, estimamos que en un proceso contradictorio es de la esencia que el persecutor y el imputado tengan roles distintos, lo cual en modo alguno justifica quebrantar la necesaria igualdad para impugnar que debe existir frente a un aspecto clave de todo proceso como es la admisibilidad o exclusión de una prueba;

**20<sup>º</sup>.** Que parece sugerirse, asimismo, que la presunción de inocencia establecida en el artículo 4 del Código Procesal Penal compensaría, de alguna forma, la diferencia de trato consagrada en la norma impugnada, lo cual daría lugar a una situación que, desde una perspectiva global, no sería desmedida. Bajo este predicamento se argumenta, incluso, que el tema de la exclusión de prueba no es de relevancia para el imputado que goza de la presunción aludida, en quien no recae la carga de la prueba y, por lo tanto, no tiene que probar nada en el proceso (ver, en este sentido, el tercer párrafo del considerando noveno del voto por rechazar);

**21°.** Que, al contrario de lo argumentado precedentemente, es posible sostener, en primer lugar, que la presunción de inocencia, más que un privilegio del imputado susceptible de poder compensarse con un desigual trato en cuanto al recurso en cuestión, es una exigencia mínima de cualquier proceso penal que sea racional y justo. Y, en segundo lugar, la actividad probatoria del imputado que se defiende no puede considerarse inútil en atención a dicha presunción;

**22°.** Que, en relación a la última afirmación, es importante tener presente, primero, lo regulado por el propio Código Procesal Penal. En efecto, el artículo 263 establece que señalar medios de prueba de descargo es una *facultad del acusado*. Además, dicho Código le da particular importancia al ejercicio de esta facultad, dado que permite que sean presentados los medios de prueba del acusado hasta el inicio de la audiencia de preparación de juicio oral, verbalmente, e incluso – como señala el artículo 278 del Código procesal Penal – el juez de garantía puede suspender la audiencia de preparación de juicio oral cuando comprobare que el acusado no hubiere ofrecido oportunamente prueba por causas que no le fueren imputables. Finalmente, el Código Procesal Penal señala, expresamente, que el acusado debe señalar los medios de prueba *en los mismos términos* que el ministerio público. Entonces, no parece correcto señalar que el imputado no tenga que probar nada en el proceso, o que no le corresponda presentar prueba. El mismo Código Procesal Penal prevé dicha posibilidad y la regula en su presentación en igualdad de condiciones que la prueba del Ministerio Público;

**23°.** Que la segunda consideración a tener presente respecto de la supuesta inutilidad de la actividad probatoria del imputado de cara a la presunción de inocencia dice relación con el tipo de situaciones probatorias. En un contexto en donde la determinación judicial de los hechos no se plantea en términos de la certidumbre fáctica absoluta (el estándar en materias penales es aquel en que la prueba permite arribar a un grado de convicción más allá de toda duda razonable), las posibilidades probatorias no tienen por qué reducirse a la comprobación o no de hipótesis simples por parte de quienes acusan. Una defensa activa también puede intentar probar hipótesis que permitan, al menos, acreditar que sí existe una duda razonable. Por ejemplo, se pueden probar, en primer lugar, hipótesis contrarias. Esto ocurrirá cuando la hipótesis afirmativa sobre un hecho pretende ser desvirtuada probando una hipótesis negativa sobre la existencia del mismo hecho. En segundo lugar, también puede probarse una hipótesis incompatible: se prueban hechos distintos, pero que resultan incompatibles con la hipótesis de la parte acusadora. Y, en tercer lugar, la defensa puede intentar probar una hipótesis sobre hechos que sin ser incompatibles están jurídicamente vinculados. Esto ocurre cuando la defensa, por ejemplo, alega e intenta probar la existencia de hechos

extintivos, modificatorios o impeditivos que permiten incidir en la calificación jurídica del supuesto de hecho sustancial;

*II.B).2. Acerca del argumento general de la eficiencia en la actividad del Ministerio Público.*

**24°.** Que, finalmente, se ha pretendido sustentar la posición de que sólo el Ministerio Público puede apelar en la necesidad de contar con pruebas suficientes y pertinentes para maximizar la eficiencia en la utilización de recursos públicos por parte de dicho ente;

**25°.** Que, al respecto, cabe hacer los siguientes alcances. En primer lugar, la necesidad de una de las partes de contar con pruebas suficientes y pertinentes puede justificar el derecho de apelación ante la exclusión de pruebas por parte del juez de garantía, pero no constituye una justificación de por qué debe facilitarse la actividad probatoria de quien acusa en desmedro de quien se defiende, quien no contaría con igual derecho de acuerdo a lo dispuesto en el precepto legal impugnado;

**26°.** Que, en segundo lugar, el argumento por rechazar aludido coloca el foco de la argumentación en las tareas del Ministerio Público (una de las partes del proceso) y no en la administración de justicia por parte de los Tribunales. No compartimos el argumento de que es admisible un desigual tratamiento de la ley sobre la base de privilegiar la eficiencia y eficacia en la persecución de delitos a costa del objetivo central del sistema del cual la actividad del Ministerio Público es sólo un componente: resolver conflictos, respetando el debido proceso, para la consecución de un resultado justo;

**27°.** Que, por tanto, consideramos que el precepto legal impugnado atenta en contra del derecho constitucional a un procedimiento racional y justo (artículo 19, N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup>), así como al derecho constitucional a que la ley no establezca diferencias arbitrarias (artículo 19, N<sup>º</sup> 2<sup>º</sup>), lo cual es coincidente con lo argumentado por este Tribunal en las causas roles N<sup>OS</sup> 1.502, 1.535, y en el voto por acoger en la causa rol N<sup>º</sup> 2.330;

**28°.** Que, en consecuencia, en mérito de todo lo anterior y de lo preceptuado, además, en los incisos primero, número 6<sup>º</sup>, e inciso decimoprimer, 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, estos Ministros están por acoger el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas 1, disintiendo parcialmente de lo resuelto.

Redactó la sentencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander; la prevención, la Presidenta, Ministra señora Marisol Peña Torres, y la disidencia, el Ministro señor Juan José Romero Guzmán.

Notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 2.354-2012**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora Marisol Peña Torres, y por los Ministros señores 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 y señora María Luisa Brahm Barril. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

**ROL N° 2.355-2012**

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE PROYECTO DE LEY,  
APROBADO POR EL CONGRESO NACIONAL,  
QUE OTORGA A LOS FUNCIONARIOS MUNICIPALES  
QUE INDICA UNA BONIFICACIÓN POR RETIRO VOLUNTARIO  
Y UNA BONIFICACIÓN ADICIONAL

**Ley N° 20.649, del 11 de enero de 2013**

Santiago, once de diciembre de dos mil doce.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.** Que, por oficio N° 10.467, de 20 de noviembre de 2012 –ingresado a esta Magistratura el día 22 del mismo mes y año–, la Cámara de Diputados ha remitido copia autenticada del proyecto de ley que otorga a los funcionarios municipales que indica una bonificación por retiro voluntario y una bonificación adicional (Boletín N° 8264-06), aprobado por el Congreso Nacional, con el objeto de que este Tribunal Constitucional, 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 del inciso segundo del artículo 5° del referido proyecto;

**SEGUNDO.** Que el N° 1° del inciso primero del artículo 93 de la Carta Fundamental establece que es atribución de este Tribunal Constitucional: *“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 las normas del proyecto de ley remitido que estén comprendidas dentro de las materias que el Constituyente ha reservado a una ley orgánica constitucional;

**CUARTO.** Que el artículo 119, inciso tercero, de la Constitución Política de la República establece: *“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 la norma del proyecto de ley sometida a control de constitucionalidad, esto es, el inciso segundo del artículo 5<sup>º</sup>, dispone:

*“Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, el Alcalde, previo acuerdo del Concejo Municipal, podrá otorgar a los funcionarios beneficiarios de la bonificación a que se refiere el inciso precedente, en las condiciones y dentro del período señalado, una bonificación por retiro complementaria, la que en conjunto con la establecida en el inciso anterior, no podrá sobrepasar los años de servicios prestados en la administración municipal, ni ser superior a once meses de bonificación. El alcalde y el Concejo no podrán acordar bonificaciones por retiro complementarias para algunos funcionarios, excluyendo a otros, como tampoco diferenciadas entre ellos.”;*

**SEXTO.** Que el precepto del proyecto de ley, transcrito en el considerando anterior, es propio de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, en conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 119 de la Constitución Política. Lo anterior, desde el momento que establece una materia en que el Alcalde necesariamente requiere el acuerdo del Concejo Municipal, y, tal como ya lo ha señalado esta Magistratura, ello importa que se esté en presencia de una disposición de rango orgánico constitucional (STC roles N<sup>OS</sup> 633 y 323, entre otras);

**SÉPTIMO.** Que consta en autos que el precepto a que se hace referencia en esta sentencia fue aprobado en ambas Cámaras del Congreso Nacional con las mayorías requeridas por el inciso segundo del artículo 66 de la Carta Fundamental y que, a su respecto, no se ha suscitado cuestión de constitucionalidad;

**OCTAVO.** Que el precepto a que se alude precedentemente, no es contrario a la Constitución Política de la República.

**Y TENIENDO PRESENTE,** además, lo dispuesto en los artículos 66, inciso segundo; 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 1<sup>º</sup>, e inciso segundo, y 119, inciso tercero, 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 esta Magistratura,

SE RESUELVE:

**Que el inciso segundo del artículo 5° del proyecto de ley remitido es orgánico y constitucional.**

**Se previene que el Ministro señor Domingo Hernández Emparanza concurre** a lo razonado y resuelto, teniendo además en consideración que el carácter de ley orgánica constitucional que asiste al precepto sometido a control se desprende de la circunstancia de que las municipalidades se encuentran expresamente facultadas, en el artículo 121 de la Constitución, para fijar remuneraciones de su personal, dentro de “los límites y requisitos” que fije la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, en la especie complementada en los términos de que da cuenta el precepto sometido a control de constitucionalidad, inmerso evidentemente en la categoría de ley orgánica constitucional, por la correlación de este artículo con el artículo 119 de la Constitución Política.

**Acordada la calificación de orgánica constitucional con el voto en contra de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino**, quienes estuvieron por declarar que el inciso segundo del artículo 5° del proyecto de ley remitido aborda una materia propia de ley simple, conclusión basada en las siguientes consideraciones:

1°. Que, una primera razón, es reiterar la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia que estimó que un beneficio o asignación al alcalde constituía materia de ley común. Lo anterior, *“puesto que por su contenido dice relación con aquellas materias que el constituyente ha reservado, por disposición especial del N° 14 del artículo 60, (63) en relación con el artículo 62, (65) inciso cuarto, N° 4, ambos de la Carta Fundamental, al dominio de la ley ordinaria y, en consecuencia, queda excluida del ámbito de la ley orgánica constitucional”* (STC N° 284, c. trigésimo);

2°. Que, la segunda razón, ésta vez a objeto de aplicar la normativa constitucional precedente, es relevar la materia de que trata el proyecto de ley. El proyecto de ley objeto de control establece tres bonificaciones como incentivos al retiro para un conjunto de funcionarios municipales. Una de esas bonificaciones, la complementaria, es de pago eventual por decisión del Alcalde, *“previo acuerdo del Concejo Municipal”*. La materia puede ser calificada como norma laboral puesto que incide directamente en un beneficio que acrece a su remuneración y que propicia el retiro de la administración municipal de un conjunto de funcionarios sin modificar las reglas generales de seguridad social aplicables al efecto. No importando cuál sea la vía adoptada, se trata de una materia de ley (artículo 63, N° 14), de iniciativa exclusiva del Presidente de la República y que tiene la siguiente norma expresa: *“Corresponderá, asimismo, al Presidente de la Re-*



*pública la iniciativa exclusiva para: (...) 4º Fijar, modificar, conceder o aumentar remuneraciones, jubilaciones, pensiones, montepíos, rentas y cualquiera otra clase de emolumentos, préstamos o beneficios al personal en servicio o en retiro y a los beneficiarios de montepío, en su caso de la Administración Pública y demás organismos y entidades anteriormente señalados, como asimismo fijar las remuneraciones mínimas de los trabajadores del sector privado, aumentar obligatoriamente sus remuneraciones y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirvan para determinarlos; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los números siguientes”* (artículo 65, inciso 4º, N<sup>º</sup> 4, de la Constitución). La referencia a los demás organismos mencionados anteriormente incluye expresamente a las “municipalidades” (artículo 65, inciso cuarto, N<sup>º</sup> 3, de la Constitución). Por tanto, en razón de la materia, es la propia Constitución la que determina el rango del asunto como una cuestión propia de ley simple;

3º. Que, identificadas estas normas, la sola circunstancia de que el beneficio económico deba contar con el acuerdo previo del Concejo Municipal, no muta la naturaleza jurídica laboral de la regla constitucional. Si dos normas constitucionales son aparentemente convocadas a resolver el punto será, conforme al principio de especialidad, aquella que determina la materia precisa y no la forma en que se adopte el acuerdo la que se privilegiará como regla aplicable. Por tanto, se trata de una materia propia de ley simple, sin perjuicio, de cómo concurre normativamente el acuerdo del Concejo Municipal, según veremos;

4º. Que una tercera razón para considerar que el precepto examinado es materia de ley simple, consiste en que no innova respecto a las facultades que el texto vigente de la Ley Orgánica de Municipalidades establece respecto del Concejo Municipal;

5º. En efecto, el proyecto contempla tres bonificaciones. Una primera, por retiro voluntario, financiada vía Fondo Común Municipal (artículo 1º y 10). Una segunda bonificación adicional, de cargo fiscal (artículo 7º, 11 y 15); y, finalmente, la bonificación complementaria, reglada en el artículo 5º del proyecto, de cargo municipal.

Esta última bonificación es la que debe ser acordada por el alcalde con acuerdo del concejo, la que no puede establecer diferencias entre los funcionarios (artículo 5º);

6º. Que de acuerdo a la actual Ley Orgánica de Municipalidades, le corresponde al alcalde administrar los recursos financieros del municipio (artículo 63, letra e)). Sin embargo, la aprobación del presupuesto municipal, así como sus modificaciones, y la aprobación de las políticas de recursos humanos, requieren del acuerdo del concejo municipal (artículo 65, letra a)). Asimismo, el concejo sólo puede aprobar presupuestos debidamente financiados (artículo 81);

7º. Que, como se observa, la actual normativa municipal contempla todas las facultades para dar curso a la bonificación que establece el ar-

título 5° del proyecto. Por lo mismo, no innova ni modifica ninguna de ellas. Esto es lo que nos permite afirmar que estamos frente a una materia propia de ley simple;

8°. Que lo que hace la norma analizada es reglar la posibilidad de un beneficio, que regula en los aspectos esenciales, sujetando su otorgamiento a un acuerdo entre el alcalde y el concejo municipal, por el impacto en las finanzas municipales, toda vez que esta bonificación, a diferencia de las otras dos que entrega el proyecto, no se financie con recursos fiscales. Sin embargo, la necesidad del acuerdo municipal es una consecuencia de lo establecido en el artículo 65 a), de la Ley Orgánica de Municipalidades. Por lo mismo, no se está entregando una nueva atribución al municipio. Si el proyecto no hubiera dicho nada, igual esa bonificación habría requerido el acuerdo municipal.

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben y la prevención y la disidencia sus autores.

Comuníquese a la Cámara de Diputados, regístrese y archívese.

**Rol Nº 2.355-2012**

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

ROL N<sup>º</sup> 2.356-2012REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 16 B  
DE LA LEY N<sup>º</sup> 18.410, QUE CREA LA SUPERINTENDENCIA  
DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES, DEDUCIDO  
POR COMPAÑÍA NACIONAL DE FUERZA ELÉCTRICA S.A.  
(CONAFE) Y EMPRESA ELÉCTRICA ATACAMA S.A. (EMELAT)

Santiago, veintiocho de noviembre de dos mil trece.

**VISTOS:**

Con fecha 23 de noviembre de 2012, a fojas 1, el abogado Aristóteles Cortés Sepúlveda, en representación de Compañía Nacional de Fuerza Eléctrica S.A. (CONAFE) y de Empresa Eléctrica Atacama S.A. (EMELAT), deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 16 B de la Ley N<sup>º</sup> 18.410, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en la causa sobre reclamo de ilegalidad caratulada “*Compañía Nacional de Fuerza Eléctrica S.A. y otra con Superintendencia de Electricidad y Combustibles*”, que se encuentra pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol N<sup>º</sup> 7269-2012.

El precepto legal impugnado dispone:

Artículo 16 B. “*Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, la interrupción o suspensión del suministro de energía eléctrica no autorizada en conformidad a la ley y los reglamentos, que afecte parcial o íntegramente una o más áreas de concesión de distribución, dará lugar a una compensación a los usuarios sujetos a regulación de precios afectados, de cargo del concesionario, equivalente al duplo del valor de la energía no suministrada durante la interrupción o suspensión del servicio, valorizada a costo de racionamiento.*”

*La compensación regulada en este artículo se efectuará descontando las cantidades correspondientes en la facturación más próxima, o en aquellas que determine la Superintendencia a requerimiento del respectivo concesionario.*

*Las compensaciones a que se refiere este artículo se abonarán al usuario de inmediato, independientemente del derecho que asista al concesionario para repetir en contra de terceros responsables.”*

Como antecedentes de la gestión en que incide el requerimiento, indican las actoras que el día 3 de febrero de 2011 se produjo una interrupción generalizada del suministro eléctrico en el Sistema Interconectado Central. Ante ello, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles sancionó como responsable de la interrupción a la empresa de transmisión de energía eléctrica Transelec S.A. Sin embargo, la misma Superintendencia, además, por oficio de 26 de julio de 2012, ordenó a las concesionarias de distribución eléctrica abastecidas desde el Sistema

Interconectado Central, entre las cuales se encuentran las requirentes CONAFE y EMELAT, que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 16 B de la Ley N° 18.410, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, procedieran a efectuar los cálculos para determinar las compensaciones a los usuarios y que descontaran dichas cantidades en la más próxima facturación.

De acuerdo a las requirentes, estas compensaciones significarían el pago de compensaciones con cargo a su patrimonio, por aproximadamente \$81.000.000, respecto de la primera empresa, y \$50.000.000, en el caso de la segunda, en circunstancias que CONAFE y EMELAT no tuvieron participación alguna en los motivos de la interrupción del suministro eléctrico. En contra de la decisión administrativa de la Superintendencia, las empresas requirentes dedujeron recurso de reposición, que fue rechazado, y posteriormente dedujeron reclamo de ilegalidad conforme al artículo 19 de la Ley N° 18.410, constituyendo ésta la gestión actualmente pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago y suspendida en su tramitación conforme a lo ordenado por la Primera Sala de este Tribunal Constitucional, a fojas 55.

En cuanto al conflicto constitucional y a los vicios de inconstitucionalidad invocados, las actoras señalan que, dado que la falla tuvo lugar a nivel de transmisión troncal y no de distribución, en la especie no habría un hecho imputable a las requirentes y, por lo tanto, la aplicación del precepto legal impugnado daría lugar a una compensación sin causa.

En consecuencia, las requirentes estiman que, en la especie, se vulneran sus derechos constitucionales, en los siguientes términos:

1°. El artículo 16 B infringe las garantías constitucionales de la igualdad ante la ley y ante las cargas públicas y de la no discriminación arbitraria, contempladas en el artículo 19, N°s 2°, 20° y 22°, de la Constitución:

Las actoras indican que el sistema de compensaciones a los usuarios, en la medida que tenga su origen en fallas en las instalaciones de distribución, parece suficientemente razonable y adecuado, pero no resulta constitucionalmente lícito aplicarlo siempre y sin distinción, como ocurre en el presente caso, en que la falla ocurrió a nivel de transmisión y en instalaciones de un tercero con el cual no tienen vínculo jurídico alguno.

Así, la carga impuesta a las requirentes, en el caso concreto, no es razonable ni se ajusta al principio de proporcionalidad, pues se establece un beneficio a favor de la empresa transmisora –a quien se libera de responsabilidad– y una carga a las distribuidoras, quebrantando la igualdad ante la ley y estableciendo una diferencia de trato entre las empresas que participan del sistema eléctrico, que carece de justificación.

2°. El artículo 16 B de la Ley N° 18.410 infringe las garantías constitucionales de acceso a la justicia y de un procedimiento previo racional y justo, aseguradas por el artículo 19, N° 3°, de la Constitución:

El precepto legal impugnado niega la posibilidad de discutir, en sede jurisdiccional y en forma previa al pago, la existencia de la infracción y si le es o no imputable a las actoras, desconociendo, por ende, su derecho de acceso a la justicia.

En efecto, ni CONAFE ni EMELAT han sido escuchadas por la Superintendencia en forma previa a que ésta emitiera las órdenes de pago de compensaciones, conculcándose, también, su derecho a un justo y racional procedimiento, pues las actoras sólo podrán ejercer acciones judiciales e intentar repetir en contra de la empresa de transmisión una vez que hayan pagado la compensación a los usuarios y sufrido el consiguiente daño patrimonial, configurándose una especie de *solve et repete* abiertamente desproporcionado e inconstitucional.

La Primera Sala de esta Magistratura, a fojas 52, admitió a tramitación el requerimiento y, a fojas 64, lo declaró admisible.

A fojas 71, se confirió a los órganos constitucionales interesados y a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en su calidad de parte en la gestión en que incide el requerimiento, el plazo de 20 días para formular observaciones sobre el fondo del mismo.

Con fecha 25 de enero de 2013, a fojas 81, el abogado Sergio Corvalán Valenzuela, en representación de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, formula dentro de plazo las siguientes observaciones al requerimiento:

### **I. Consideraciones generales:**

La Superintendencia, luego de describir en términos generales el funcionamiento del sistema eléctrico, el cual se erige sobre la base de los principios de continuidad, calidad y seguridad, se refiere a los alcances del artículo 16 B de la Ley N<sup>º</sup> 18.410, a efectos de aclarar que es una norma que se enmarca dentro de la regulación económica del sector eléctrico y que es respetuosa del derecho de acceso a la justicia.

Explica, al efecto, que aun cuando sea la compañía generadora o transmisora de electricidad la responsable de la interrupción del suministro, la norma busca proteger el derecho de acceso a la justicia de los usuarios, trasladando el ejercicio de las acciones de reparación indemnizatoria desde ellos hacia los concesionarios de distribución de electricidad. Esta regulación se estableció en atención a que los altos costos que significaba para los usuarios accionar judicialmente contra la empresa generadora o transmisora responsable de la interrupción en el servicio no brindaban un régimen de reparación adecuado y oportuno para los afectados.

Por lo mismo, la Superintendencia entiende que la norma cuestionada no establece sanción alguna, sino un sistema razonable de compensación y traslado de costos de recuperación de fallas del sistema, similar

a los que operan en materia de la ley de protección de los derechos de los consumidores, teniendo en consideración que las requirentes se encuentran en pie de igualdad con las compañías de generación y transmisión a la hora de discutir sobre la responsabilidad por interrupciones y la procedencia del pago de los costos que generen. Además, la Superintendencia argumenta que en los contratos de suministro que se celebran entre las compañías generadoras y distribuidoras de electricidad, se establecen cláusulas penales con el fin de que las empresas generadoras paguen a las distribuidoras las compensaciones que hayan debido efectuar.

## **II. Consideraciones de la Superintendencia acerca de las infracciones constitucionales invocadas por las requirentes:**

**1º.** El artículo 16 B no vulnera las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y ante las cargas públicas y de no discriminación arbitraria:

Señala la Superintendencia de Electricidad y Combustibles que los planteamientos de las requirentes constituyen reflexiones de índole académica, pero no sustentan cómo la aplicación del artículo 16 B provocaría una diferencia arbitraria en el caso concreto.

Si bien se puede sostener que la discriminación alegada por las actoras es efectiva, ella no es arbitraria, sino fundada en la protección constitucional de los derechos de los usuarios, mediante una compensación que, evitando la privación de bienes, en el marco del cumplimiento del deber estatal de dar protección a la población y a la familia, constituye un mecanismo constitucionalmente legítimo.

Por ello, dentro del sistema eléctrico interconectado, el precepto impugnado, en forma razonable, obliga a las empresas distribuidoras a compensar a los usuarios en una primera instancia, sobre la base de que aquéllas son las más cercanas a los mismos y quienes facturan y cobran, por lo que, al mismo tiempo, pueden compensarles de modo práctico y oportuno. Luego, dentro de la cadena de pagos, las empresas distribuidoras pueden repetir, exigiendo a la empresa que fue responsable de la falla el pago de lo compensado, estableciéndose así un sistema respetuoso del principio de proporcionalidad.

Tampoco se aprecia cómo se podría vulnerar la igualdad ante las cargas públicas, desde que resulta dudoso poder afirmar que la obligación de las empresas distribuidoras en comento pueda ser calificada como una “carga pública”, y teniendo además en cuenta que el patrimonio finalmente afectado con el pago de las compensaciones será el de la empresa responsable de la falla.

**2º.** El artículo 16 B no vulnera las garantías constitucionales de acceso a la justicia y de un procedimiento previo racional y justo:

La compensación que establece el artículo 16 B protege el derecho de acceso a la justicia de los usuarios y ello, a su vez, justifica el establecimiento por el legislador de un sistema de solidaridad legal que obliga a las distribuidoras a compensar a los usuarios, para así reparar y luego repetir contra el verdadero responsable, con quien goza de una simetría económica.

Por otro lado, la supuesta figura de *solve et repete* invocada, la cual afectaría el derecho al debido proceso, debe descartarse, toda vez que no existe acto sancionatorio alguno respecto del cual deba pagarse una suma de dinero para poder reclamar de él. La obligación del artículo 16 B no es analogable a una sanción o una multa, sino que constituye un mecanismo de reparación a los usuarios por la interrupción no autorizada en el suministro de electricidad.

A fojas 110, se ordenó traer los autos en relación, agregándose la causa en la tabla de Pleno del día 5 de junio de 2013, fecha en que tuvo lugar la vista de la causa, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados Aristóteles Cortés Sepúlveda, por las requirentes, y Mauricio Gutiérrez Sáez, por La Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

#### Y CONSIDERANDO:

**PRIMERO.** Que en el marco de una reclamación de ilegalidad contra un oficio de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC), la Compañía Nacional de Fuerza Eléctrica S.A. (CONAFE) y la Empresa Eléctrica de Atacama S.A. (EMELAT), ambas concesionarias de servicio público de distribución de energía eléctrica, requieren de este Tribunal la declaración de inaplicabilidad del artículo 16 B de la Ley N<sup>º</sup> 18.410, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. El precepto legal impugnado dispone lo siguiente:

*“Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, la interrupción o suspensión del suministro de energía eléctrica no autorizada en conformidad a la ley y los reglamentos, que afecte parcial o íntegramente una o más áreas de concesión de distribución, dará lugar a una compensación a los usuarios sujetos a regulación de precios afectados, de cargo del concesionario, equivalente al duplo del valor de la energía no suministrada durante la interrupción o suspensión del servicio, valorizada a costo de racionamiento.*

*La compensación regulada en este artículo se efectuará descontando las cantidades correspondientes en la facturación más próxima, o en aquellas que determine la Superintendencia a requerimiento del respectivo concesionario.*

*Las compensaciones a que se refiere este artículo se abonarán al usuario de inmediato, independientemente del derecho que asista al concesionario para repetir en contra de terceros responsables.”;*

**SEGUNDO.** Que algunos de los hechos básicos que se han expuesto, y que no se han controvertido por las requirentes y la SEC, se pueden

sintetizar de la siguiente forma: (i) el 3 de febrero de 2011 se produjo una interrupción generalizada del suministro eléctrico en el Sistema Interconectado Central; (ii) la SEC determinó que la responsable de la falla fue Transelec S.A. (TRANSELEC), sancionando a ésta mediante resolución exenta N° 869 de 25 de mayo de 2012; (iii) mediante oficio ordinario N° 7.378 el 26 de julio de 2012 (16 meses, aproximadamente, después del apagón), la SEC ordenó a CONAFE y a EMELAT que procedieran, de inmediato, a efectuar los cálculos necesarios tendientes a determinar las compensaciones que habrán de ser abonadas a los usuarios afectados en su zona de concesión, descontando las cantidades resultantes en la facturación más próxima luego de ocurrida la operación de cálculo; y (iv) ante el rechazo del recurso de reposición interpuesto por las requirentes, éstas reclamaron la ilegalidad del acto administrativo de la SEC de fecha 26 de julio de 2012, ante la Corte de Apelaciones de Santiago;

**TERCERO.** Que las requirentes argumentan, en síntesis: (1) que el artículo 16 B de la Ley N° 18.410 impone una carga carente de razonabilidad, lo cual se traduce en una vulneración a las garantías constitucionales consagradas en el artículo 19 N°s 2°, 20° y 22° de la Constitución; (2) que el precepto impugnado niega toda posibilidad de discutir en sede jurisdiccional la existencia de la infracción y la responsabilidad del concesionario, lo que vulneraría el artículo 19 N° 3° de la Constitución; y (3) que la Superintendencia de Electricidad y Combustibles efectuó una errada interpretación del artículo impugnado, debido a la no consideración de ciertas normas sobre indisponibilidad. Este Tribunal no se pronunciará respecto del último de los argumentos, debido a que se trata de un asunto de mera legalidad que no reviste conflicto de constitucionalidad alguno. Por consiguiente, a continuación se abordarán los dos primeros temas por separado;

## I

### EL ARTÍCULO 16 B DE LA LEY N° 18.410 TIENE UNA JUSTIFICACIÓN RACIONAL, NO CONSAGRANDO, POR ENDE, UN MECANISMO ARBITRARIAMENTE DISCRIMINATORIO

**CUARTO.** Que la norma impugnada no importa una discriminación arbitraria entre particulares que actúan en el sistema eléctrico, los cuales no se encuentran en la misma situación. En este caso, de acuerdo a los alcances del precepto legal impugnado y de los hechos alegados, los actores relevantes son los usuarios o consumidores finales, las empresas de distribución eléctrica y la empresa de transmisión eléctrica. Las empresas distribuidoras y la empresa transmisora no son competidoras entre sí y cumplen roles diferentes en el sistema eléctrico. Dentro de cada segmen-



to del sector eléctrico no se hacen distinciones regulatorias entre aquellos que están en situaciones similares. En definitiva, como se explicará, el artículo 16 B de la Ley N<sup>º</sup> 18.410 establece derechos y obligaciones para los involucrados, todo lo cual responde a un sistema que está lejos de carecer de razonabilidad;

***1. Obligaciones recíprocas entre partes (desiguales) de una relación comercial directa, la cual, a su vez, involucra la prestación de un servicio público.***

**QUINTO.** Que, en la especie, la relación comercial contractual en la cual están involucrados los usuarios del servicio es con las empresas concesionarias de distribución de energía eléctrica, quienes a cambio de un pago tienen la obligación de proporcionar un servicio regular y continuo. No existe relación comercial alguna entre dichos usuarios sujetos a regulación de precios y la empresa de transmisión eléctrica imputada como responsable de la interrupción del servicio de suministro eléctrico. Asimismo, es del caso advertir que la respectiva empresa de distribución eléctrica recibe los pagos de los usuarios, mas no los compensa por la energía no suministrada, sino una vez que la autoridad expida la orden correspondiente y la concesionaria de distribución eléctrica realice efectivamente el pago a los usuarios o consumidores. A la fecha, dada la existencia de la gestión pendiente en que incide este requerimiento de inaplicabilidad, el pago de la compensación a los usuarios no se ha verificado;

**SEXTO.** Que las empresas requirentes aspiran a que el resarcimiento en dinero por el servicio debido y no prestado no sea de cargo de ellas como contraparte de los usuarios, sino de un tercero con quienes estas empresas tienen, a su vez, una relación comercial. Esta pretensión de las compañías concesionarias de distribución eléctrica no sólo pugna con los principios propios de una relación contractual que es más asimilable a una de consumo, sino que pasan por alto el hecho de que las requirentes prestadoras del servicio no efectúan una actividad comercial cualquiera, sino un servicio público sujeto a especiales obligaciones dirigidas a proteger a los usuarios de un servicio básico y respecto del cual no tienen prestadores alternativos a los cuales recurrir;

**SÉPTIMO.** Que, en relación a lo previamente expuesto, cabe hacer presente, en primer lugar, que la disposición legal impugnada resulta razonable si se tienen en cuenta los principios que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a relaciones comerciales en las que el consumidor (el usuario) se encuentra en una situación de desventaja respecto del prestador del servicio en términos de capacidad negociadora. Incluso más, la aspiración de las empresas concesionarias del servicio público de distribución de eximirse de la obligación de pagar la compensación

establecida y regulada por el artículo impugnado resulta ajena a las razonables nociones que derivan de disposiciones como las del artículo 43 de la Ley N° 19.496, el cual establece que “[e]l proveedor que actúe como intermediario en la prestación de un servicio responderá directamente frente al consumidor por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el prestador de los servicios o terceros que resulten responsables”;

**OCTAVO.** Que, en segundo lugar, y en relación a la naturaleza de una relación comercial regulada en razón de estar involucrada la prestación del servicio público de distribución de energía eléctrica, cabe señalar que el usuario es un cliente cautivo de la concesionaria, quien ostenta un monopolio natural sobre un servicio que resulta esencial para el primero. Tal como se señaló con anterioridad por este Tribunal (STC Rol N° 2.373), “lo cierto es que el sistema pone a los clientes finales sometidos a tarifas reguladas únicamente en relación con las compañías concesionarias de servicio público de distribución”, es decir, “[e]l artículo 16 B de la Ley N° 18.410 (...) reposa sobre la lógica de unos usuarios que no están jurídicamente obligados a perseguir a los terceros responsables, respecto de una prestación para cuya cobertura han debido entenderse con un único e impuesto proveedor; la pertinente empresa de distribución eléctrica, que funge como co-contratante y opera en condición de monopolio natural dentro del área geográfica bajo su gestión”;

**2. Reasignación de riesgos, costos de transacción y efectos de acogerse la acción de inaplicabilidad.**

**NOVENO.** Que la contingencia de tener que accionar contra el responsable de la interrupción del suministro eléctrico para obtener el resarcimiento económico pertinente (incluyendo el riesgo inherente de no pago), dado el marco regulatorio vigente y el requerimiento de inaplicabilidad presentado, sólo puede ser de la compañía distribuidora o de los usuarios. Así, pues, de acogerse la acción de inaplicabilidad del artículo 16 B de la Ley N° 18.410 se generaría, como efecto, una reasignación de los riesgos desde la empresa prestadora del servicio básico a los usuarios, circunstancia que no es razonable si se tiene en consideración que CONAFE y EMELAT están en mejor posición que los usuarios de dichas compañías para hacer valer la eventual responsabilidad de TRANSELEC y abordar los riesgos involucrados en dicho proceso;

**DÉCIMO.** Que la norma impugnada permite remediar, entre otras cosas, los elevados costos de transacción a los cuales están afectos los usuarios. Desde una perspectiva en la que las personas ponderan racionalmente los costos y beneficios esperados de sus acciones, resulta altamente improbable que los usuarios logren obtener el resarcimiento debido. En efecto, el costo que significa para los usuarios conseguir que se les compense es, en general, demasiado elevado en relación al monto de la

pérdida ocasionada por la interrupción del suministro eléctrico. Por consiguiente, resulta importante destacar que la norma impugnada tiene un fuerte fundamento de razonabilidad;

**DECIMOPRIMERO.** Que la inaplicación de la expresión “de inmediato”, que incluye el inciso tercero del artículo 16 B de la Ley N<sup>º</sup> 18.410, la cual establece, a lo largo de sus tres incisos, un mecanismo específico y coherente, no tendría el efecto de alterar el orden de los pagos en el sentido de que primero pagaría la empresa responsable y sólo luego pagaría la empresa distribuidora, la cual actuaría como mera intermediaria respecto de un consumidor final. Lo anterior constituiría la consagración de un sistema distinto al establecido en el precepto legal impugnado, lo cual es un asunto de mérito que corresponde al legislador determinar;

*3. El riesgo patrimonial que asumen las empresas concesionarias de distribución es de magnitud muy menor, no es imprevisible y, en alguna medida, se encuentra incorporado en las tarifas.*

**DECIMOSEGUNDO.** Que el impacto negativo que para las requirentes tendría la aplicación del artículo 16 B de la Ley N<sup>º</sup> 18.410 se reduce al costo involucrado en el ejercicio del derecho a repetir contra la empresa responsable y al riesgo de fracaso de dicha gestión judicial;

**DECIMOTERCERO.** Que, al respecto, debe subrayarse, en primer lugar, que la obligación última de pago recae en el responsable de la interrupción del suministro eléctrico y no, en este caso, en las compañías distribuidoras, las cuales, como se mencionó, tienen el derecho de repetición;

**DECIMOCUARTO.** Que, en segundo lugar, la resolución de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles en virtud de la cual se declara la responsabilidad de TRANSELEC minimiza significativamente el costo y riesgo involucrado en el ejercicio de la acción de repetición, lo cual, desde el punto de vista patrimonial, puede considerarse como muy menor en relación a la magnitud del negocio global de distribución eléctrica;

**DECIMOQUINTO.** Que, en tercer lugar, hay que tener presente, además, que para las compañías de distribución no sólo se trata de riesgos de magnitud muy menor, sino que se trata de riesgos que no son imprevisibles: se trata de una regulación previa que se presume conocida por parte de las requirentes;

**DECIMOSEXTO.** Que, a mayor abundamiento, los mínimos riesgos que pueden derivar de la aplicación del precepto legal impugnado bien pueden entenderse incluidos dentro de aquellos riesgos generales de que da cuenta la tasa de actualización en base a la cual se fijan las tarifas;

**DECIMOSEPTIMO.** Que, en suma, no se está en presencia de una regulación “que irrogue costos que pueden llevar a desincentivar el ejercicio de

*una actividad económica lícita”* (ver considerando 16° del voto disidente de la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2.373), o de riesgos o contingencias imprevisibles del negocio, o que, aunque no de forma específica, no se encuentren incorporados en las tarifas que remuneran la actividad de las concesionarias del servicio público de distribución eléctrica;

**4. Se proporcionan incentivos razonables para la empresa responsable de la interrupción del suministro eléctrico, en relación con la situación regulada por el precepto legal impugnado.**

**DECIMOCTAVO.** Que las requirentes sostienen que *“todo indica que liberar de responsabilidad civil por la falla que provoca la interrupción a la empresa causante de la misma, sólo puede tener un (sic) como resultado un incentivo perverso: si la empresa en cuyas instalaciones se produce la falla que provocó el apagón no tiene la señal de tener que responder por el defecto producido en sus instalaciones, entonces es lógico pensar que no tendrá incentivo alguno para mantener en buen estado sus instalaciones y realizar las inversiones que permitan tener un sistema seguro, suficiente y confiable”* (fs.10);

**DECIMONOVENO.** Que el planteamiento de las requirentes expresado en el considerando previo adolece de dos errores. En primer lugar, la empresa responsable de la interrupción de suministro eléctrico no se encuentra liberada de responsabilidad civil. Por el contrario, el mismo precepto legal impugnado establece el derecho de repetición de la empresa distribuidora contra la empresa responsable de la interrupción. Es decir, el impacto patrimonial final de una interrupción del suministro eléctrico recae, como ya se ha manifestado con anterioridad, en la empresa responsable del hecho aludido. En segundo lugar, no debe olvidarse, para efecto de apreciar los incentivos, que la empresa responsable de la interrupción del suministro eléctrico está sujeta a una sanción administrativa, la cual tiene, entre otras, una función disuasoria;

**VIGÉSIMO.** Que de lo expuesto en esta primera parte es posible concluir que la asignación de derechos, obligaciones, responsabilidades y riesgos a los diferentes actores del mercado eléctrico (en este caso, transmisora, distribuidoras y usuarios) tiene razonabilidad y, por lo mismo, no consagra discriminación arbitraria alguna. En otras palabras, no existiría vulneración a la igualdad ante la ley (artículo 19, N° 2°, de la Constitución), a la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica (artículo 19, N° 22°, de la Constitución), y a la igualdad en las cargas públicas (artículo 19, N° 20°, de la Constitución);

## II

### NO EXISTE VULNERACIÓN AL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y AL DERECHO A UN RACIONAL Y JUSTO PROCEDIMIENTO

**VIGESIMOPRIMERO.** Que las requirentes argumentan que el artículo 16 B de la Ley N<sup>º</sup> 18.410 “*niega toda posibilidad de discutir en sede jurisdiccional y en forma previa a su pago, la existencia de una infracción, de discutir si los hechos que la constituyen son imputables al concesionario*” (fs. 11). Por lo mismo, las requirentes estiman que el precepto legal aludido es contrario a las garantías de acceso a la justicia y de un justo y racional procedimiento establecidas en el artículo 19, N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup>, de la Constitución;

**VIGESIMOSEGUNDO.** Que el artículo 16 B de la Ley N<sup>º</sup> 18.410 no infringe el derecho de acceso a la justicia ni a un racional y justo procedimiento. Esta aseveración se fundamenta en dos consideraciones. En primer lugar, el precepto legal impugnado no contempla procedimiento alguno en que se adjudiquen derechos para una de las partes o en que se resuelvan conflictos. La norma legal cuya inaplicabilidad se solicita no regula potestad sancionatoria alguna de la SEC. Tal como lo señala el considerando decimosegundo de la STC Rol N<sup>º</sup> 2.373, “[c]uando el inciso primero del mismo precepto despeja que su aplicación es ‘sin perjuicio de las sanciones que correspondan’, está señalando inequívocamente que a este efecto punitivo rigen los demás procedimientos administrativo y judicial conducentes a reprimir al infractor, establecidos en los artículos 17 y 19 de la Ley N<sup>º</sup> 18.410”;

**VIGESIMOTERCERO.** Que, en segundo lugar, las requirentes, de acuerdo a lo señalado en el considerando vigesimoprimer, parecen objetar, en lo referido al artículo 19, N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup>, de la Constitución, una omisión del legislador. En efecto, se alega que la regulación del mecanismo contemplado en el artículo 16 B ya citado no contempla la posibilidad de que CONAFE y EMELAT sean “*escuchadas en forma previa a la emisión de la orden de pago de compensaciones por parte de la Superintendencia*” (fs. 11). Sobre el particular, cabe reiterar que el mecanismo establecido por el precepto legal impugnado no descansa sobre la necesidad de que exista una imputación de responsabilidad a la compañía distribuidora de energía eléctrica. Evidentemente, e independiente de la ya declarada racionalidad del mecanismo de compensación consagrado en la norma impugnada, siempre será posible que por vía legislativa se modifique el sistema, pero la dictación de normas legales es algo ajeno a la competencia de este Tribunal. El único efecto sistémico que podría generarse con la declaración de inaplicabilidad del precepto legal impugnado en la gestión pendiente es la inexistencia del mecanismo especial de compensación bajo análisis y, por consiguiente, la eventual vigencia, para el caso concreto, de las normas generales sobre responsabilidad.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y undécimo, de la Constitución Política de la República y en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

- 1°. **Rechazar el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas 1.**
- 2°. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 55. Oficiase al efecto.
- 3°. No condenar en costas a las requirentes por estimarse que tuvieron motivo plausible para requerir.

**Acordada con el voto en contra de la Ministra señora Marisol Peña Torres**, quien estuvo por acoger el requerimiento sólo en lo que se refiere a las expresiones “*de inmediato*”, contenidas en la norma impugnada, y fundada en las siguientes consideraciones:

1°. Que en el presente requerimiento se solicita que este Tribunal declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 16 B de la Ley N° 18.410, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, conforme al texto introducido por la Ley N° 19.613, artículo 1°, N° 5, en la reclamación de ilegalidad que sustancia la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 7269-2012.

El objeto de la acción aludida es que se dejen sin efecto el oficio Ord. N° 7378, de 26 de julio y la resolución exenta N° 1718, de 21 de septiembre, ambos del año 2012, emanados de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, que ordenan a las empresas requirentes efectuar “de inmediato” el pago de las compensaciones a los usuarios del sistema de energía eléctrica del país afectados por la interrupción generalizada del suministro en el Sistema Interconectado Central (SIC), el día 3 de febrero del año 2011 (fojas 16 y siguientes);

2°. Que las infracciones constitucionales que denuncian las empresas requirentes (a la igualdad ante la ley en relación con la no discriminación arbitraria que debe brindar el Estado y sus organismos en materia económica, a las garantías de acceso a la justicia y de un procedimiento previo racional y justo, y a la igualdad ante las cargas públicas) dicen relación con la necesidad de pagar, “de inmediato”, a los usuarios del servicio eléctrico las compensaciones por la interrupción experimentada en el suministro durante el año 2011, sin perjuicio del derecho que asiste a las concesionarias de distribución obligadas a dicho pago de repetir en contra de terceros responsables. Lo anterior, porque, en este caso, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles determinó previamente que la responsabilidad por las fallas en el suministro de que se trata se encontraría en el nivel de transmisión troncal, siendo responsable de la misma la empresa

propietaria de las instalaciones, esto es, Transelec S.A., y no las empresas distribuidoras que han sido obligadas a efectuar la compensación por los actos administrativos que están siendo impugnados en la gestión pendiente. De hecho, la sanción impuesta a Transelec ha sido demostrada en estos autos acompañándose copia de la Resolución Exenta N<sup>º</sup> 0869, de 25 de mayo de 2012, de la SEC (fojas 33); todo ello en ejercicio de la potestad sancionatoria de que goza la Administración en esta materia;

3<sup>º</sup>. Que el cuestionado artículo 16 B de la Ley N<sup>º</sup> 18.410, en su inciso tercero, prescribe: “*Las compensaciones a que se refiere este artículo se abonarán al usuario **de inmediato**, independientemente del derecho que asiste al concesionario para repetir en contra de terceros responsables.*” (Énfasis agregado);

4<sup>º</sup>. Que debe recordarse que la redacción actual del artículo 16 B de la Ley N<sup>º</sup> 18.410 proviene de la Ley N<sup>º</sup> 19.613, del año 1999, modificatoria de aquélla, en cuyo Mensaje, el Vicepresidente de la República precisaba que el objetivo del proyecto era “*fortalecer el régimen de fiscalización actualmente vigente para el sector eléctrico*”, atendidas las graves consecuencias que, tanto para la población como para el sector productivo, produce la falta de suministro eléctrico (Boletín N<sup>º</sup> 2.279-08). Puntualizaba también dicha iniciativa, que “*el mercado de la distribución eléctrica está concebido como un servicio público que requiere, para ser operado, de una concesión*”, pero que, como servicio público, participa de los principios comunes a todos ellos, esto es, su carácter continuado, regular y uniforme. Agregaba el Mensaje que “*la obligación de los concesionarios de prestar el servicio en continuidad, constituye para los usuarios de servicios eléctricos, el derecho a la exigibilidad y disponibilidad de un bien que en la vida moderna es indispensable para la actividad cotidiana de los ciudadanos.*”

En dicha perspectiva, el Vicepresidente de la República argumentaba que el proyecto de ley aludido pretendía otorgar al organismo fiscalizador en materia eléctrica (la Superintendencia de Electricidad y Combustibles), herramientas más eficaces que las actuales para garantizar el suministro regular y continuo a los usuarios de la energía eléctrica. Para dicho fin se fortalecería el acceso a la información y se aumentarían las multas a los responsables de la interrupción del suministro.

Aclaraba asimismo el Mensaje que la actividad de la Superintendencia se enmarca dentro de la función reguladora del Estado, la que se funda tanto en el artículo 19, N<sup>º</sup> 21<sup>º</sup>, de la Carta Fundamental –que consagra el derecho a la libre iniciativa de los particulares en materia económica– como en el numeral 22<sup>º</sup> de ese mismo artículo constitucional, que impone al Estado y a sus organismos la prohibición de discriminar en el trato que deben otorgar a los particulares en materia económica; todo ello, en aplicación del principio de igualdad ante la ley;

5<sup>º</sup>. Que la reseña efectuada precedentemente demuestra, a nuestro juicio, que la incorporación del artículo 16 B –en su actual redacción– en

la ley que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, fue presidida de la búsqueda de un equilibrio entre la actividad regulatoria del Estado –en función de objetivos sociales indiscutibles– y el respeto a los derechos de los particulares que intervienen en el campo económico.

La búsqueda del mencionado equilibrio operaba sobre la base de los principios generales que imperan en materia de responsabilidad, esto es, que el responsable del daño o de la falla en este caso queda obligado a resarcirlo al usuario afectado. En este sentido, el proyecto original disponía que *“se hace expreso el derecho de las personas o entidades que hayan sufrido daños a causa de la falla en el suministro de energía eléctrica para reclamar las indemnizaciones correspondientes ante la justicia ordinaria”*.

Por su parte, la idea de que la compensación a los usuarios debía operar *“de inmediato”* no estaba contemplada en el proyecto original.

La Superintendencia de Electricidad y Combustibles, al evacuar el traslado de fondo en este proceso constitucional ha explicado que *“en la génesis de este artículo hubo referencias a su carácter sancionatorio, pero posteriormente se reconoció su objetivo como mecanismo para regular una reparación adecuada y oportuna en un procedimiento que se seguiría ante la justicia ordinaria. No obstante, esta regulación de reparación indemnizatoria ante tribunales de justicia presentaba evidentes problemas asociados a los costos de transacción para los usuarios finales. En efecto, considerando los eventuales montos a obtener mediante acciones judiciales indemnizatorias, sumados a los costos de transacción, no representaba una solución que brindara un régimen de reparación adecuada y oportuna. En ese sentido, y contrariamente a lo planteado por las empresas requirentes, el legislador consideró que el acceso a la justicia se vería vedado para quienes fueran los afectados directos de una interrupción.”* (Fojas 90);

6°. Que el argumento de la Superintendencia parece atendible si se piensa que, en la provisión de energía eléctrica, se encuentra involucrada la actividad de un servicio público. En el mismo sentido no es difícil comprender la dificultad que tendría para cada usuario afectado interponer las correspondientes acciones ante los tribunales de justicia para obtener la compensación;

7°. Que, sin embargo, las características de servicio público que envuelven las concesiones de energía eléctrica, unidas a la circunstancia de que ellas se asocian a un bien indispensable para el desarrollo de la población nacional, deben enlazarse con el principio general en materia de responsabilidad.

Como esta Magistratura ha indicado *“la regla general de nuestro ordenamiento jurídico es que todo daño causado por un acto ilícito debe ser indemnizado, esto es, tanto el daño patrimonial como el daño moral, si se han producido, deben ser reparados por el responsable. Esta regla se ha derivado del texto del inciso primero del artículo 2.329 del Código Civil, que no distingue entre daño patrimonial y daño moral al disponer: “Por regla general, todo daño que pueda imputarse a*



*malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.*” (STC Rol N<sup>º</sup> 943, c. decimonoveno);

8<sup>º</sup>. Que, en el caso de las empresas eléctricas, el principio general de responsabilidad se encuentra reflejado, por un lado, en el artículo 140 del D.F.L. N<sup>º</sup> 4, del Ministerio de Minería, de 2007, Ley General de Servicios Eléctricos, que establece que: *“Las disposiciones sobre calidad de servicio establecidas en la presente ley, no se aplicarán en los casos de racionamiento, ni en aquellos en que las fallas no sean imputables a la empresa suministradora del servicio.”* Por otro lado, en el artículo 224 del Decreto Supremo N<sup>º</sup> 327, del Ministerio de Minería, de 1997, Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos, se señala que *“la responsabilidad por el cumplimiento de la calidad de servicio exigida en este reglamento, compete a cada concesionario. La responsabilidad por el incumplimiento de la calidad de suministro será también exigible a cada propietario de instalaciones que sean utilizadas para la generación, el transporte o la distribución de electricidad, siempre que operen en sincronismo con un sistema eléctrico. Todo proveedor es responsable frente a sus clientes o usuarios, de la calidad del suministro que entrega, salvo aquellos casos en que la falla no sea imputable a la empresa y la superintendencia declare que ha existido caso fortuito o fuerza mayor. La superintendencia podrá amonestar, multar, o adoptar las demás medidas pertinentes, si la calidad de servicio de una empresa es reiteradamente ineficiente.”* (Énfasis agregado).

Como puede observarse, tanto la Ley General de Servicios Eléctricos como su reglamento eximen de la responsabilidad frente a los clientes o usuarios a aquellos proveedores a quienes no pueda imputarse una falla y la Superintendencia declare que ella proviene de un caso fortuito o fuerza mayor. Esta norma se concilia con la regla general ya recordada conforme a la cual la responsabilidad recae en quien ha causado el daño, responsabilidad de naturaleza subjetiva y que se opone a la responsabilidad objetiva que, como se ha indicado, *“se justifica cuando la naturaleza de la actividad que se desarrolla implica un riesgo altamente probable que debe ser cubierto por el peligro que encierra. Tal es el caso de la Ley de Seguridad Nuclear, N<sup>º</sup> 18.302, publicada en el Diario Oficial de 2 de mayo de 1984, que en su artículo 49 establece que la ‘responsabilidad civil por daños nucleares será objetiva y estará limitada en la forma que establece la ley. Sin embargo, el fundamento que se ha planteado en este caso es que, por esta vía (la de la compensación), se pretende aumentar la diligencia de las empresas concesionarias de servicio público de distribución, haciéndolas responsables aun de aquellos accidentes no imputables a su intencionalidad o negligencia.”* (Varas Felipe. “Análisis de la compensación establecida en el artículo 16 B) de la Ley N<sup>º</sup> 18.410 y sus efectos en las empresas distribuidoras.”. En: Revista de Derecho Administrativo Económico, Vol. IV, N<sup>º</sup> 2, mayo-diciembre 2002, p. 354);

9<sup>º</sup>. Que, en cambio, el inciso tercero del artículo 16 B de la Ley N<sup>º</sup> 18.410, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles,

impone a las empresas concesionarias de distribución de energía eléctrica, como las requirentes en estos autos, la obligación de compensar las interrupciones o suspensiones del suministro “de inmediato”, independientemente de que sean o no responsables de la falla, otorgándoles el derecho de repetir *–ex post–* contra los verdaderos responsables, esto es, una vez que las aludidas compensaciones hayan sido efectivamente pagadas;

**10°.** Que la aplicación de la norma contenida en el inciso tercero del artículo 16 B de la Ley N° 18.410, en lo que se refiere a la expresión “de inmediato”, resulta discriminatoria entre particulares que se encuentran en la misma situación: ser concesionarios del sistema eléctrico, ya sea en calidad de generadoras o de distribuidoras. Y discrimina, porque, como ocurre en el presente caso, dicha norma ha permitido que la Superintendencia de Electricidad y Combustibles imponga a las empresas distribuidoras la obligación de pagar la compensación a los usuarios, pese a haber constatado que la responsabilidad efectiva de tales fallas no se debió a dichas empresas sino que a una generadora.

Es así como, en el Oficio Ordinario N° 7378, de 26 de julio de 2012, de la Superintendencia, que rola a fojas 29, se lee que: *“Concluido el examen de los antecedentes de hecho y de derecho, así como de los descargos de la afectada, se ha procedido a sancionar a Transelec S.A. por su responsabilidad en la falla”* (fojas 29);

**11°.** Que, para efectos del razonamiento que se viene desarrollando, es importante tener presente que *“la relación entre la distribuidora, intermediaria de la energía recibida de la generadora y sus clientes finales, los cuales de acuerdo al artículo citado (artículo 16 B de la Ley N° 18.410), son los beneficiarios de la indemnización o compensación, es también una relación contractual. Es cierto que las concesionarias de servicio público de distribución se encuentran obligadas a prestar el servicio a quien se lo solicite dentro del área de concesión (artículo 74 del D.F.L. N° 1), pero ello no quita el carácter contractual de la relación entre distribuidora y cliente, si bien ella es producto de la celebración de un contrato forzoso, dada la obligación de contratar en determinados términos que pesa sobre la distribuidora. Aún más, por mucho que exista servicio público de distribución, la relación entre la distribuidora y el cliente es de derecho privado y no jurídico administrativa. De lo anterior se sigue que las relaciones que ligan generadoras, distribuidores y usuarios, están sujetas a las reglas de la responsabilidad contractual.”* (Cifuentes, Ramón. “Algunos problemas de responsabilidad civil que plantea la legislación eléctrica después de modificarse el artículo 99 bis del D.F.L. N° 1.” En: Revista de Derecho Administrativo Económico, Vol. III, N° 3, octubre-diciembre 2001, p. 713);

**12°.** Que resulta claro, por ende, en nuestro concepto, que si la norma cuestionada en autos, y en la que se funda la obligación impuesta a las empresas requirentes de pagar la compensación a los usuarios afectados, no

hubiera contemplado la expresión “de inmediato” se abre, para la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, la posibilidad cierta de que la referida compensación se hubiere pagado por los verdaderos responsables de la falla que causó graves consecuencias a los usuarios aplicando las reglas generales sobre responsabilidad contenidas en la normativa eléctrica. Por lo demás, el fallo sostiene que *“el único efecto sistémico que podría generarse con la declaración de inaplicabilidad del precepto legal impugnado en la gestión pendiente es la inexistencia del mecanismo especial de compensación bajo análisis y, por consiguiente, la eventual vigencia, para el caso concreto, de las normas generales sobre responsabilidad”*. (c. vicesimotercero);

**13°.** Que el artículo 19, N<sup>º</sup> 22°, de la Carta Fundamental prohíbe al Estado –que incluye al legislador– y a sus organismos discriminar arbitrariamente a los particulares en el trato que les otorgue en materia económica. La discriminación arbitraria, a la que también se refiere el artículo 19, N<sup>º</sup> 2°, de la Constitución Política, es aquella que carece de razonabilidad o que no se funda en criterios que vayan más allá del mero capricho. La razonabilidad de la medida debe, a su vez, ser valorada en función de los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto o *latu sensu*, que son propios del análisis concreto que importa la decisión de una acción de inaplicabilidad;

**14°.** Que, en la especie, se observa que el legislador ha posibilitado la aplicación de una norma en términos que vulneran la prohibición mencionada, precisamente porque lo necesario es que se compense a los usuarios por las fallas en el sistema eléctrico, lo que la norma impugnada contempla. Sin embargo, en este caso concreto, la obligación que se impone a las empresas distribuidoras de compensar “de inmediato” a los usuarios, no respeta ese criterio de necesidad, porque se hizo caso omiso a que la Superintendencia de Electricidad y Combustibles había determinado que la responsable de la falla en el suministro era una empresa de las que integran el segmento de generación eléctrica y no las distribuidoras, por lo que no resulta lógico que se obligara a éstas a pagar dichas compensaciones y a repetir contra las verdaderamente responsables, pasando por sobre el principio general de que el daño debe resarcirse por el efectivamente responsable.

Al respecto, se ha señalado que, desde el punto de vista de la igualdad de trato, que supone la aplicación de la igualdad ante la ley, éste *“en su afán legítimo de compensar a los usuarios colocó en una situación de privilegio a un actor económico por sobre otro; peor aún, optó por dar tal privilegio a quien o quienes han sido caracterizados por la autoridad como responsables, sea directamente de los hechos que ocasionaron el corte o bien indirectamente, como pertenecientes al órgano coordinador de la operación del respectivo sistema eléctrico. Es por ello que los términos de comparación debieron efectuarse entre agentes económicos y no entre estos y los consumidores pues no es ahí donde el efecto de inconstitucionalidad*

*se genera.*” (Evans Espiñeira, Eugenio. “Jurisprudencia constitucional. Dos casos de normativa inconstitucional de la Ley N° 18.410, orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles”. Intervención realizada en las XII Jornadas de Derecho de Energía. Pontificia Universidad Católica de Chile, 30 de julio de 2013);

**15°.** Que, en esta misma lógica de análisis, tampoco el pago “de inmediato” de las compensaciones resulta idóneo, en el caso concreto que se analiza, pues lo que interesa es resarcir al usuario, pero no a cualquier costo. Y obligar a las empresas distribuidoras a pagar dichas compensaciones, sin ser las efectivamente responsables, pugna desde luego con criterios de justicia material como los que inspiran el derecho al debido proceso asegurado en el artículo 19, N° 3°, inciso sexto, de la Constitución, pero además les irroga costos que pueden llevar a desincentivar el ejercicio de una actividad económica lícita que se ejerce con arreglo a las normas legales que la regulan.

Por último, el pago “de inmediato” de la compensación tampoco es proporcional al fin que se persigue, porque si bien se compensa al usuario afectado se grava, innecesariamente, a las empresas distribuidoras de energía eléctrica, beneficiando a las generadoras que, siendo las directamente responsables (como lo ha constatado la investigación desplegada por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles) de la falla del suministro, pueden seguir ejerciendo su actividad –sin desmedro económico– por todo el tiempo que demore el ejercicio del derecho a repetir y, ciertamente, supeditado al éxito del mismo.

Lo anterior puede revestir alcances de particular gravedad como se ha constatado desde el sector eléctrico: “*dado que el valor de las compensaciones ya se encuentra fijado por la ley en el duplo del valor de la energía no suministrada durante la interrupción o suspensión del servicio, valorizada a costo de razonamiento, la elevada cuantía de las compensaciones hará del todo relevante determinar los parámetros para cuantificar la energía no suministrada durante la interrupción o suspensión del servicio, situación que en la crisis de 1998/1999 fue ampliamente debatida.*” (Olmedo, Juan Carlos, Chávez de la F., Juan J. y Chifelle, Paulinne. “Régimen de compensaciones en la legislación eléctrica.” En: Revista de Derecho Administrativo Económico, Vol. IV, N° 2, mayo-diciembre 2002, p. 365);

**16°.** Que, como se ha demostrado, en la medida que la aplicación en la gestión judicial pendiente del artículo 16 B) de la Ley N° 18.410, en la parte de su inciso tercero que se refiere a la expresión “de inmediato”, importa una vulneración de la garantía de no discriminación arbitraria que el Estado y sus organismos deben observar en el trato que brinden a los particulares en materia económica, es que la norma impugnada debió declararse inaplicable.

Redactó la sentencia el Ministro señor Juan José Romero Guzmán, y la disidencia, su autora.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N<sup>º</sup> 2.356-2012**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora Marisol Peña Torres, y por los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

**ROL N<sup>º</sup> 2.357-2012**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 6,  
INCISO SEGUNDO, DE LA LEY N<sup>º</sup> 20.545, QUE MODIFICÓ  
LAS NORMAS SOBRE PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD  
E INCORPORÓ EL PERMISO POSTNATAL PARENTAL,  
PRESENTADO POR LEYLA ALEJANDRA CHAHÍN VALENZUELA Y  
OTROS FISCALES DEL MINISTERIO PÚBLICO**

Santiago, cuatro de julio de dos mil trece.

**VISTOS:**

Con fecha 27 de noviembre de 2012, Leyla Alejandra Chahín Valenzuela, Patricia Angélica Varas Pacheco, Tatiana Yasmín Meneses Yáñez, Marcia Elisa Arancibia Pérez, Evelyn Rommy Kremer Parada, Teresa Viviana Muñoz Becker, Claudia Andrea España Pincheira, Erika Alejandra Maira Bravo, Lorena Raquel Ulloa Reyes, todas fiscales del Ministerio Público, y Pedro Enrique Orthusteguy Hinrichsen, en representación de la Asociación de Fiscales del Ministerio Público y en favor de la Fiscal Fabiola Janet Celis Corrales, han solicitado a esta Magistratura la decla-

ración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la primera parte del inciso segundo del artículo 6° de la Ley N° 20.545, que modificó las normas sobre protección a la maternidad e incorporó el permiso posnatal parental.

El precepto cuya aplicación se cuestiona, referido a la base de cálculo del subsidio del nuevo permiso posnatal parental para los funcionarios públicos, dispone:

*“A este permiso no le será aplicable lo dispuesto en el artículo 153 del decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Salud, de 2006, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 2.763, de 1979, y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469”.*

Cabe hacer presente que el precepto a que se alude en la norma impugnada dispone que los funcionarios públicos tendrán derecho, durante el goce de la licencia por descanso maternal, a la mantención del total de sus remuneraciones y que su pago corresponderá al Servicio o Institución empleadora. Sin embargo, el nuevo permiso posnatal parental se ve afecto a un tope máximo de 67.4 Unidades de Fomento y por ello su monto no asciende al total de las remuneraciones cuando la trabajadora devenga un sueldo superior a esa cifra.

La gestión invocada es una acción de protección en tramitación ante la Corte de Apelaciones de Santiago, caratulada “Leyla Alejandra Chahín Valenzuela y otros con Ministerio Público”, Rol N° 36.370-2012, seguida en contra del Fiscal Nacional y del Director Ejecutivo Nacional del Ministerio Público. En dicha acción se señala que ilegal y arbitrariamente los recurridos se han negado a dar aplicación al artículo 153 del aludido D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2006, al contestar que no estaba en sus facultades disponer el pago íntegro de remuneraciones, dejando de cumplir con la ley. En el referido proceso, las actoras de protección solicitan el pago de su remuneración íntegra, sin el tope del subsidio, durante el permiso posnatal parental.

Señalan que el precepto cuestionado no fue objeto de control preventivo de constitucionalidad por esta Magistratura en el proceso Rol N° 2.025 y que su aplicación al caso *sub lite* vulnera la protección constitucional de la familia a que se refiere el artículo 1° de la Carta Fundamental, además de la garantía de la no discriminación arbitraria contenida en el numeral 2° de su artículo 19, el derecho a la seguridad social, contenido en el numeral 18° del mismo artículo, y el derecho de propiedad sobre las remuneraciones, contemplado por el numeral 24° de dicho artículo, en la medida que se cercenan derechos adquiridos sobre las remuneraciones, pues el nuevo descanso posnatal es sin duda una prolongación del existente con anterioridad a la Ley N° 20.545.

Agregan que el tope del subsidio es discriminatorio y que con él se vulnera además el artículo 5° de la Carta Fundamental, en relación al

Convenio 103, de la OIT, sobre Protección de la Maternidad, además de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales.

Por otra parte, dan cuenta las requirentes del conjunto de rebajas de sus remuneraciones a causa del precepto impugnado, que fluctúa entre un 40 y un 60%, según detallan en el requerimiento.

Con fecha 5 de diciembre de 2012 la Segunda Sala de este Tribunal acogió a tramitación el requerimiento, confiando traslado para resolver acerca de su admisibilidad y ordenando la suspensión del procedimiento en la gestión invocada.

Evacuando el traslado de admisibilidad, el Consejo de Defensa del Estado solicitó la declaración de inadmisibilidad del ocursu, argumentando que se busca la falsa aplicación del artículo 153 del aludido D.F.L. N<sup>º</sup> 1, del Ministerio de Salud, de 2006, reclamando el pago de remuneraciones íntegras sin tope y no el pago del subsidio.

Alega que se busca también con el requerimiento la falsa aplicación del artículo 6<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 20.545, que regula el permiso posnatal parental de los funcionarios públicos, para eludir el tope de cálculo del subsidio.

Agrega que el D.F.L. N<sup>º</sup> 44, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1978, establece como base de cálculo la remuneración neta, entendida como remuneración imponible, y que la solicitud de inaplicabilidad parcial que se ha formulado no alcanza a tocar los aspectos económicos del permiso post natal, que seguirá siendo regido por el artículo 197 bis del Código del Trabajo y por las normas del D.F.L. N<sup>º</sup> 44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social ya aludido.

Finalmente, concluye que el artículo 153 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, de 2006, del Ministerio de Salud, se refiere a licencias y a prestaciones de maternidad de pre y post natal, mas no al nuevo permiso posnatal parental, sin que haya lugar a una interpretación extensiva.

Por todo lo expuesto señala que la norma no es de aplicación decisiva y solicita la declaración de inadmisibilidad.

Con fecha 3 de enero de 2013 se declaró la admisibilidad del requerimiento y posteriormente se confirió traslado acerca del fondo del conflicto de constitucionalidad planteado.

Evacuando el traslado conferido, el Consejo de Defensa del Estado dio cuenta latamente de los antecedentes de la gestión invocada, del requerimiento y de la historia de la protección de la maternidad en la legislación chilena.

Sostiene que a partir del año 1985, con la dictación de la Ley N<sup>º</sup> 18.469, las trabajadoras del sector privado ven limitado el monto del subsidio por maternidad, que se halla afecto a topes máximos, cuestión que no ocurre en el sector público.

Señala que la regla general del subsidio es la norma del Decreto con Fuerza de Ley N° 44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, según la cual la base de cálculo es un promedio de la remuneración mensual neta, entendida como imponible, del subsidio o de ambos, devengados en un lapso de 3 meses, con el límite del tope máximo imponible, que hoy corresponde a 67,4 Unidades de Fomento, mismo que no se vio afectado por la Ley N° 20.545.

Posteriormente se refiere al contexto anterior a la dictación de dicha ley, en especial al rol de la mujer en el mercado laboral y a la praxis y estadísticas de los subsidios maternales, concluyendo que en los últimos años ha aumentado notoriamente el gasto en ellos y también en los subsidios por licencias médicas referidas a enfermedades del hijo menor de un año, sin explicación médica suficiente de estas últimas, porque obedecen a una práctica asentada para poder aumentar la duración del permiso posnatal, cuestión que motivó la dictación de la Ley N° 20.545, estableciendo el nuevo permiso posnatal parental.

Agrega que esta práctica se concentraba en beneficiarios de ISAPRE, de renta alta y que, en el año 2009, esto costó 206.200 millones de pesos, versus los 234.303 millones destinados a programas de la infancia.

Tras analizar datos y estadísticas concluye que en Chile la participación de la mujer en el mercado laboral es más baja que en el resto del continente, y que debe aumentar, incentivándose para ello el trabajo asalariado con cotizaciones previsionales, pues en los estratos modestos la participación en el trabajo y en el sistema de seguridad social es más baja, por lo cual se llega a la conclusión de que las beneficiarias de los subsidios maternales son más bien las mujeres de mayores ingresos y que ésta es la realidad que la Ley N° 20.545 tiene que enfrentar.

Posteriormente realiza un análisis comparativo de la normativa del sector público y la del sector privado. Hace presente que el nuevo permiso posnatal parental es diferente al existente con anterioridad a la Ley N° 20.545; que es una figura nueva, con caracteres y técnica legislativa distintos. Señala que si fueran lo mismo bastaba con modificar el artículo 195 del Código del Trabajo aumentando el número de semanas de descanso.

Expone que tanto este Tribunal como la Superintendencia de Seguridad Social han reconocido esa diferenciación.

Luego se refiere latamente a los elementos y caracteres del subsidio, concluyendo que no existe discriminación alguna, pues es exactamente lo mismo para los sectores público y privado, agregando que el artículo 153 del D.F.L. N° 1, del año 2006, del Ministerio de Salud, se refiere a otros beneficios.

También hace referencia a los permisos maternales en otros países, concluyendo que hay diversidad de sistemas, subsidios y tiempos, para concluir en la bondad de la normativa vigente actualmente.



Por otra parte, reitera lo alegado en sede de admisibilidad, en orden a la falsa aplicación de normas, a que el precepto cuestionado no resulta de aplicación decisiva en función de lo pedido en la gestión pendiente, y a que se pretende el pago de remuneraciones íntegras y no el subsidio.

Señala que se pidió la inaplicabilidad parcial del artículo 6<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 20.545, pero con ello no se alcanza los aspectos económicos del permiso ni las disposiciones legales que los regulan.

Expone que si se acoge la pretensión de inaplicabilidad se mantendrá el derecho de las y los funcionarios públicos a hacer uso del permiso post natal, se mantendrá el derecho al subsidio que origina y asimismo la regulación de este subsidio, conforme con las normas del D.F.L. N<sup>º</sup> 44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que, como se dijo, es el cuerpo legal que dispone que el subsidio se calcula sobre la base de la “remuneración neta”, concebida como remuneración imponible.

A continuación señala que si no se hubiera excluido expresamente la aplicación del artículo 153 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, de 2006, del Ministerio de Salud, no se podría asimilar el descanso posnatal parental al descanso del artículo 195 del Código del Trabajo, pues el legislador los ha diferenciado claramente en varias normas, siendo imposible hacer una interpretación extensiva al respecto. En esta línea, señala que la finalidad del posnatal parental es el apoyo a la familia en la crianza y no la recuperación física de la madre, objetivo al cual apunta el descanso del artículo 195 del Código del Trabajo.

Concluye desarrollando la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, para argumentar que no se ve infringida al ser razonable la norma cuestionada, agregando que no afecta el derecho a la seguridad social ni el derecho de propiedad.

Por todo lo anterior, solicita el rechazo del requerimiento, con costas.

Por otra parte, los requirentes formularon un conjunto de consideraciones de hecho y derecho en abono del requerimiento, reiterando lo que en él se argumentó.

Concluida la tramitación de la causa, se ordenó traer los autos en relación.

Con fecha 5 de junio de 2013 se verificó la vista de la causa, alegando, por las requirentes, el abogado Daniel Martorell Felis, y por el Consejo de Defensa del Estado, el abogado Alfonso Perramont Sanchez.

#### CONSIDERANDO:

### I

#### EL CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD PLANTEADO

**PRIMERO.** Las requirentes sostienen que les sería inaplicable la primera parte del inciso segundo del artículo 6<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 20.545, de

2011, referida al cálculo del subsidio del nuevo permiso posnatal parental para los funcionarios públicos, por tres razones;

**SEGUNDO.** Que, en primer lugar, señalan que el establecer que no es aplicable el artículo 153 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2006, importaría una diferencia de trato injustificada entre funcionarios públicos, en perjuicio de aquellos que tienen una remuneración superior al tope imponible, puesto que las mujeres funcionarias que gozan automáticamente de su permiso posnatal parental, una vez expirado el descanso posnatal por maternidad, ven significativamente reducida su renta, la que alcanza sólo hasta el tope durante el permiso posnatal parental, en circunstancias que a todos los otros funcionarios y funcionarias públicas que gozan del subsidio por licencia médica, se les mantiene el total de la remuneración, incluso superior al tope e independientemente de la remuneración que perciban;

**TERCERO.** Que, en segundo lugar, alegan que existe una discriminación arbitraria con respecto a las trabajadoras del sector privado, quienes si bien están afectas al tope del subsidio en caso de permiso posnatal parental, tienen mayores posibilidades de negociación de su remuneración –no permitidas en el ámbito del Derecho Público estatutario para las fiscales– para acordar una mayor en caso de que se ejerza el derecho a renuncia parcial al permiso posnatal parental, reincorporándose anticipadamente a sus funciones;

**CUARTO.** Que, en tercer lugar, el no reconocer el derecho a la remuneración íntegra como uno de los componentes del permiso posnatal parental importaría vulnerar la obligación del Estado de garantizar el acceso a prestaciones básicas uniformes de seguridad social (para las funcionarias públicas) y la progresividad de las mismas, existiendo también aquí una discriminación arbitraria por causa de la maternidad;

**QUINTO.** Que lo medular del requerimiento se basa en la idea de que la supresión del beneficio del artículo 153 del D.F.L. N° 1, de Salud, de 2006, para las funcionarias públicas que gozan del permiso posnatal parental, que habría dispuesto la primera parte del inciso segundo del artículo 6° de la Ley N° 20.545, en su aplicación al caso concreto de las fiscales requirentes, resulta inconstitucional, porque materializa una discriminación arbitraria, que vulnera los derechos constitucionales de los números 2°, 18° y 24° del artículo 19 de la Constitución Política. De esta manera, para resolver el asunto, es necesario aclarar si existe una desigualdad de trato entre casos esencialmente iguales, carente de fundamento razonable, y si la norma legal impugnada suprime para el caso reclamado el beneficio laboral o social pretendido, de la misma forma que lo hace la sentencia de este Tribunal Rol N° 2.250, de junio de 2013;

## II

## PERMISO POSNATAL POR MATERNIDAD Y PARENTAL

**SEXTO.** El permiso posnatal parental es un nuevo beneficio de seguridad social, de naturaleza jurídica diversa al descanso por maternidad, previsto tradicionalmente en la legislación laboral, sea este último prenatal o post natal puerperal. El descanso por maternidad está fundado especialmente en la salud de la mujer embarazada, que necesita un período de reposo previo y posterior al parto. El permiso posnatal parental está basado principalmente en el recién nacido y tiene por finalidad el desarrollo psicológico del menor, facilitando el apego del mismo a sus figuras parentales;

**SÉPTIMO.** Que el descanso posnatal puede ejercerse tanto en el caso del niño nacido vivo como en el caso que éste fallezca en el parto o durante el período del referido descanso por maternidad, por aplicación del inciso primero del artículo 195 del Código del Trabajo. A su vez, el permiso posnatal parental no procede cuando el niño no nace vivo o perece durante el período del respectivo descanso puerperal o parental, tal como ha sido dictaminado por la Superintendencia de Seguridad Social;

**OCTAVO.** Que, por otra parte, en el caso del permiso posnatal maternal, estando viva la madre, no es posible ceder tal descanso posnatal al padre, conforme a lo establecido en el artículo 195, inciso tercero, del Código del Trabajo. En cambio, en el caso del permiso posnatal parental, incluso estando ambos padres vivos, según dispone el artículo 197 bis, inciso octavo, del Código del Trabajo, si ambos padres son trabajadores, cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá gozar del permiso, a partir de la séptima semana del mismo, por el número de semanas que ésta indique;

**NOVENO.** Que, asimismo, la indisponibilidad del descanso por maternidad posnatal es absoluta, toda vez que conforme al artículo 195, inciso quinto, del Código del Trabajo los derechos referidos no podrán renunciarse y durante los períodos de descanso queda prohibido el trabajo de las mujeres, tanto embarazadas como puérperas. En cambio, tratándose del permiso posnatal parental, la mujer puede renunciarlo parcialmente, reincorporándose a su trabajo por media jornada;

**DÉCIMO.** Que, adicionalmente, entre ambos institutos existen diferencias formales. Para justificar la ausencia al trabajo de la madre, el descanso por maternidad pre y posnatal se otorga sobre la base de una certificación médica o de matrona. De acuerdo al artículo 197 del Código del Trabajo, para hacer uso del descanso de maternidad deberá presentarse al jefe del establecimiento, empresa, servicio o empleador un certificado médico o de matrona que acredite que el estado de embarazo ha llegado al período fijado para obtenerlo (seis semanas antes del parto y doce

semanas después de él). Es decir, el permiso posnatal ordinario asume la forma de una licencia médica. Por su parte, el permiso posnatal parental no está sujeto a formalidad alguna y rige automáticamente, por el solo ministerio de la ley, una vez vencido el permiso posnatal puerperal, sin necesidad de licencia médica o aviso alguno, salvo que se ejerza el derecho de renuncia parcial o de cesión al padre, ya comentados supra. Es por ello que el artículo 197 bis, inciso primero, primera parte, del Código Laboral establece que las trabajadoras tendrán derecho a un permiso posnatal parental de doce semanas a continuación del período posnatal;

**DECIMOPRIMERO.** Que, por otro lado, hay diferencias en el régimen de fuero laboral. En efecto, tal beneficio rige para la mujer únicamente en caso de posnatal maternal y no en el posnatal parental. Sin embargo, rige para el padre, aunque sólo en caso de que sea éste quien haga uso del posnatal parental, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 201 del Código del Trabajo;

**DECIMOSEGUNDO.** Que en ninguno de los dos tipos de posnatal se trata de un subsidio remuneracional, sino que constituye financieramente un beneficio neto de seguridad social. Pero en el posnatal maternal, está sujeto a licencia médica y opera por incapacidad laboral temporal;

**DECIMOTERCERO.** Que, con todo, en el régimen laboral privado, conforme al artículo 3° del D.F.L. N° 44, de 1978, los subsidios serán imponibles para previsión social y salud, y no se considerarán renta para todos los efectos legales. Es decir, pese a sus diferencias, los subsidios por posnatal maternal o parental no son constitutivos de renta y por esa razón están exentos de impuesto de categoría. En el régimen del funcionario público, a la funcionaria con licencia médica maternal no se le paga un subsidio (que cede en beneficio de la institución en la que presta servicios), sino su remuneración –conforme al artículo 153 del D.F.L. N° 1, de Salud, de 2006–, la cual queda afecta a impuesto a la renta si corresponde por su monto;

**DECIMOCUARTO.** Que lo anterior confirma lo expresado por esta Magistratura en la causa Rol N° 2.025, al resolver la cuestión de la supresión en trámite parlamentario del tope del subsidio, inicialmente previsto en el proyecto de ley, por el permiso posnatal parental, en el sentido de que este permiso es diverso del puerperal. En efecto, se declaró que: *”de estos antecedentes se concluye lo siguiente: a) El proyecto de ley propuesto en el Mensaje crea un nuevo beneficio de seguridad social hasta ahora inexistente; b) El nuevo beneficio se crea en un nuevo artículo 197 bis que se agrega al Código del Trabajo; c) El texto del nuevo artículo contiene en su inciso primero los parámetros o componentes que fijan el diseño del nuevo beneficio, y le confieren una fisonomía o configuración precisa; d) Uno de estos componentes es que el subsidio a que da derecho a las trabajadoras del sector privado tiene como límite la remuneración de la beneficiaria, con un máximo de 30 unidades de fomento, aplicándose igual tope*

a los funcionarios de la administración del Estado, y e) El financiamiento previsto para esta iniciativa está calculado sobre esta base”;

### III EL RÉGIMEN ESTATUTARIO PARA LOS TRABAJADORES PÚBLICOS Y LOS PERMISOS POSNATAL MATERNAL Y POSNATAL PARENTAL

**DECIMOQUINTO.** Que, tal como lo dispone el Código del Trabajo, ambos permisos posnatales son aplicables a los trabajadores del sector público. Sin embargo, la manera en que tales beneficios operan para las funcionarias y funcionarios públicos es diferente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 153 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, de Salud, de 2006, y demás normativa aplicable. La determinación pendiente es en qué consiste esa diferencia de trato y si dicha diferencia es contraria a la Carta Fundamental (STC Rol N<sup>º</sup> 2.250, ya aludida);

**DECIMOSEXTO.** Que dispone el artículo 194 del Código del Trabajo que la protección a la maternidad “*se regirá por las disposiciones del presente título y quedan sujetos a ellas los servicios de la administración pública, los servicios semifiscales, de administración autónoma, de las municipalidades y todos los servicios y establecimientos, cooperativas o empresas industriales, extractivas, agrícolas o comerciales, sean de propiedad fiscal, semifiscal, de administración autónoma o independiente, municipal o particular o perteneciente a una corporación de derecho público o privado. ... Las disposiciones anteriores comprenden las sucursales o dependencias de los establecimientos, empresas o servicios indicados. ... Estas disposiciones beneficiarán a todas las trabajadoras que dependan de cualquier empleador, comprendidas aquellas que trabajan en su domicilio y, en general, a todas las mujeres que estén acogidas a algún sistema previsional. ... Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez.*”;

**DECIMOSEPTIMO.** Que los beneficios de protección a la maternidad y asignación familiar son generales en nuestra legislación, sea que los beneficiarios pertenezcan al sector público o privado. Los permisos posnatales, puerperal o parental, aplicables a las funcionarias públicas, están establecidos en el Código del Trabajo. Ambos permisos posnatales, en cuanto tales, son los mismos, tanto para trabajadoras del sector privado como del sector público;

**DECIMOCTAVO.** Que, sin embargo, cosa muy distinta es que, como un beneficio remuneracional del sector público, es decir, no emanado de las normas laborales de protección a la maternidad, a las funcionarias y funcionarios públicos en caso que gocen de licencia médica, cualquiera

sea el motivo –vale decir, no sólo la maternidad–, no se les paga el subsidio del posnatal u otro que corresponda sino su remuneración íntegra, aunque no hayan trabajado efectivamente, por disposición estatutaria. Y, por ello, el monto del subsidio se transfiera contable y efectivamente en favor de la institución pública empleadora, quien lo recibe en vez de la funcionaria, cualquiera sea su monto;

**DECIMONOVENO.** Que el mencionado beneficio estatutario está previsto en el artículo 111 del D.F.L. N° 29, de Hacienda, de 16 de marzo de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, de donde emana el derecho a percibir la totalidad de la remuneración de la funcionaria pública y está fundado en el hecho de gozar de una licencia médica, por cualquiera causa, y no en la circunstancia de estar gozando de permiso posnatal puerperal o parental, ni de alguno de los subsidios correspondientes a tales permisos;

**VIGÉSIMO.** Que el pago del subsidio por incapacidad laboral temporal en caso de licencia médica, corresponde al servicio o institución pública empleadora y no a la trabajadora, según lo dispone el artículo 12, incisos primero y segundo, de la Ley N° 18.196, de 29 de diciembre de 1982;

**VIGESIMOPRIMERO.** Que, en las condiciones señaladas, resulta obvio que son normas legales las que disponen el beneficio de la remuneración completa durante el goce de la licencia médica, la que sólo se otorga en el caso del permiso posnatal maternal y no en el posnatal parental. Por lo mismo, lo establecido en el artículo 153 del D.F.L. N° 1, de Salud, de 24 de abril de 2006, no es sino reconfirmar, ahora desde el ángulo o perspectiva de las entidades obligadas al pago del subsidio por incapacidad laboral temporal derivado de licencia médica (en general, ISAPRE o FONASA), en cualquiera de las hipótesis en que ésta proceda sobre la base de licencia médica (enfermedad, descanso de maternidad o enfermedad grave del hijo menor, entre otros), que se aplica el Estatuto Administrativo, en términos de que “*el derecho a licencia... se regirá por lo establecido en dicho cuerpo legal*”. (Artículo 153, inciso primero, del D.F.L. N° 1, de Salud, de 2006). De donde se sigue que el beneficio se acuerda por el uso de licencia médica y no por el permiso posnatal en especial. Y, dado que sólo el permiso posnatal maternal se otorga bajo la forma de licencia médica, dicho beneficio no se extiende al permiso posnatal parental, por el solo mérito del artículo 153 citado. Es por ello que el inciso segundo del referido artículo 153 concluye señalando que: “*Estos trabajadores tendrán derecho, durante el goce de la licencia, a la mantención del total de sus remuneraciones y su pago corresponderá al Servicio o Institución empleadora, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley N° 18.196*”. Es decir, no procede subsidio sino remuneración, aunque el monto del subsidio se traspasa al empleador público;

**VIGESIMOSEGUNDO.** Que, para esta Magistratura Constitucional, la norma impugnada, primera parte del inciso segundo del artículo 6<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 20.545, es irrelevante, ya que no tiene ninguna influencia decisiva en la resolución del asunto basal *sub lite*. Por lo demás, el alcance del precepto legal es mucho menor del que se sostiene en el requerimiento, y su aplicación no produce efectos inconstitucionales. Ello, porque no por aplicación de dicha norma existe tope para el subsidio por el permiso posnatal parental, sino por lo dispuesto en el inciso primero del mismo artículo 6<sup>º</sup>, según el cual los funcionarios del sector público a que se refiere el inciso primero del artículo 194 del Código del Trabajo, tendrán derecho al permiso posnatal parental y al subsidio que éste origine en los mismos términos del artículo 197 bis del referido Código. A este subsidio se le aplicarán las normas correspondientes del decreto con fuerza de ley N<sup>º</sup> 44, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1978, norma, esta última, que es la que establece el tope de la cuantía;

#### IV

#### LA NO PRODUCCIÓN DE EFECTOS INCONSTITUCIONALES POR APLICACIÓN DE LA NORMA IMPUGNADA

**VIGESIMOTERCERO.** Que, no siendo la norma impugnada la que suprime el beneficio pretendido, este Tribunal estima que la desigualdad inconstitucional que la aplicación de dicha norma supuestamente materializaría tampoco se produce. Las requirentes sostienen que en este caso sería evidente la diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar, toda vez que las funcionarias públicas –fiscales, en este caso– que tienen una remuneración superior al tope imponible, cuando se ejerce el permiso posnatal parental, sólo tienen derecho a que la institución o servicio les remunere hasta un monto equivalente al tope del subsidio, que como se ha señalado es el contemplado en el citado D.F.L. N<sup>º</sup> 44, de Trabajo, del año 1978. En cambio, cuando cualquier otro funcionario público tiene derecho a subsidio, le resulta aplicable la norma del artículo 153 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, de Salud, del año 2006, en virtud de la cual mantienen el total de sus remuneraciones a cargo del servicio o institución empleadora. Ello, más aún, sería particularmente reprochable, puesto que el criterio diferenciador para tal trato distinto sería la maternidad, ya que si las requirentes fueran acreedoras de subsidio por enfermedad, se les pagaría el total de su remuneración. Todo lo cual vulneraría, además del artículo 19, N<sup>º</sup> 2<sup>º</sup>, de la Constitución Política, determinados tratados internacionales que garantizan la no discriminación a la mujer;

**VIGESIMOCUARTO.** Que cabe reiterar lo señalado en la Sentencia Rol N<sup>º</sup> 2.250, ya aludida, en orden a que la situación del permiso posna-

tal maternal es objetivamente distinta a la del permiso posnatal parental, existiendo entre ambas instituciones profundas diferencias de naturaleza jurídica y las derivadas de ella;

**VIGESIMOQUINTO.** Que, al evidenciarse dos situaciones distintas, que autorizan un trato diferenciado, éste no es arbitrario, sino fundado en criterios racionales reales que la autoridad legislativa solamente se limita a ponderar. Lo que se reprocha por las requirentes no es la desigualdad en el otorgamiento legal de un beneficio de seguridad social en sí –ya que el subsidio correspondiente al permiso posnatal parental es exactamente idéntico para todas las trabajadoras, tanto del sector público como del sector privado–, sino que su reproche radica en que no se le extiende al permiso posnatal parental el mismo beneficio remuneracional excepcional para los trabajadores públicos respecto de toda licencia médica, más que propia del permiso maternal pre ni posnatal. Si quienes trabajan en el sector público gozan estatutariamente de derechos especiales en materia de licencias médicas por enfermedad, los descansos de maternidad pre y post natal y las licencias médicas por enfermedad del hijo menor de un año, no es obligación del legislador brindarles similar trato, cada vez que se dispongan nuevos beneficios, lo que sería falta de razonabilidad y transformaría a este grupo de trabajadores en un grupo de tratamiento propio permanentemente superior al resto de los trabajadores, materia que la misma garantía constitucional invocada proscribiera de manera expresa;

**VIGESIMOSEXTO.** Que, respecto a la eventual vulneración del artículo 19, número 18°, de la Constitución, en cuanto asegura el derecho a la seguridad social mediante la acción del Estado que debe garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas, cabe concluir que no se afecta en la especie. Es obvio que el beneficio del permiso posnatal parental es uniforme, por cuanto se aplica sobre la base de parámetros igualitarios a la totalidad de los trabajadores del sector público o privado. El legislador de la Ley N° 20.545 ha creado un beneficio nuevo, que antes no existía, y que no ha afectado el derecho al descanso por maternidad ni pre ni post natal;

**VEGESIMOSÉPTIMO.** Que, en virtud de lo señalado precedentemente, tampoco puede considerarse afectada la garantía constitucional del N° 24 del artículo 19 constitucional, por causa del precepto legal impugnado, que no alude al permiso post natal parental. Los derechos que establece el artículo 153 para los servidores públicos, no han sido afectados por la Ley N° 20.545, de 2011. Además, tal como se ha reiterado, el permiso post natal parental, desde el punto de vista económico, da lugar al pago de un subsidio y no de la remuneración a los trabajadores, sean éstos del sector público o privado.



y VISTO lo dispuesto en el artículo 19, números 2<sup>º</sup>, 18<sup>º</sup> y 24<sup>º</sup>, de la Constitución Política, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

**Que se rechaza el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido a fojas 1.** Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 65, debiendo oficiarse al efecto.

**Los Ministros señor Iván Aróstica Maldonado y señora María Luisa Brahm Barril** concurren a la sentencia y a los argumentos que la sostienen. Pero cumplen con hacer presente, además, que el deterioro monetario que afectaría a las requirentes no tiene por causa la norma legal impugnada, en cuanto establece un beneficio plenamente conforme con la Constitución, sino que obedece al carácter de derecho irrenunciable que al mismo se le ha atribuido, por vía de interpretación y aplicación extensiva de los artículos 5<sup>º</sup> y 195 del Código del Trabajo.

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino**, quienes estuvieron por acoger el requerimiento, sobre la base de las siguientes motivaciones:

## I. LA IMPUGNACIÓN

1<sup>º</sup>. Que en la presente causa diez fiscales del Ministerio Público han presentado un recurso de inaplicabilidad respecto de la primera parte del inciso segundo del artículo 6<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 20.545, en el marco de un recurso de protección, interpuesto en contra del Ministerio Público, radicado actualmente en la Corte de Apelaciones de Santiago.

El precepto legal impugnado establece que al permiso posnatal parental que la Ley N<sup>º</sup> 20.545 incorporó a nuestro ordenamiento, no le es aplicable lo dispuesto en el artículo 153 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, de Salud, del año 2006. Este precepto, a su vez, establece que el descanso de maternidad otorga a los funcionarios públicos el derecho a la mantención del total de sus remuneraciones durante el posnatal, siendo de cargo del servicio respectivo el pago correspondiente;

2<sup>º</sup>. Que las requirentes alegan que la no aplicación del artículo 153 que establece la norma impugnada, en primer lugar, las discrimina. Mientras están en el goce del permiso prenatal, sostienen, se les aplica el artículo 153 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, del 2006; por lo mismo, tienen derecho a que se les pague por el total de sus remuneraciones. En cambio, la no aplicación de ese precepto en el permiso posnatal parental, hace que tengan sólo un derecho a un subsidio, con un tope. Ello, concluyen, les

disminuye sus ingresos en más de la mitad. En segundo lugar, sostienen que se les afecta su derecho a la seguridad social, porque el beneficio del posnatal parental no es uniforme en sus prestaciones, por dos razones. Por una parte, porque el prenatal es por el total de las remuneraciones; en cambio, el posnatal parental es sólo por una parte, y con un tope. Por la otra, porque mientras la trabajadora del sector privado puede negociar el monto de sus remuneraciones en el caso de reincorporarse al trabajo, la funcionaria pública no puede hacerlo;

## II. EL PERMISO POSNATAL PARENTAL

3°. Que la Ley N° 20.545 incorporó a nuestro sistema el permiso posnatal parental, sumándose a una serie de otras normas destinadas a la protección de la maternidad. Estas se ubican casi en su totalidad en el Código del Trabajo, en los artículos 194 y siguientes. Dichas normas son aplicables a todos los órganos del Estado (artículo 194), beneficiando a todas las trabajadoras del país.

La incorporación en nuestro sistema de este permiso constituyó un sustantivo paso adelante en la protección de la maternidad y un avance sustantivo hacia la corresponsabilidad parental, en que tanto el padre como la madre se hacen cargo del enorme trabajo que significa la crianza. Para ello es relevante comprender, por una parte, que esta tarea no corresponde únicamente a las mujeres; por la otra, que esto no es un peso que éstas deban soportar de manera desigual, asumiendo con ello un perjuicio en su seguridad social.

Ahora bien, de acuerdo al Informe de la Superintendencia de Seguridad Social, de noviembre de 2012, a un año de su incorporación a nuestro sistema, este mecanismo había sido utilizado por 82.000 mujeres. El 96,6% optó por hacer uso del posnatal de jornada completa; el resto, bajo modalidad de jornada parcial. El traspaso al padre del permiso ha sido bajo, pues no se superan los 243 casos. Asimismo, el número de subsidios se concentra básicamente en el porcentaje de personas cuyos ingresos oscilan entre 1 y 200.000 pesos (el 26,4%), entre 201.000 y 400.000 (36,5%) y entre 401.000 y 600.000 (13,3%). Las personas que ganan sobre 1.400.000, alcanzan al 5,9%. Dicho de otra forma, el 62,9% de los subsidios corresponde a personas con una renta imponible de hasta 400.000 pesos mensuales. Asimismo, disminuyeron en un 70% las licencias por enfermedad del hijo menor de un año (Superintendencia de Seguridad Social; Subsidio por permiso posnatal parental. A un año de su creación; noviembre 2012);

4°. Que los mecanismos de protección de la maternidad a que aludimos recién, pueden resumirse en los siguientes.

En primer lugar, en que el embarazo no puede ser variable negativa en la relación laboral. Por lo mismo, no puede ser utilizado para condi-

cionar la contratación, la permanencia, la renovación, la promoción o la movilidad en el empleo (artículo 194).

En segundo lugar, a la mujer embarazada no se le pueden asignar trabajos perjudiciales para su salud (artículo 202).

En tercer lugar, durante el embarazo y hasta un año después, la trabajadora está sujeta a fuero laboral (artículo 201).

En cuarto lugar, las empresas de más de veinte trabajadoras deben tener salas cuna (artículo 203).

En quinto lugar, las trabajadoras tienen derecho a alimentar a los hijos menores de dos años; por lo mismo, gozan de a lo menos una hora al día para tal efecto (artículo 206).

Finalmente, el Estado establece una bonificación por hijo nacido vivo (artículos 74 y siguientes, Ley N<sup>º</sup> 20.255);

**5º.** Que otro de los mecanismos de protección de la maternidad es el descanso por maternidad, conocido como el prenatal y el posnatal. Este se extiende seis semanas antes del parto y doce semanas después de él.

Además, este beneficio se caracteriza por ser irrenunciable (artículo 195), por otorgar fuero (artículos 195 y 201) y por permitir que la mujer reciba ingresos mientras dura (artículo 198).

Los ingresos que recibe durante este período son distintos según si la mujer trabaja en el sector público o en el sector privado.

En el sector público, recibe el total de sus remuneraciones (artículo 153, D.F.L. N<sup>º</sup> 1, Salud, 2006).

Si trabaja en el sector privado, en cambio, recibe un subsidio del Estado, equivalente a la totalidad de las remuneraciones y asignaciones que perciba (artículo 198). Sin embargo, este subsidio tiene un tope de 77,4 Unidades de Fomento (artículo 7º del D.F.L. N<sup>º</sup> 44/Trabajo/1978, en relación con el artículo 16 del D.L. N<sup>º</sup> 3.500);

**6º.** Que, por su parte, el permiso posnatal parental es un derecho para todas las trabajadoras (artículo 197 bis). Se caracteriza, en primer lugar, porque dura doce semanas y se hace efectivo a continuación del posnatal puerperal (artículo 197 bis).

En segundo lugar, puede disfrutarlo también el padre, en ciertos casos: si la madre falleció, si el padre tiene la custodia del hijo, o si la madre se lo cede a partir de la séptima semana. Esto último es lo que permite un avance en la corresponsabilidad del padre en el cuidado de los hijos.

En tercer lugar, permite que la mujer trabajadora pueda reincorporarse a su trabajo terminado el posnatal, por la mitad de su jornada, dando aviso al empleador, caso en el cual percibe la mitad de sus ingresos, 50% del subsidio y 50% de los estipendios fijos. En este evento, se extiende a dieciocho semanas.

Finalmente, durante su vigencia, la mujer trabajadora recibe un subsidio, con un tope de 77,4 Unidades de Fomento;

7°. Que el subsidio que reciben las mujeres que hacen uso del posnatal parental se distingue porque su monto es el del posnatal (artículo 197 bis); pero su cálculo se hace en base al D.F.L. N° 44, del Ministerio del Trabajo, de 1978, lo que determina que tiene un tope (artículo 7°, D.F.L. N° 44, Trabajo, 1978, y artículo 16, D.L. N° 3.500). También se distingue porque se paga con cargo al Fondo Único de Prestaciones Familiares (artículo 197 bis), regulado en el D.F.L. N° 150, de Trabajo, 1982). Dicho fondo es cubierto con dineros fiscales (artículo 20, D.F.L. N° 150, Trabajo, 1982). Además, se distingue porque equivale a un promedio de remuneraciones de los últimos tres meses, sin considerar las remuneraciones adicionales (artículos 8° y 8° bis, D.F.L. N° 44, Trabajo, 1978). Enseguida, este subsidio se devenga por día (artículos 13 y 17, D.F.L. N° 44, Trabajo, 1978). A continuación, se paga con la misma periodicidad que la remuneración (artículo 20, D.F.L. N° 44, Trabajo, 1978). Del mismo modo, es incompatible con el subsidio de cesantía (artículo 26, D.F.L. N° 44, Trabajo, 1978); pero es compatible con el subsidio por licencia por enfermedad de hijo menor de un año (artículo 25, D.F.L. N° 44, Trabajo, 1978). Finalmente, está afecto a cotizaciones (artículo 7°, Ley N° 20.545);

### III. LA NORMA IMPUGNADA

8°. Que la Ley N° 20.545 se refiere en un artículo especial (el 6°) al permiso posnatal parental de los funcionarios públicos.

A este respecto, señala las siguientes reglas. En primer lugar, establece que los funcionarios del sector público tienen derecho a este permiso. En segundo lugar, establece que este derecho lo tienen en los mismos términos del artículo 197 bis del Código del Trabajo, es decir, del que corresponde a las trabajadoras regidas por el Código del Trabajo. En tercer lugar, establece que las funcionarias no reciben el total de sus remuneraciones, sino solamente el subsidio, tal como lo regula el D.F.L. N° 44, Trabajo, 1978. La referencia a este D.F.L. es en los siguientes términos: “*se le aplicarán las normas correspondientes del decreto con fuerza de ley N° 44...*”. En cuarto lugar, expresamente establece que no se les aplica el artículo 153 del D.F.L. N° 1, de Salud, del año 2006. Esta disposición, como ya se indicó, establece que los funcionarios tienen derecho “*a la mantención del total de sus remuneraciones, mientras dure el descanso*”;

9°. Que el mismo artículo 6° convoca a un reglamento para regular la forma de hacer efectivo el permiso posnatal parental. Dicho reglamento es el D.S. N° 1.433, de 2011, del Ministerio de Hacienda.

En este reglamento se establece que el subsidio que tienen derecho a recibir las funcionarias durante el goce del permiso posnatal parental, se calcula sobre la misma base del subsidio por descanso de maternidad.

Para tal efecto, indica su artículo 7<sup>º</sup>, se considera “*la remuneración imponible con deducción de la cotización personal y de los impuestos correspondientes a dichas remuneraciones*”;

**10<sup>º</sup>.** Que, entonces, a diferencia de lo que sucede con el permiso pre y posnatal, en el permiso posnatal parental las funcionarias sólo tienen derecho a un subsidio estatal, con un tope;

**11<sup>º</sup>.** Que la existencia del beneficio para las funcionarias de recibir el total de su remuneración durante el goce de su permiso pre y posnatal, es bastante antigua. Desde luego, existía en el D.F.L. N<sup>º</sup> 338, de 1960 (artículo 6<sup>º</sup>). Lo mismo hacía su predecesor, el D.F.L. N<sup>º</sup> 256, de 1953 (artículo 83). De la misma forma, lo regulaban la Ley N<sup>º</sup> 8.282, de 1945 (artículo 56), y el D.F.L. N<sup>º</sup> 3.740, de 1930. Sin embargo, la Ley N<sup>º</sup> 4.054, del año 1924, establecía un subsidio del 25% del sueldo.

Lo que varió a lo largo del tiempo fue la duración de dicho permiso. Por ejemplo, en el D.F.L. N<sup>º</sup> 3.740, de 1930, este permiso era de un mes antes del parto y hasta un mes y medio después (artículo 52). En la Ley N<sup>º</sup> 8.282, era de cuatro semanas antes y seis semanas después (artículo 56). En el D.F.L. N<sup>º</sup> 338, de 1960, este beneficio se extiende a seis semanas antes y seis semanas después;

**12<sup>º</sup>.** Que distintas razones justificaron hasta el día de hoy este beneficio para las funcionarias. Algunas permanecen; otras no.

Desde luego, el pago del beneficio siempre ha sido de cargo del Estado. En cambio, el subsidio a los privados fue financiado por el Estado sólo a partir de 1985. Antes era financiado de manera distinta. Hasta 1952, era responsabilidad de la empresa. Después de esa fecha, era financiado por contribuciones pagadas por empleados y empleadores. Al financiarlo el Estado, el beneficio para las funcionarias está contemplado como gasto en remuneraciones en el respectivo presupuesto. Por lo mismo, es un ítem previsto y financiado.

Enseguida, el permiso posnatal de los funcionarios era más corto que el de los privados.

Otra razón que explica este beneficio, es que los funcionarios no tienen posibilidad de negociar con su empleador beneficios extra. Su régimen jurídico está definido íntegramente por la ley.

Asimismo, históricamente los funcionarios públicos han ganado menos remuneraciones que los del sector privado.

También son un universo más pequeño. El porcentaje del funcionario en la fuerza laboral ha estado siempre cercano al 10%. De hecho, en la actualidad trabajan para el Estado 207.446 personas (119.348 son mujeres y 88.098, hombres), sobre 7.6 millones de trabajadores (Dipres, Estadísticas de Recursos Humanos del Sector Público 2002-2011; Santiago 2012);

#### IV. LA NORMA ES DECISIVA

**13°.** Que, antes de entrar al fondo del asunto, es necesario señalar por qué, a juicio de estos disidentes, el precepto es decisivo en la gestión pendiente.

Partamos por señalar que el permiso posnatal parental para las funcionarias está regulado en el artículo 6° de la Ley N° 20.545. Esta norma remite a las del Código del Trabajo.

De hecho, la regulación del posnatal parental para las funcionarias públicas es bien compleja, porque se construye sobre la base de tres distinciones. Por de pronto, por las normas del pre y posnatal. Enseguida, por el distingo entre funcionarias regidas por el Código del Trabajo y las regidas por las normas del sector público. Asimismo, se construye sobre la base de normas propias y normas de remisión.

Hay, en consecuencia, normas que tienen que ver con el permiso posnatal parental y otras que tienen que ver con la ayuda pública que se debe entregar a las madres en ese período. Lo que se impugna en el requerimiento no es el permiso posnatal parental, sino el que las fiscales requirentes reciban un subsidio con tope.

El juego de distintas normas, construido sobre la base de sucesivas remisiones, genera problemas de interpretación legal, que esta Magistratura no puede resolver, por ser materia del juez del fondo.

Sin embargo, este Tribunal debe limitarse a verificar que la norma cuestionada puede ser aplicada, por el juez que conoce de la gestión pendiente, de una manera determinante en su resultado, cosa que, a juicio de estos disidentes, ocurre;

**14°.** Que no obstante lo indicado, la norma impugnada es decisiva, en primer lugar, porque establece que las funcionarias no pueden recibir el total de sus remuneraciones. De este modo, sin esta disposición, a las funcionarias se les aplicaría el precepto señalado. Es decir, tendrían derecho a la mantención del total de sus remuneraciones. Por eso el legislador lo estableció. No hay que partir de la base de que es una disposición redundante e inútil. Ello va contra el sentido racional y útil de la legislación.

En segundo lugar, no es argumento suficiente sostener que no se ha impugnado el inciso primero del artículo 6° de la Ley N° 20.545. Desde luego, porque la Primera Sala de esta Magistratura (STC Rol N° 2.211) declaró inadmisibles un requerimiento en que se impugnaba dicho precepto. Enseguida, porque la referencia que hace este inciso es al artículo 197 bis del Código del Trabajo, en términos de que se aplique el subsidio que ahí se establece. El artículo 197 bis, a su vez, remite al artículo 196, que regula el permiso pre y posnatal. En otras palabras, hay un encadenamiento de referencias en el inciso primero. Por lo mismo, impugnar el inciso primero es impugnar remisiones.

En tercer lugar, porque la otra referencia que hace el artículo 6<sup>º</sup>, inciso primero, es a que se apliquen “*las normas correspondientes*” del D.F.L. N<sup>º</sup> 44, Trabajo, 1978. Dicha referencia tiene que ver con una serie de variables sobre el pago del subsidio, tales como la manera de su cálculo (artículos 8<sup>º</sup> y 8<sup>º</sup> bis), quién paga (artículo 19), cuáles son las formalidades (artículo 5<sup>º</sup>), cuándo se paga (artículo 20). No es automática la referencia al tope del subsidio. Dicho tope se construye en base a dos normas. Por una parte, el artículo 7<sup>º</sup> del D.F.L. N<sup>º</sup> 44, Trabajo, 1978, que señala que para determinar la base de cálculo se considera la “remuneración imponible”. Y, por la otra, la remuneración imponible se encuentra definida en el artículo 16 del D.L. N<sup>º</sup> 3.500; su tope equivale a 77, 4 UF. Por lo demás, el tope del subsidio no tiene sentido, en la medida que se aplique el artículo 153 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, Salud, 2006. Esto es, la norma impugnada;

**15<sup>º</sup>.** Que, finalmente, no compartimos lo que afirma la mayoría: que la norma no es decisiva, porque el permiso pre y posnatal requiere siempre licencia, por aplicación de los artículos 72 y 111 del Estatuto Administrativo, mientras que el permiso posnatal parental no la requiere, pues sería automático. Lo que generaría el goce completo de la remuneración sería, entonces, la licencia, no el beneficio maternal ni el artículo impugnado. Así razona el voto de mayoría (considerandos 10<sup>º</sup> y 21<sup>º</sup>). Sin embargo, la propia Ley N<sup>º</sup> 20.545 modificó el D.F.L. 44, de Trabajo, de 1978, estableciendo que el permiso posnatal parental “*se otorgará sobre la base de la licencia médica*” (artículo 5<sup>º</sup>). Además, el descanso no surge por tener licencia, así como la obligación de su cobertura. Surge porque es un derecho. Así lo define el artículo 195 del Código del Trabajo. Una cosa es el derecho y otra las formalidades para concederlo;

## V. CRITERIOS INTERPRETATIVOS

**16<sup>º</sup>.** Que para entrar al fondo del asunto, es necesario dejar sentados los criterios que guiarán el razonamiento de estos disidentes.

En primer lugar, la Constitución protege la maternidad, si bien de una forma implícita. Lo hace de distinta manera. Desde luego, garantizando el derecho a la vida (artículo 19, N<sup>º</sup> 1<sup>º</sup>). También estableciendo que la ley protege la vida del que está por nacer (artículo 19, N<sup>º</sup> 1<sup>º</sup>). Asimismo, constatando que es deber del Estado dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento (artículo 1<sup>º</sup>). Finalmente, señalando que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad (artículo 1<sup>º</sup>) (Caamaño, Eduardo; Mujer, trabajo y derecho; Edit. Abeledo-Perrot; Santiago, 2011, pág. 59);

**17<sup>º</sup>.** Que el segundo criterio es que no cabe establecer discriminaciones arbitrarias entre las madres. Para nuestro ordenamiento jurídico no hay madres de primera o de segunda clase; no hay madres que merecen cierta protección y otras que no.

En efecto, la maternidad es una carga para las mujeres. Desde luego, porque deben llevar en su seno un hijo por nueve meses. Enseguida, porque suelen asumir el cuidado inicial del recién nacido. También, porque les implica suspender su trabajo efectivo para cuidarse en la etapa final del embarazo, y en los primeros meses después de él. A esa carga no se le puede sumar otras, como sería asumir un costo económico, vinculado a la disminución de sus remuneraciones, por el hecho de asumir ese rol. La mujer no puede sufrir discriminaciones en razón de su maternidad. Así lo mandan el artículo 19, N° 2°, de la Constitución, convenciones internacionales suscritas y ratificadas por Chile (por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 1°, 2° y 11) y la Ley N° 20.609, que Establece Medidas contra la Discriminación;

**18°.** Que, en tercer lugar, tampoco hay hijos de primera e hijos de segunda clase. Todos merecen que, recién nacidos, su madre los cuide y esté con ellos. No puede ser legítimo que unos hijos puedan disfrutar de ese cariño y cuidado, y otros no, dependiendo de si la madre puede solventar la disminución de los ingresos que significa un permiso posnatal. Las normas legislativas deben velar por el interés superior del niño, independientemente de la posición económica de sus padres (artículos 2° y 3°, Convención sobre los Derechos del Niño);

**19°.** Que, en cuarto lugar, la Constitución no solamente garantiza la libertad de trabajo, sino también su protección (STC Rol N° 1852/). Una de las variables centrales de esa protección es que los trabajadores y las trabajadoras reciban un salario justo, como contraprestación al trabajo que realizan (artículo 19, N° 16°), incluso durante los permisos legales;

**20°.** Que, en quinto lugar, en el problema involucrado hay dos variables centrales vinculadas a la promoción del bien común, finalidad del Estado de acuerdo al artículo 1° de la Constitución. Como dijo el Mensaje del Ejecutivo que acompañó al proyecto de ley que se convirtió en la Ley N° 20.545, *“Chile se hace viejo y las familias están optando por tener menos niños. Por esto, debemos entregarles a las madres y padres de nuestro país, el mayor apoyo”*.

En primer lugar, entonces, Chile experimenta un retroceso en su tasa de natalidad. Si en 1970 cada mil habitantes nacían 28,9 niños, en 1990 esa cifra cayó a 23,5. En el año 2010, era de 14,7. También hay que considerar que si en 1990 la cantidad de hijos por mujer era de 2,36, en el 2012 esa tasa cayó a 1,8, siendo una de las más bajas de Latinoamérica, por debajo de Brasil (1,9), Uruguay (2,1), Argentina (2,2), Ecuador (2,4), Paraguay (2,9) y Bolivia (3,3).

Además, la maternidad se concentra en los sectores de ingresos bajos y medios. Las mujeres del quintil 1 tienen una tasa de 2.05 hijos; el quintil 2, de 2.07; el quintil 3, de 2,05; el quintil 4, de 1,96; y el quintil 5, de 1,63.



También hay que considerar que un 15,5% del total de embarazos corresponde a madres adolescentes.

Asimismo, mientras la población menor de quince años era en el año 2002 el 25,7%, el año 2012 era del 21,5%. Paralelamente, la población mayor de sesenta años creció de 11,35% el año 2002, a 14,48% el año 2012.

Por todo lo anterior, todo lo que tienda a facilitar que las mujeres que, por diversas razones, no tienen hijos o tienen pocos hijos, puedan asumir libremente y con un mínimo de seguridad y comodidad la tarea de tener más hijos, contribuye al bien común. En ese grupo se encuentran, si bien no exclusivamente, las mujeres de altos ingresos;

**21°.** Que la otra variable vinculada al bien común tiene que ver con el porcentaje de la fuerza laboral femenina de nuestro país. En el año 2010, ésta ascendía al 45,2%, mientras que en el resto del mundo era de 52,8%.

Según la encuesta Casen del año 2009, las mujeres con educación superior completa trabajan en cerca del 75%, mientras que para las mujeres sin educación formal la tasa de participación es del 23,9%.

El 59% de las mujeres que están en la fuerza de trabajo, se concentra entre los 25 y los 44 años de edad.

El ingreso de la mujer al mundo laboral implica ensanchar sus posibilidades de desarrollo personal, aumentar los ingresos familiares, mejorar las expectativas de desarrollo de ella y de su familia.

Sin embargo, los hijos son un factor determinante en la decisión de entrar al mercado laboral. La tasa de inactividad de las mujeres que tienen dos o más hijos es de 56,2%. Mientras que es sólo de 39% en las que no los tienen.

Hay distintas razones que explican lo anterior. Una de ellas es el lugar donde puedan dejar sus hijos mientras trabajan. También es relevante la consistente diferencia de salarios entre hombres y mujeres que es posible observar en nuestro país, no obstante legislación destinada a evitar lo anterior (artículo 62 bis, Código del Trabajo). Otro factor tiene que ver con los beneficios de seguridad social asociados al embarazo.

La sociedad tiene que asumir las señales que da en esta materia;

**22°.** Que a todo lo anterior hay que sumar que estamos analizando una diferenciación enormemente delicada, que afecta una condición esencial de la existencia humana, como es la maternidad. Por lo mismo, la carga argumentativa de la distinción en este ámbito debe ser especialmente contundente y convincente. Estamos frente a variables que deben ser miradas con especial escrutinio, porque se trata de motivos sospechosos de vulnerar la igualdad, ya que comprenden variables como el sexo y la filiación (artículo 2°, Ley N<sup>º</sup> 20.609);

## VI. LA NORMA IMPUGNADA AFECTA LA IGUALDAD ANTE LA LEY

**23°.** Que ahora estamos en condiciones de entrar a analizar el fondo de los reproches formulados en el requerimiento.

El primer reproche que formulan las requirentes a la norma impugnada, es que afecta la igualdad ante la ley;

**24°.** Que el Consejo de Defensa del Estado rechaza este alegato. Sostiene que ello no se produce. Por de pronto, porque la existencia de un goce de remuneración total durante el período pre y posnatal ha generado una regresividad en el beneficio, pues las mujeres que más lo usan son las de altos ingresos. En este sentido, agrega, el permiso posnatal parental, al pagarse con subsidio y con tope, termina esa desfocalización del gasto social, permitiendo distribuir de mejor manera recursos escasos. Se termina, por tanto, con un mecanismo inequitativo.

Enseguida, dicho organismo sostiene que lo que hace la norma impugnada es volver a las funcionarias a una regla común con las trabajadoras que no se rigen por estatutos administrativos. Mientras que para el permiso pre y posnatal estas últimas están sujetas a subsidio con tope, las funcionarias no lo tienen. En cambio, en el permiso posnatal parental, todas las mujeres quedan sujetas al mismo régimen. De este modo, a juicio del Consejo, se termina un privilegio.

A continuación, el Consejo sostiene que el permiso posnatal parental tiene una serie de diferencias con el permiso pre y posnatal. La principal de ellas es que este último tiene por propósito que la madre se recupere del parto. En cambio, el permiso posnatal parental lo que busca no es recuperar la salud física de la madre, sino que lograr el apego con el hijo. Por lo mismo, el legislador no está obligado a un tratamiento equivalente entre ambos permisos. Existen razones, agrega el Consejo, para tratamiento diferenciado. Al ser un beneficio nuevo, el legislador puede configurarlo como estime conveniente;

**25°.** Que, para estos disidentes, estos argumentos no son suficientes para justificar la diferenciación.

Partamos por señalar que las requirentes están en la siguiente situación de hecho. Desde luego, son funcionarias públicas; son fiscales. Enseguida, quieren hacer uso de su permiso posnatal recibiendo el pago íntegro de sus remuneraciones, pero el Ministerio Público les ha indicado que no es posible acceder a lo solicitado.

Alegan que si bien podrían volver a trabajar media jornada, esto sería sólo por el 50% de sus ingresos, pues para recibir el 100% deben volver a trabajar a jornada completa, dejando de hacer uso del permiso posnatal parental. Ambos escenarios implican graves perjuicios económicos. Finalmente, son madres que no quieren endosar a sus maridos el permiso.

Además, la ley les entrega, por aplicación del artículo 153 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1, Salud, 2006, la mantención del total de sus remuneraciones durante el permiso pre y posnatal. Asimismo, si su hijo recién nacido tiene una enfermedad, que la lleve a hacer uso de una licencia médica, reciben también el total de sus remuneraciones durante ese período;

**26°.** Que la pregunta que nos debemos hacer es si estas funcionarias están en la misma situación que el resto de las trabajadoras.

Creemos que no. En primer lugar, porque el resto de las trabajadoras que no son funcionarias, no tienen en el pre y posnatal el goce total de sus remuneraciones. El permiso posnatal parental, en cambio, les entrega a estas funcionarias menos beneficios.

En segundo lugar, mientras las trabajadoras regidas por el Código del Trabajo pueden negociar beneficios adicionales con su empleador, vía contrato individual o contrato colectivo (artículo 197 bis, inciso segundo, Código del Trabajo), las funcionarias no pueden hacerlo, porque su régimen es estatutario, es decir, sus derechos y obligaciones están establecidos en la ley, sin que quepa una modificación de éstos por vía contractual.

En tercer lugar, porque tampoco están en igual situación que el resto de las funcionarias. Si una funcionaria gana menos del tope del subsidio, seguirá manteniendo durante el permiso el total de sus remuneraciones. En cambio ellas, por recibir un ingreso mayor, verán mermadas sus remuneraciones, porque pierden todo lo que exceda del tope que establece la ley.

Finalmente, la regla general en caso de licencia es que se pague toda la remuneración al funcionario (artículos 72 y 111 del Estatuto Administrativo). Por lo mismo, en caso de posnatal parental, en que se requiere licencia (artículo 5°, D.F.L. 44, Trabajo, 1978) y en que no se paga más que un subsidio con un tope, se hace excepción a esta regla;

**27°.** Que, entonces, hay una objetiva diferenciación. Comparadas sus situaciones con cuatro parámetros, quedan peor. Lo que debemos explorar a continuación es si esta diferenciación es razonable y objetiva, y si es una medida tolerable por el destinatario;

**28°.** Que la justificación para este tratamiento diferenciado es, primero, que el goce total de remuneraciones durante el permiso pre y posnatal era “regresivo”: lo usaban mayoritariamente las mujeres de altos ingresos.

Al respecto, cabe señalar que la Ley N<sup>º</sup> 20.545 no modificó este beneficio que se califica como regresivo. Lo mantuvo. Las funcionarias siguen recibiendo durante el pre y posnatal el 100% de su remuneración. Y en el Mensaje del Ejecutivo que dio origen a la Ley N<sup>º</sup> 20.545 se dijo que éstos eran “*derechos laborales adquiridos, que respetamos y protegemos*”.

A pesar de eso, se sigue argumentando como si el legislador hubiera cometido un error al establecerlo.

¿Podemos seguir considerándolo ilegítimo? Se trata de una ley vigente, no reprochada constitucionalmente. Es, por tanto, un parámetro legítimo a considerar.

Esta Magistratura puede perfectamente tomar como punto de comparación una ley vigente y desechar un argumento crítico respecto de los eventuales beneficios que ésta conlleva. Al fin y al cabo, mientras una es un mandato legal, la otra es una opinión.

Además, la justificación del Consejo de Defensa del Estado es cuestionar un beneficio vigente, que se dijo durante la tramitación legislativa que “*respetamos y protegemos*”, para, a partir de ahí, construir un argumento que le permita validar el nuevo beneficio.

El problema con ese tipo de argumentación es que lo que está sometido al examen de constitucionalidad no es el antiguo beneficio, sino que el nuevo.

También, tal argumentación abre un cuestionamiento para las trabajadoras regidas por el Código del Trabajo, que perfectamente podrían alegar que no es justo que mientras las funcionarias públicas reciben el total de sus remuneraciones durante el pre y posnatal, ellas no.

Asimismo, hay que considerar que el subsidio por el pre y posnatal tenía un problema claro de cobertura. Por una parte, porque alcanzaba sólo al 35,4% del total de los nacidos. Por la otra, cubría sólo al 55% del total de las madres que tenían un vínculo con el mercado laboral formal. Eso determinaba que se concentrara en los quintiles superiores de ingreso (90% en el quintil 5, 77% en el 4 y 65% en el 3; mientras que en el quintil 2, la cobertura era 49% y en el quintil 1, de 33%) (Informe Comisión Asesora Presidencial, Mujer, trabajo y maternidad). Además, hay que considerar que la tasa de participación en el mundo laboral de la mujer va creciendo en la medida que aumenta el quintil de ingresos. Así, en el quintil 1 es de 25,5; en el 2, de 35,1; en el 3, de 43,3; en el 4, de 51,7; y en el quintil 5, de 58,7.

Por lo tanto, la regresividad tiene que ver de manera importante con las condiciones del mercado laboral nacional, que hace que las mujeres de los quintiles más bajos tengan trabajo más precario (sin contrato, sin previsión, sin capacitación) y con ingresos más bajos, que las de los quintiles superiores.

No obstante, se sostiene que precisamente por esa regresividad era necesario que el nuevo permiso posnatal parental no se estructurara sobre la misma base. Veamos esta justificación;

**29°.** Que, para hacernos cargo de este argumento, debemos tener en cuenta que la remuneración de los funcionarios públicos tiene ciertas características que la hacen distinta a la del sector privado. Desde luego, ella está definida por ley. Lo que un funcionario gana no lo negocia, sino que está determinado por el grado que ocupa en una escala de sueldos

determinada. Su remuneración, entonces, no depende de un acto personal o de un acto negocial, pues está predefinida. Enseguida, los sueldos son equivalentes, en el sentido de que son los mismos para todos aquellos que se encuentran en el mismo grado de la escala de sueldos a la que se pertenezca. Asimismo, los fondos para pagarlos se determinan en la Ley de Presupuestos. En ese sentido, se encuentran financiados y programados. Su pago no implica un mayor gasto, pues está contemplado, desde el inicio del año presupuestario, como un egreso;

**30°.** Que lo anterior es relevante, porque por un hecho ajeno a las funcionarias, es decir, por la fijación por ley de sus ingresos, la norma impugnada las diferencia, al establecer que si ganan más de 77,4 UF, deben sacrificar todos sus ingresos que superen ese monto.

Se dice que recibirían, sin el tope, un inmenso subsidio. Sin embargo, se silencian dos cosas. Por una parte, que el subsidio se determina en base a la remuneración. Si ésta es alta, el subsidio también lo es. Por la otra, que el subsidio sustituye a la remuneración.

Además, dado que la remuneración de los funcionarios está prevista en el presupuesto anual, no sólo no hay más gasto si se paga con subsidio con tope, sino que hay un ahorro por parte del Estado. Las platas de la remuneración que no se paga, pueden transferirse dentro del mismo presupuesto o pasar al presupuesto del año siguiente como saldo inicial de caja. Es decir, no hay más gasto, sino ahorro;

**31°.** Que, además, mientras a una trabajadora regida por el Código del Trabajo el Estado le sustituye su remuneración con el pago del subsidio, en el caso de un funcionario, esa sustitución es relativa. Igual se reemplaza la remuneración. Pero es el mismo Estado el que paga el subsidio y la remuneración;

**32°.** Que continuemos revisando el argumento de la eventual regresividad.

Debemos preguntarnos si la regresividad es un estándar constitucional. Es decir, si por el solo hecho de que ciertos beneficios, directos o indirectos, llegan a personas de ingresos medios o altos, ello es injustificado;

**33°.** Que la pregunta anterior es válida, porque la Constitución aborda el tema de los subsidios a propósito del artículo 19, N<sup>º</sup> 22°, de la Constitución, es decir, a propósito de lo que se denomina la actividad de fomento. Ahí establece, como regla de justificación, el que los beneficios no sean arbitrarios. El Estado puede transferir ayudas públicas en la medida que tenga buenas razones para ello (STC Rol N<sup>º</sup> 1.295).

Recordemos que, en base a esta disposición, el Estado subvenciona actividades económicas de la más diversa naturaleza, con el fin de incrementar su desarrollo. En ello no tiene en cuenta si los receptores son de bajos o altos ingresos. De hecho, muchas subvenciones están destinadas a actividades lucrativas;

**34°.** Que en el caso de las funcionarias de autos, hay que considerar también que lo que ellas reclaman es que se afecta su justa retribución al hacer uso del permiso posnatal parental. Invocan, entonces, un derecho que se ve afectado.

Asimismo, hay que tener presente que el beneficio lo reciben como madres. Ese es el eje articulador del análisis. Del beneficio de seguridad social que estamos hablando, no pueden hacerse distingos artificiales. Los ingresos que recibe la madre, los usa para mantener sus condiciones de vida. Ello impacta necesariamente en el hijo. Por tanto, no puede haber hijos de primera e hijos de segunda; no puede diferenciarse entre hijos de una madre profesional que no negocia su salario, y el hijo del resto de las madres del país. La Constitución exige que el desarrollo espiritual y material sea respecto de “*todos y cada uno*” (artículo 1°);

**35°.** Que, por lo demás, cuando el ordenamiento jurídico ha querido establecer focalización o no regresividad, lo ha dicho expresamente. Por ejemplo, para programas sociales (artículo 3°, letra d), Ley N° 20.530). Pero aquí estamos haciendo un examen de constitucionalidad, no una definición de programas o políticas. Y no se ha demostrado que la no regresividad de las ayudas públicas sea un principio constitucional, que se afinque en alguna norma de modo categórico. Más si se está discutiendo una prestación de seguridad social, que no cubre únicamente necesidades provenientes de la pobreza;

**36°.** Que la segunda justificación que se entrega para establecer la diferenciación, es que el permiso posnatal parental termina con un privilegio de las funcionarias públicas, pues en el pre y posnatal éstas reciben el total de los ingresos.

Al respecto, cabe señalar, por de pronto, que nos sorprende que se hable de privilegios, porque se trata de un derecho de seguridad social. Las funcionarias públicas tienen un derecho, no un privilegio. Reciben los ingresos durante su pre y posnatal porque el legislador, durante ya casi 80 años, así lo ha establecido.

Asimismo, las medidas de protección de la maternidad son medidas de discriminación positiva, en que el Estado favorece a las madres, como una manera de compensar o corregir la situación de desventaja en que quedan por ese hecho. No se genera, por tanto, una situación activa de ventaja que sustraiga a cierto grupo de reglas comunes de manera abusiva y sin justificación. Lo que se busca es, precisamente, generar una regulación que permita nivelar la cancha respecto de las madres. Se materializa el mandato constitucional de “*promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación*” y “*asegurar*” la “*igualdad de oportunidades en la vida nacional*” (artículo 1°, Constitución).

Enseguida, de acuerdo al artículo 1° de la Constitución, el Estado debe perseguir la “*mayor realización espiritual y material*” de las personas. Por lo

mismo, hay un mandato de optimización, no de regresión. En ese sentido, la nivelación no debe ser hacia abajo.

Además, el Estado no puede, al mismo tiempo, sostener argumentos contradictorios. Por una parte, decir en el Mensaje del proyecto que se transformó en la Ley N<sup>º</sup> 20.545 que dicho beneficio era un derecho que “*respetamos y protegemos*”, y luego decir en la inaplicabilidad que ese beneficio de seguridad social tiene carácter regresivo. Por la otra, no puede utilizar el argumento de la regresividad para justificar, precisamente, el no darlo en un sistema nuevo y mantenerlo en el antiguo;

**37º.** Que, asimismo, no es caprichoso el que las funcionarias tengan en el pre y posnatal el beneficio de recibir toda su remuneración. Desde luego, hay razones históricas. El beneficio prácticamente nació para las funcionarias de esa manera. También, siempre lo cubrió el Estado. Recordemos que hasta antes de 1952, para las trabajadoras del Código del Trabajo, el subsidio se financiaba por el empleador. Y en algún momento, para estas trabajadoras, también el sistema les cubría el 100% de sus ingresos. Enseguida, las funcionarias no pueden negociar beneficios compensatorios con su empleador, por su régimen estatutario. Además, para el Estado no hay más gasto, pues la remuneración se encuentra contemplada en el presupuesto anual. Asimismo, para los funcionarios la regla general es que por las licencias éstos gocen del total de sus remuneraciones (artículo 111, Ley N<sup>º</sup> 18.834);

**38º.** Que una tercera razón que se entrega para establecer la diferenciación, es que ambos permisos tienen finalidades diferentes. Mientras el permiso maternal es para la recuperación física de la madre, el permiso posnatal parental persigue apoyar a la familia en la crianza del niño.

Al respecto, cabe señalar, en primer lugar, que lo que estamos discutiendo es si esa razón justifica que entre ambos permisos haya sistemas remuneratorios diferentes. Sobre todo porque en el Mensaje del Ejecutivo que dio origen a la Ley N<sup>º</sup> 20.545 se sostenía que ambos fines eran equivalentes. Así se señalaba que el proyecto tenía por objeto “*garantizar el mejor cuidado de nuestros hijos*”. Específicamente se afirmaba: “*debemos tener claro que la extensión del posnatal no sólo corresponde a un beneficio para la madre sino que vela para que el futuro de nuestro país, nuestros hijos, tengan una mejor salud y desarrollo y establezcan lazos de mayor apego con sus padres*”. Se buscaba “*permitir el mejor cuidado de nuestros hijos e hijas y de la madre*”. Argumentando sobre los beneficios que tiene para madre e hijo estar juntos los primeros meses, se indicaba que con el posnatal de doce semanas, por una parte, se interrumpía la lactancia materna. Sólo un 14% de las madres que trabajan fuera del hogar mantiene la lactancia exclusiva de los niños hasta los 6 meses versus el 55% de las que se quedan en la casa. Y esa lactancia permite evitar una serie de enfermedades. Por la otra, se indicaba, volver al trabajo tan pronto, llevando a los niños

recién nacidos, los exponía a temperaturas y ambientes no adecuados para su salud.

En segundo lugar, este distingo no era recogido por la jurisprudencia previa de este Tribunal, que apuntaba a que el fundamento del instituto era simplemente la protección de la maternidad (STC roles N<sup>os</sup> 2.025, c. cuadragésimoprimer, y 2.113, c. decimotercero).

En tercer lugar, no hay una separación radical entre ambos permisos. En efecto, en la ley (artículo 197 del Código del Trabajo) el beneficio del posnatal parental se establece “*a continuación del periodo postnatal*”, no estableciendo una barrera infranqueable entre ambos sistemas. De hecho, la regulación del permiso posnatal parental se hace en base a las normas del permiso posnatal, con ciertos ajustes. Y entre ambos permisos hay una serie de elementos comunes: ambos protegen la maternidad; tienen financiamiento público; producen la suspensión de la obligación de trabajar; son irrenunciables; están cubiertos por fuero;

**39°.** Que, en cuarto lugar, no consideramos que sea más valiosa la recuperación física de la madre que la crianza del niño, para que ello se traduzca en que se pague en un caso más y en otro menos.

Diversas razones sustentan lo anterior. Desde luego, porque es muy difícil darle valor económico a cada etapa y justificar en base a eso una diferenciación de pago salarial. Asimismo, ambos permisos son beneficios de seguridad social destinados a proteger la maternidad. En ambos beneficios, manteniéndose la relación laboral, se suspende la obligación de prestar el trabajo. Enseguida, ambos permisos intervienen en un momento clave de la existencia humana. También, porque ambos permisos distribuyen socialmente el costo de la maternidad. Y, en fin, porque ambos permisos buscan facilitar la incorporación de la mujer al trabajo;

**40°.** Que no consideramos, por tanto, que exista una justificación razonable y objetiva para el distingo que se hace entre el pago durante el pre y posnatal y durante el posnatal parental;

**41°.** Que el tercer elemento del análisis de la igualdad, luego de haber examinado la situación de hecho y de si había o no una distinción razonable y objetiva, es el examen de si la medida debe ser tolerable por el destinatario;

**42°.** Que consideramos que la medida que contiene la regla impugnada es desmedida. En primer lugar, porque las funcionarias de autos lo que reclaman es que se les pague su remuneración. Ni más ni menos. No están exigiendo un sobresueldo por haber sido madres. Y la regla impugnada establece que el permiso posnatal parental les disminuye sus rentas;

**43°.** Que, en segundo lugar, es un hecho objetivo que la maternidad es un costo para las mujeres, pues aun cuando se trate de un embarazo deseado, las mujeres deben cargar al hijo por nueve meses. Y, una vez nacido, asumir las consecuencias de su condición de madre (por ejemplo,



amamantar al recién nacido). Además, deben dejar de trabajar por un tiempo. Asimismo, adquieren un compromiso de por vida, en conjunto con el padre.

A todo ello debe sumarse la rebaja de su remuneración;

**44°.** Que, en tercer lugar, los compromisos económicos que tiene la mujer no disminuyen proporcionalmente a la rebaja de sus ingresos. De hecho, algunos se agravan. Por ejemplo, las cotizaciones previsionales. La mujer sigue afiliada a sus seguros de salud. Y éstos son montos fijos y reajustados, sobre todo en Isapres, que no están definidos como porcentajes de la remuneración. Lo mismo sucede en materia de AFP, en que una cotización menor impacta en la jubilación final;

**45°.** Que, en cuarto lugar, estos impactos se acumulan, pues la mujer podrá ser madre más de una vez. Por lo mismo, no es que reciba una rebaja de remuneraciones por una vez en su vida, sino cada vez que sea madre. Esto claramente afecta de manera desigual respecto del hombre el tamaño del patrimonio acumulado luego de una vida de trabajo;

**46°.** Que, además, la Contraloría General de la República ha sostenido, mediante dictamen 4587/2012, que el permiso posnatal parental es irrenunciable para todas las madres trabajadoras que tengan hijos menores a 24 semanas de vida. Ello es consistente con el artículo 5°, inciso segundo, del Código del Trabajo, que declara la irrenunciabilidad de los derechos establecidos por leyes laborales. Los permisos pre y posnatal tienen este carácter irrenunciable expresamente (artículo 197, Código del Trabajo). Y al permiso posnatal parental se le aplican esas reglas. Más todavía si el permiso pre y posnatal no mira únicamente al interés individual del renunciante (artículo 12, Código Civil). Asimismo, con este carácter de irrenunciable fue concebido en el Mensaje del Ejecutivo que dio origen a la Ley N<sup>º</sup> 20.545, que incorporó el posnatal parental a nuestro sistema jurídico.

Por lo mismo, las requirentes están expuestas a una opción extremadamente gravosa: porque o aceptan recibir el subsidio o se reintegran por jornada parcial por el 50 % de sus ingresos. No tienen posibilidad de reintegrarse por el 100% de su jornada y, por tanto, recibir el 100% de su remuneración;

**47°.** Que, por lo mismo, la maternidad no debe ser un costo individual, sino que social. La sociedad debe hacer tolerable esta carga de las mujeres. Ello pasa por algo básico: que no disminuyan sus ingresos durante ese período;

**48°.** Que, además, no hay que perder de vista que en este caso requieren de inaplicabilidad fiscales. Su labor es extremadamente delicada y sensible para la sociedad. Realizan una función constitucional. Requieren, por lo mismo, la máxima tranquilidad para llevar a cabo su labor sin presiones externas y con independencia. No contribuye a ello la disminución de sus ingresos;

49°. Que, por otra parte, hay que considerar que cuando el Ejecutivo fundamentó la incorporación del posnatal parental en el Mensaje del proyecto que se transformó en la Ley N° 20.545, se esgrimieron razones que excedían el interés de la madre por cuidar al hijo. Se afirmó, en efecto, que ese cuidado repercutía en mejores niveles de salud pública de los recién nacidos. El menor que permanece con su madre más tiempo los primeros meses de vida y es alimentado con leche materna, se dijo, es más sano y se desarrolla mejor. Expresamente, se sostuvo: “*La protección de la maternidad trae beneficios a la sociedad completa... La maternidad se considera un bien social*”. Por lo mismo, no es razonable que persiguiendo esos propósitos de bien común, el Estado haga radicar en la madre el costo de aquello;

50°. Que, finalmente, siendo la familia el “*núcleo fundamental de la sociedad*” (artículo 1°, Constitución), el lugar donde los niños desarrollan y forjan sus competencias y habilidades, el Estado debe ser particularmente cuidadoso con esas relaciones. En el posnatal están en juego las vinculaciones de la madre con el hijo recién nacido; se están formando vínculos primordiales en la existencia humana. Por lo mismo, no se puede establecer normas que atenten contra ella, por la vía de hacer de costo personal algo que puede asumirse mediante el gasto público;

51°. Que, por estas razones, estos disidentes consideran que la norma impugnada efectivamente vulnera la igualdad ante la ley, por tratar de manera hostil la maternidad de funcionarias públicas, por el solo hecho de recibir un sueldo más alto que el tope del subsidio;

## VII. SE AFECTA LA SEGURIDAD SOCIAL

52°. Que el segundo reproche que se formula al precepto impugnado es que compromete seriamente un beneficio de seguridad social de las requirentes;

53°. Que el Consejo de Defensa del Estado sostiene que esto no se produce, pues se trata a todas las funcionarias de igual forma, ya que todas están sujetas a las mismas reglas. Además, el mismo beneficio rige tanto para funcionarias como para mujeres sujetas al Código del Trabajo;

54°. Que al respecto cabe señalar que la Constitución, para asegurar el derecho a la seguridad social, obliga al Estado “*a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes*”.

Analicemos esta disposición. Desde luego, obliga al Estado a un rol activo, pues debe garantizar. Es decir, debe comprometerse a que eso ocurra (STC Rol N° 1.572); debe realizar acciones de protección. Es, por tanto, más que una obligación de medios, una obligación de resultados.

Enseguida, lo que debe asegurar el Estado es el acceso a ciertas prestaciones. El acceso implica no solamente ingresar o alcanzar el goce de

éstas, sino que hacer todo lo posible para que se reciban estas prestaciones de modo completo.

Las prestaciones, por su parte, son aquello en que se objetiva el rol protector o garantizador. El Estado entrega dinero, servicios, especies, para cubrir, sea previniendo, reparando o superando, de manera adecuada y suficiente, necesidades singulares y diferentes. Es decir, contingencias. Estas son hechos o infortunios definidos por el legislador (vejez, enfermedad, muerte, maternidad, etc.) que impactan en los ingresos del trabajador negativamente. Cada necesidad protegida tiene mecanismos específicos de cobertura. Esas son las prestaciones, las que pueden o no vincularse a las cotizaciones, es decir, pueden o no ser contributivas.

Asimismo, el acceso que el Estado debe garantizar es a “*todos los habitantes*”. Se trata, como se observa, de una titularidad amplia, en que no se discrimina por edad, sexo, nacionalidad, etc. El único requisito es que se trate de “*habitantes*”. Es decir, que vivan en el país de un modo permanente. La expresión “*todos*” es inclusiva. Como ha dicho este Tribunal, se consagra aquí el principio de universalidad subjetiva de la seguridad social (STC Rol N<sup>º</sup> 1.572). Ello implica rechazar o disminuir al mínimo los mecanismos de selectividad en la cobertura de los riesgos.

Finalmente, la Constitución establece que las prestaciones que deban percibir las personas, tienen dos características. Por una parte, deben ser básicas. Esto no quiere decir mínimas, sino que necesarias o fundamentales. El concepto se contrapone a prestaciones complementarias. Por la otra, debe tratarse de prestaciones uniformes. Esto quiere decir que a lo menos deben ser equivalentes y semejantes para cubrir las mismas necesidades;

**55°.** Que, para estos disidentes, la norma impugnada vulnera el artículo N<sup>º</sup> 19, N<sup>º</sup> 18°, en primer lugar, porque hace de cargo de la funcionaria asumir la rebaja de la remuneración que significa recibir el subsidio con tope. El Estado no cumple con su rol de “*garantizar el acceso*” cuando pone una barrera de esta naturaleza, porque fuerza a las madres a una alternativa extremadamente gravosa: o aceptan lo que les dan o deben volver a trabajar parcialmente para seguir recibiendo al menos la mitad de su remuneración;

**56°.** Que, en segundo lugar, contraría lo que la Constitución establece al señalar que se debe garantizar el acceso a “*todos los habitantes*”.

En efecto, las fiscales requirentes son funcionarias públicas, pertenecientes a un órgano autónomo de la Administración del Estado. Cumplen el requisito de ser “*habitantes*”.

Sin embargo, no se les entrega una prestación suficiente para afrontar la contingencia de maternidad. Mientras en el pre y posnatal se les cubre la necesidad con el total de sus remuneraciones, en el posnatal parental se les cubre hasta un tope. Ante una misma necesidad (la maternidad) se establecen mecanismos de protección distintos y más gravosos;

**57°.** Que, en tercer lugar, está en juego una prestación básica y fundamental: los dineros con que las personas se desenvuelven en su vida cotidiana. A las fiscales requirentes se les afectan sus remuneraciones, que ven reducidas a la mitad;

**58°.** Que, finalmente, pone en jaque la finalidad de la seguridad social, que es proporcionar sosiego frente a contingencias determinadas. La seguridad social no puede ser fuente de angustias y desvelos (STC Rol N° 1.572); no puede significar que la madre trabajadora tenga que asumir con sus ahorros o su capacidad financiera esta contingencia. La seguridad social existe para cubrir, precisamente, estos riesgos que son difíciles de enfrentar individualmente. Eso es lo que la hace distinta de un seguro privado: que los asume la sociedad, que no dependen de los ingresos y que se entregan con certeza cuando la contingencia se produce;

**59°.** Que, por todas estas razones, estos disidentes consideran que el presente requerimiento debe acogerse.

Redactó la sentencia la Ministra señora María Luisa Brahm Barril; la prevención, el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y la disidencia, el Ministro señor Carlos Carmona Santander.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 2.357-2012**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente Subrogante, Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake, y por los Ministros señora Marisol Peña Torres, señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino y Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril. Autoriza el Secretario Subrogante del Tribunal Constitucional, señor Rodrigo Pica Flores.

ROL N<sup>º</sup> 2.358-2012

REQUERIMIENTO PRESENTADO POR UN GRUPO DE  
DIPUTADOS, QUE REPRESENTAN LA CUARTA PARTE  
DE LOS MIEMBROS EN EJERCICIO DE LA CÁMARA  
DE DIPUTADOS, RESPECTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD  
DEL N<sup>º</sup> 9 DEL ARTÍCULO ÚNICO DEL PROYECTO  
DE LEY QUE “PERMITE LA INTRODUCCIÓN  
DE LA TELEVISIÓN DIGITAL TERRESTRE”,  
CONTENIDO EN EL BOLETÍN N<sup>º</sup> 6190-19.

Santiago, nueve de enero de dos mil trece.

**VISTO:**

Mediante presentación de fecha 28 de noviembre de 2012, 31 señores Diputados, que representan más de la cuarta parte de los diputados en ejercicio, solicitaron a esta Magistratura que declare la inconstitucionalidad del N<sup>º</sup> 9 del artículo único del proyecto de ley que “*Permite la introducción de la televisión digital terrestre*”, contenido en el Boletín N<sup>º</sup> 6190, por ser contrario a lo dispuesto en los N<sup>os</sup> 12<sup>º</sup> y 21<sup>º</sup> del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Señalan que la norma impugnada, en primer trámite constitucional, introducía en su artículo único diversas modificaciones a la Ley N<sup>º</sup> 18.838, que crea el Consejo Nacional de Televisión, agregando en el N<sup>º</sup> 9 un inciso final al artículo 13 que prohíbe, en términos absolutos, la utilización de sistemas de medición de audiencia en línea, comúnmente conocido como *people meter on line*, bajo pena de sanciones, que van desde amonestaciones hasta la suspensión de las transmisiones por un plazo de 7 días, pasando por multas, que varían entre 20 y 200 Unidades Tributarias Mensuales.

En cuanto al origen de la norma impugnada, expresan que ésta no venía incluida en el Mensaje Presidencial que dio inicio a la tramitación del proyecto, y fue rechazada en dos oportunidades en las Comisiones de Ciencia y Tecnología y de Cultura y las Artes de dicha Corporación, incluyéndosela como indicación renovada durante la discusión del proyecto, para ser en definitiva aprobada. Durante la discusión en la Cámara, la diputada Sra. María Antonieta Saa manifestó, en síntesis, que el sistema de medición *on line* sería el causante de la mala calidad de la televisión, al manipular el contenido original de los programas, generar tensión en los que participan en los mismos, explotar una imagen sexista de la mujer y aumentar los costos de la publicidad.

La parte requirente agrega que la prohibición contenida en la norma impugnada es inconstitucional desde una doble perspectiva:

1. Desde el punto de vista de los canales de televisión, titulares de las garantías de la libertad de emitir opinión e informar, contemplada en el inciso primero del N° 12° del artículo 19 de la Constitución y del derecho a establecer, operar y mantener estaciones de televisión, que la Carta Fundamental les reconoce en el inciso quinto del mismo numeral, la norma impugnada les impide la utilización de un instrumento útil e idóneo para seleccionar y definir los contenidos e informaciones que desean emitir, constituyéndose así en una forma de censura previa indirecta, prohibida en la Carta Fundamental, incompatible con una visión integral y moderna de la garantía de la libertad de expresión.

Aduce que el núcleo de este derecho constitucional, esencial para la democracia, está dado por la frase “*sin censura previa*”, contenida en el inciso primero del N° 12° del artículo 19 de la Constitución, ya que sólo así se garantiza un libre flujo de ideas, opiniones e informaciones.

Argumenta que la interdicción de la censura previa no se aplica únicamente a intentos de controlar o impedir directamente la emisión de determinado contenido, sino que debe entenderse como una protección ante cualquier acción destinada a entorpecer, dificultar u obstaculizar, de modo directo o indirecto, la decisión de un medio de comunicación de seleccionar y emitir una opinión o información. Entendida así la censura previa, la norma impugnada participa de su naturaleza, al impedir a los medios de comunicación el uso de un instrumento que estiman útil y necesario para discriminar y decidir qué contenidos emitir.

Sostiene que la estructura de la libertad de expresión no admite límites preventivos a los medios de comunicación, en cuanto a contenidos ni a la forma de seleccionar o decidir su emisión, sino que únicamente establece la responsabilidad posterior de quien los emite, como límite ante abusos o delitos, estructura que es coincidente con el sentido amplio y garantista que ha reconocido a este derecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cita al efecto sentencias de dicha Corte y de este Tribunal, esta última sobre la Ley de Prensa.

2. Desde la perspectiva de los prestadores del servicio de medición de audiencia en línea, refiere que la prohibición impide de modo absoluto la utilización del *people meter on line*, lo que significa necesariamente que también se prohíbe la prestación de dicho servicio, ya que elimina de modo definitivo la demanda, elemento esencial de toda relación económica. De ahí que la norma prohíba el ejercicio de una actividad económica que se lleva a cabo respetando las normas legales que la regulan, sin que concurran los requisitos constitucionales para decretar tal prohibición, esto es, no siendo ella contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, con lo que se afecta el derecho a desarrollar una actividad económica lícita, garantizado en el N° 21° del artículo 19 de la Carta Fundamental.

En cuanto al rol de los sistemas de medición de audiencia en línea para los canales de televisión, sostiene que este instrumento les permite, entre otras cosas: evaluar la demanda de un espacio de modo automático; evaluar el grado de estabilidad de la audiencia en cada programa, con máxima transparencia y confiabilidad; determinar, en base a lo anterior, el precio que debe ofrecerse por cada espacio publicitario dentro de un programa; en definitiva, determinar qué contenido, opinión e información se emite y en qué momento.

Concluye que este es un instrumento neutro, esencial, funcional y relevante de comparación para las estaciones de televisión, ya que les permite determinar, con total transparencia y confiabilidad, el comportamiento instantáneo de la audiencia ante su programación.

Agrega que la prohibición que pretende imponer el legislador es la más grave de las sanciones en el plano civil, en torno a una actividad que durante años ha sido lícita.

Observa que siempre y en todo momento la decisión de qué contenido emitir está radicada íntegramente en el canal de televisión; de allí que si se estima que un determinado programa o sección de contenidos es contrario a la moral, el orden público o la seguridad nacional, lo que corresponde es que opere la institución del control represivo, previsto en la Carta Fundamental para velar por el correcto funcionamiento de la televisión.

Puntualiza que el proyecto dispone una prohibición de derechos constitucionales de modo genérico y absoluto, respecto de la totalidad de los interesados, con carácter indefinido, sin matices ni excepciones; sin justificar, balancear ni establecer los valores o derechos cuya protección se lograría con la prohibición, con lo que se constata la ausencia de toda proporcionalidad en el uso de la prohibición, bajo parámetros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta, lo que transforma al proyecto en profundamente arbitrario.

Termina señalando que la facultad de prohibir una determinada actividad económica corresponde privativamente al juez por vía represiva, en el marco de un debido proceso. Cita al efecto a los profesores Evans de la Cuadra y Soto Kloss. Afirma que el legislador sólo podría actuar estatuyendo parámetros generales de prohibición, debiendo respetar la esencia del derecho a ejercer libremente actividades económicas, por mandato expreso del N<sup>º</sup> 26<sup>º</sup> del artículo 19 de la Carta Fundamental; conservar la generalidad de su mandato; actuar sólo excepcionalmente, cuando resulte imperioso como último recurso y restringirse estrictamente a las causales constitucionales, justificándolas debidamente.

La parte requirente, mediante presentación de fecha 12 de diciembre de 2012, que rola a fojas 94 y siguientes, hace presente adicionalmente que, en el Segundo Informe de las Comisiones Unidas del Senado, la

norma impugnada se vio alterada, pasando a figurar ya no en el artículo único, sino que en el artículo primero, por la introducción de un artículo segundo, y pasó a ser inciso cuarto del artículo 13, en lugar de inciso final.

Por sendas resoluciones de fecha 20 de diciembre de 2012, se admitió a trámite el requerimiento y se lo declaró admisible, fijándose audiencia pública, tanto para oír a los interesados como para la vista de la causa, para el día 3 de enero de 2013.

Con fecha 26 de diciembre de 2012, el Presidente de la República, en su calidad de órgano interesado, formuló observaciones complementando las argumentaciones contenidas en el requerimiento. Sostuvo, en síntesis, que la norma impugnada no sólo infringe derechos constitucionalmente reconocidos, sino que amenaza también con vulnerar principios básicos sobre los que se construye nuestro régimen democrático, además de no superar el examen de proporcionalidad necesario para proceder como propone la norma.

Subraya que el Ejecutivo ha mantenido una postura clara acerca de la norma, que, como se ha dicho, no fue incluida en el Mensaje presidencial, y cuando se incorporó, a instancia parlamentaria, estuvo por su eliminación.

Enfatiza que la prohibición es claramente desproporcionada al fin que se pretende obtener –mejorar la calidad de la televisión– ya que no hay elementos que permitan sostener, con razonable certeza, que el contenido en la programación televisiva mejorará prohibiendo el *people meter on line*; y, aun en la afirmativa, existen herramientas no gravosas, que no violentan derechos constitucionales, para elevar el estándar televisivo, fin que puede alcanzarse mediante otros mecanismos y de considerarse esta alternativa como la menos gravosa, el grado de afectación de derechos, tratándose de una prohibición, es considerable.

Asevera que no se ha demostrado la relación entre el *people meter on line* y los contenidos de calidad en la programación de televisión y que tampoco los fundamentos de los parlamentarios al proponer y votar la norma impugnada, dan cuenta de razones fundadas o datos que comprueben, en lo más mínimo, dicha relación causa-efecto.

Relata que la norma impugnada tiende a simplificar una situación que es compleja e incurre en el error de considerar que las dificultades que presenta la televisión en Chile se resolverán fácilmente con la eliminación de un sistema de medición *on line*, lo que no garantiza un cambio en los contenidos de la programación televisiva, sino que simplemente significa imponer una restricción a los medios de comunicación, sin que ello reporte mejor calidad a su programación, pero sí una reducción en su espacio legítimo de libertad.

Finalmente, razona que la ley que se pretende modificar, así como el proyecto de ley en que se contiene la norma impugnada, incluyen herramientas que favorecen la calidad de los contenidos entregados en la



programación de la televisión, sin intervenir los mismos, mencionando, entre otros, al Fondo del Consejo Nacional de Televisión.

Por resolución de fecha 27 de diciembre de 2012, escrita a fojas 162, se ordenó traer los autos en relación.

En la audiencia pública dispuesta realizar a fojas 114, fueron oídos el Asesor Legislativo de la H. Diputada María Antonieta Saa, señor Leonardo Estrade Bráncoli; la H. Diputada señora María Antonieta Saa y su abogado, señor Sebastián Abarca Fernández; el Secretario General de la Asociación Nacional de la Prensa, por la Federación Nacional de Medios de Comunicación de Chile A.G., abogado señor Sebastián Zárata Rojas y el Asesor Parlamentario señor Enrique Aldunate Esquivel.

Posteriormente, en la vista de la causa, luego de escuchar relación, alegó el abogado de los requirentes, señor Arturo Fermandois Vöhringer.

#### CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

### I

#### CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD PLANTEADA

**PRIMERO.** Que un órgano constitucionalmente legitimado ha formulado, durante la tramitación del proyecto de ley que “Permite la introducción de la televisión digital terrestre”, cuestión de constitucionalidad ante esta Magistratura Constitucional, requiriendo la declaración de inconstitucionalidad del numeral 9° del artículo único del proyecto de ley iniciado por Mensaje del Presidente de la República, correspondiente al Boletín N<sup>º</sup> 6190. Al cabo del 2° Informe de las Comisiones Unidas del Senado, se produjo una alteración en la estructura del proyecto que, de acuerdo a la proposición, determinó la ubicación de la norma impugnada en el N<sup>º</sup> 9 del artículo 1° y no en el N<sup>º</sup> 9 del artículo único, como se encuentra en el proyecto despachado por la Cámara de Diputados y aprobado en general por el Senado, adjunto al requerimiento.

Como se optó asimismo por modificar completamente el artículo 13° de la Ley N<sup>º</sup> 18.838, la norma objeto del cuestionamiento quedó en definitiva como inciso cuarto del artículo 13 que propone el proyecto de las Comisiones Unidas, en su artículo 1°, N<sup>º</sup> 9;

**SEGUNDO.** Que el precepto impugnado, en lo pertinente, establece: *“Artículo 1°. Introdúcense las siguientes modificaciones en la ley N<sup>º</sup> 18.838, que crea el Consejo Nacional de Televisión:*

*9. Sustitúyese el artículo 13 por el siguiente:*

*[...] A los prestadores de servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción y de servicios limitados de televisión, se les prohíbe el uso de sistemas de medición de audiencia en línea.*

*Se entenderá por sistema de medición de audiencia en línea, todo aquel sistema que entregue información de audiencia antes de seis horas de haberse terminado la*

*emisión del programa sujeto a medición. La contravención a esta norma impondrá las sanciones contempladas en el artículo 33 de esta ley [...]”.*

A juicio de los requirentes, la disposición transcrita es inconstitucional, en la medida que vulnera los derechos garantizados en los incisos primero y quinto del numeral 12° y en el ordinal 21° del artículo 19 de la Carta Fundamental;

**TERCERO.** Que, a su turno, las normas constitucionales citadas como transgredidas disponen, en lo que interesa:

*“Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas:*

*“12°. La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.” (Inciso primero).*

*“El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión.” (Inciso quinto)*

*“21°. “El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.” (Inciso primero).*

Cabe tener presente que, durante el desarrollo de la audiencia de vista de la causa, el abogado patrocinante del requerimiento, concurrente a estrados, fue invitado, por conducto del Presidente del Tribunal, a extender sus consideraciones respecto de fundamentos constitucionales distintos a aquéllos invocados por las partes en la *litis*, en mérito de lo autorizado en el artículo 69 de la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal y en el numeral 19° del Auto Acordado sobre Ingresos, Formación de Tablas y Vista de las Causas, emitido por esta Magistratura el 12 de noviembre de 2009. Quedó en tal virtud este órgano facultado para examinar, además de los invocados en el requerimiento, los preceptos de los artículos 1°, inciso tercero, y 19, N° 2°, de la Carta Fundamental, que también podrían haber sido transgredidos, como se evaluará en el desarrollo de este pronunciamiento.

La elucidación de la cuestión de constitucionalidad global requiere, empero, de un análisis previo acerca de la regulación en que se insertan las telecomunicaciones en general y la televisión en particular, en nuestro medio;

## II

### REGULACIÓN LEGAL BÁSICA DE LAS TELECOMUNICACIONES Y LA TELEVISIÓN

#### II.1) El Consejo Nacional de Televisión

**CUARTO.** Que nuestra Constitución Política, además de autorizar sólo al Estado y a las universidades “y demás personas o entidades que

la ley determine, para establecer, operar y mantener estaciones de televisión” (inciso quinto del artículo 19, N<sup>º</sup> 12<sup>º</sup>, reproducido *supra*), consulta la existencia de un **Consejo Nacional de Televisión**, como un organismo autónomo y con personalidad jurídica, “*encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación*” (inciso sexto y final del artículo 19, N<sup>º</sup> 12<sup>º</sup>).

El acápite final de este último precepto, por su parte, encomienda a una ley de quórum calificado la determinación de “*la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo*”. Dicha ley es la numerada 18.838, de 30 de septiembre de 1989, que crea el Consejo Nacional de Televisión –sucesor del ente de igual denominación establecido por la Ley N<sup>º</sup> 17.377, de 1970– y que es, precisamente, la que se busca modificar a través del proyecto de ley en el que se contiene el artículo cuyo mandato es materia del presente requerimiento;

**QUINTO.** Que el aludido órgano constitucional ha sido investido, en su citada ley orgánica, de facultades para “velar por el **correcto funcionamiento** de los servicios de televisión” (énfasis añadido), encomendándosele “*su supervigilancia y fiscalización, en cuanto al contenido de las emisiones que a través de ellos se efectúen...*” (Artículo 1<sup>º</sup>, inciso segundo). Y señala luego que:

“*Se entenderá por **correcto funcionamiento** de esos servicios puntualiza el inciso tercero de ese mismo artículo el permanente respeto, a través de su programación, a los valores morales y culturales propios de la Nación; a la dignidad de las personas; a la protección de la familia; al pluralismo; a la democracia; a la paz; a la protección del medio ambiente, y a la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud dentro de dicho marco valorico*” (énfasis nuestro).

A riesgo de ser reiterativo, cabe señalar que el artículo 12 de su normativa orgánica insiste en la función del Consejo: de “*a) Velar porque los servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción y los servicios limitados de televisión se ajusten estrictamente al ‘correcto funcionamiento’, que se establece en el artículo 1<sup>º</sup> de esta ley*” (énfasis y comillas añadidos);

**SEXTO.** Que, si bien al Consejo le está vedado “*intervenir en la programación de los servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción y en la de los servicios limitados de televisión*” (artículo 13<sup>º</sup>, inciso primero), ello no es óbice para que se le faculte a fin de “*establecer que las concesionarias deberán transmitir una hora de programas culturales a la semana, entendiéndose por tales los dedicados a las artes o a las ciencias. Estas transmisiones deberán hacerse en horas de alta audiencia, quedando a criterio de cada concesionaria determinar el día y la hora dentro de dicho horario.*” (Artículo 12<sup>º</sup>, literal l). (Énfasis añadido).

Asimismo, haciendo hincapié en el rol de supervigilancia que la ley le asigna respecto de los valores culturales de la sociedad, el ente fiscaliza-

dor tiene el deber de “*dictar normas generales para impedir efectivamente la transmisión de programas que contengan violencia excesiva, truculencia, pornografía o participación de niños o adolescentes en actos reñidos con la moral o las buenas costumbres. “Se considerará como circunstancia agravante el hecho que la infracción se cometa en horas de transmisión a las que normalmente tenga acceso la población infantil” (artículo 12°, literal 1, incisos segundo y tercero);*

**SÉPTIMO.** Que, adicionalmente, el Consejo es instado legalmente a: “*a) adoptar las medidas tendientes a evitar la difusión de películas que no corresponda calificar al Consejo de Calificación Cinematográfica y de programas o publicidad que atenten contra la moral, las buenas costumbres o el orden público; b) determinar la hora a partir de la cual podrá transmitirse material filmico calificado para mayores de 18 años de edad por el Consejo de Calificación Cinematográfica, y c) fijar, de manera general, un porcentaje de hasta un 40% de producción chilena de los programas que transmitan los canales de servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción. Dentro de este porcentaje podrá incluir la exhibición de películas nacionales” (artículo 13°, inciso primero).*

No obstante la libertad de programación reconocida a los servicios televisivos, la ley les prohíbe expresamente “*la transmisión o exhibición de películas calificadas con contenido pornográfico o excesivamente violento por el Consejo de Calificación Cinematográfica, tratándose de los servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción” (artículo 13°, inciso final).*

Y finalmente, como directa consecuencia de su derecho de libre programación, “los canales de servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción y de servicios limitados de televisión, **serán exclusiva y directamente responsables de todo y cualquier programa, nacional o extranjero, que transmitan**, aun cuando se trate de transmisiones o retransmisiones vía satélite” (inciso segundo del artículo 13°) (énfasis añadido).

## II.2) Los servicios de televisión regulados.

**OCTAVO.** Que, como quiera que la prohibición de uso de sistemas de medición de audiencia en línea es aplicable a los prestadores de **servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción y de servicios limitados de televisión**, resulta pertinente determinar cuáles son esos servicios y cómo se regula, en lo fundamental, su operación y funcionamiento.

Denomínase “*radiodifusión televisiva*” a un servicio de telecomunicaciones que permite difundir información compuesta de audio e imagen y cuyas transmisiones están destinadas a la recepción libre y directa del público en general (artículo 3°, letra a) de la Ley General de Telecomunicaciones N° 18.168, de 2 de octubre de 1982).

En tanto que **servicios limitados de televisión** son aquellos servicios de telecomunicaciones cuyo objeto es satisfacer necesidades específicas de telecomunicaciones de determinadas empresas, entidades o personas previamente convenidas con éstas. Estos servicios pueden comprender

los mismos tipos de emisiones mencionados en los servicios de libre recepción o radiodifusión y su prestación no podrá dar acceso a tráfico desde o hacia los usuarios de las redes públicas de telecomunicaciones (artículo 3<sup>º</sup>, citado supra, literal c).

Los referidos servicios limitados de televisión pueden ser de varias clases: por cable, satelital, de uso experimental y de televisión multicanal en 2.6 GHz, clasificación que se desprende de lo dispuesto en los artículos 3<sup>º</sup>, letra c) y 9<sup>º</sup>, ambos de la Ley General de Telecomunicaciones.

Lo importante de esta categorización es que, como lo ha determinado la Excm. Corte Suprema en sentencia recaída en el Rol N<sup>º</sup> 2945, de 21 de septiembre de 2012, las atribuciones del Consejo Nacional de Televisión se extienden a toda clase de servicios televisivos, abiertos o limitados, toda vez que *“cualquiera que sea la forma en que se proporcione la señal de televisión, sea en forma abierta, por cable o satelital, siempre quedará sujeta al cumplimiento de las normas que imponen la ley y la autoridad”* (considerando 6<sup>º</sup> de la sentencia sustitutiva). Luego, no cabe sino deducir que también la televisión por cable y las demás variedades antes relacionadas, quedan sujetas a la supervigilancia y fiscalización del Consejo Nacional de Televisión, aproximación cuya trascendencia será analizada más adelante;

### III

#### FINES DE LA MEDIDA DISPUESTA EN LA NORMA LEGAL IMPUGNADA

**NOVENO.** Que el objetivo de la prohibición de uso de sistemas de medición de audiencia en línea en los servicios televisivos concernidos –en la percepción de sus sostenedores– se orientaría a mejorar la calidad de la televisión, a objeto de evitar la manipulación de programas que alteran su contenido original; la explotación de una imagen sexista de la mujer y el aumento artificial de los costos de publicidad.

Empero, este Tribunal no acierta a avizorar la forma en que un instrumento de medición en tiempo real de la audiencia que observa un programa televisivo, pueda generar por su sola utilización un efecto en la planificación de la parrilla programática, cuya estructura y características corresponde decidir con autonomía editorial a los propietarios del respectivo medio.

La inferencia implícita en la propuesta legislativa presupone que la medición acarreará ineludiblemente un resultado conducente a privilegiar la preferencia del público por la vulgaridad y la chabacanería. Y que esa respuesta predeterminada conducirá ineluctablemente a los responsables de planificar los contenidos que se televisarán de modo de satisfacerla, a fijar una guía o esquema contrario al marco valórico que

debe materializar el “*correcto funcionamiento*” del correspondiente medio de comunicación.

Tal deducción es, desde luego, errónea, por serlo también sus premisas. Nada autoriza, salvo si nos situamos en un enfoque puramente elitista, a anticipar que los usuarios seleccionados al azar para ser medidos en sus predilecciones televisivas, van a inclinarse casi fatalmente por la trivialidad y la ramplonería. Ni menos que los directivos de los canales de televisión optarán, también inexcusablemente, por intervenir la programación para preferir o favorecer precisamente los anti-valores que la ley del ramo repudia, en la forma anteriormente descrita, comprometiendo de paso su responsabilidad eventual, en los términos del artículo 33 de la misma preceptiva.

Desde otra perspectiva, es de elemental lógica que los instrumentos de medición empleados ordinariamente en las investigaciones empíricas de ciencias sociales, constituyen un medio técnico para estudiar una realidad que constituye su hipótesis de investigación, pero en modo alguno son expresivos de una voluntad unívoca, susceptible de suplir aquélla de los llamados a extraer las conclusiones de tales investigaciones, a partir de los correspondientes datos empíricos recopilados.

El planteamiento que subyace a la prohibición pretendida implementar a través de la prescripción sujeta al presente control de constitucionalidad, por lo tanto, adolece de un vicio de lógica estructural, que lo invalida, transformándolo en una auténtica petición de principios.

La consecuencia de este vicio lógico será estudiada al verificar la constitucionalidad de los preceptos en que podría tener injerencia;

#### IV

### LIBERTAD DE EMITIR OPINIÓN Y DERECHO DE INFORMACIÓN

**DÉCIMO.** Que postula el requerimiento que la medida tildada de inconstitucional, vulneraría la norma del artículo 19, N° 12°, del texto constitucional, en sus incisos primero y quinto, reproducidos anteriormente.

Manifiesta, a propósito del primero de estos mandatos, que dicha medida legal representaría una suerte de censura indirecta, desde que importa un medio de restricción de la comunicación y la circulación de ideas y opiniones, al prohibir el empleo de una nueva tecnología. De esa manera, afecta la debida autonomía del respectivo medio de comunicación social para seleccionar y decidir qué contenidos emitir y qué herramientas ocupar en dicho proceso. De paso, se transmutaría de esta guisa el modelo, ampliamente aceptado en el constitucionalismo vigente, en torno a que la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas

de control preventivo, sino sólo originar responsabilidad ulterior por los abusos o delitos cometidos en el ejercicio de la opinión o información;

**DECIMOPRIMERO.** Que, como lo ha sentado categóricamente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, de octubre de 2000, Principio 1, “[L]a libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática”.

La libertad de pensamiento y de expresión ha sido también desarrollada en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por decreto supremo N<sup>º</sup> 873 (Relaciones Exteriores), publicado en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991, mencionado por los requirentes.

*“En lo sustancial, se pretende que el ejercicio de este derecho, que “no puede estar sujeto a censura previa sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley ...”, no puede ser restringido “por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.*

Este Tribunal disiente del alcance atribuido a esta norma, como parámetro de control de constitucionalidad. El sistema de control de audiencia en línea no implica, *per se*, un acto de censura previo, sino un ejercicio de detección de las preferencias de un grupo representativo de televidentes, sobre los programas emitidos en un momento determinado por los distintos canales de televisión, abierta o cerrada.

Esta medición en línea no importa tampoco una restricción del derecho de expresión por vías indirectas, a través de aparatos o de cualquier otro medio dirigido a impedir la comunicación y circulación de ideas y opiniones. Su objetivo es otro; no la limitación del derecho de expresión, sino la averiguación de tendencias o inclinaciones de la audiencia, con el fin de satisfacer mejor las expectativas y gustos de los destinatarios de la programación televisiva. Y ese es un procedimiento lícito, que no obstaculiza, entrapa ni distorsiona la plena libertad de los medios para enviar sus mensajes televisivos;

**DECIMOSEGUNDO.** Que, por otra parte, no cabe duda que en la tradición constitucional occidental, la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, se originaron primero en relación a la libertad de prensa y, ulteriormente, fue incluyendo otros medios de comunicación social, a medida que se desarrollaban tecnológicamente como soportes diversos de las opiniones e informaciones en flujo social, dentro del concepto genérico de libertad de expresión, que a su vez alcanza incluso a otras manifestaciones de las personas. De manera que, conceptualmente,

no hay inconveniente alguno en aceptar de suyo la pertinencia de la prohibición de censura, en cualquiera de sus modalidades, incluso indirecta, para la televisión. Pero, también conceptualmente, la censura implica una interferencia previa (*prior restraint*, en el derecho constitucional norteamericano) a la emisión de la información o contenido, en este caso, del programa de televisión; por lo que no puede aceptarse que la prohibición de audímetro sea inconstitucional por este motivo en la especie. En efecto, como fuere, la prohibición incidiría en la medición ulterior de la audiencia del contenido ya transmitido (respuesta a la información o contenido), mas no en la posibilidad previa de hacerlo. De hecho, existen otras técnicas de investigación social que permitirían medir esa audiencia del programa emitido, aun con tal prohibición.

Este capítulo del requerimiento, por consiguiente, no podrá prosperar;

V

LIBERTAD PARA ESTABLECER, OPERAR Y MANTENER  
ESTACIONES DE TELEVISIÓN

**DECIMOTERCERO.** Que, en el contexto regulatorio señalado *supra*, cabe destacar que la actividad de emisión y transmisión de contenidos audiovisuales en programas de televisión, en el caso de la modalidad abierta o de libre recepción, por medio del espectro radioeléctrico, con tecnología convencional o digital, requiere una concesión de radiodifusión televisiva que implica conceptualmente la autorización de emisión y, también, la concesión de parte de ese espectro radioeléctrico –bien nacional de uso público– necesaria para hacerlo; al paso que en el caso de la televisión limitada –por cable, satelital u otra– que por su naturaleza se desarrolla fuera de tal espectro radioeléctrico, se requiere sólo el permiso para la emisión, aspectos normativos que fueron ya analizados por esta Magistratura en sentencia de fecha 12 de mayo de 2012, Rol N° 1.849. Pero, en ambas alternativas, es dable entender que quien tiene ese derecho (emisión televisiva), tiene igualmente derecho a los medios necesarios para ejercerlo, principio general de derecho administrativo en materia concesional recogido en el artículo 828, primera parte, del Código Civil, según el cual “*el que tiene derecho a una servidumbre, lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercerla*”, entendiéndose análogamente la concesión o permiso como una limitación o gravamen al dominio público o a una esfera material de regulación, al modo de la conocida doctrina alemana; Dicho principio se reproduce también, a nivel sectorial, en el artículo 8° del Código de Aguas.

**DECIMOCUARTO.** Que, consecuentemente, en el ámbito de la industria de la televisión, asegurada vigorosamente en la Constitución –así



como también ocurre, verbigracia, con la actividad minera–, la garantía comprende la libertad para “...establecer, **operar** y *mantener estaciones de televisión...*” (Artículo 19, N<sup>º</sup> 12<sup>º</sup>, inciso quinto, de la Constitución Política. Lo destacado es nuestro). Las facultades de operación significan la de realizar algo o “...maniobrar, llevar a cabo alguna acción con auxilio de aparatos...”, según define el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, en su primera y séptima acepciones. Por ende, el uso del recurso tecnológico denominado “*people meter on line*” queda comprendido dentro de esa esfera de libertad intangible de operación de estaciones de televisión, por los medios que se estime convenientes;

**DECIMOQUINTO.** Que, por lo demás, el legislador en esta materia tiene sólo una potestad regulatoria, en virtud de la cual puede fijar las condiciones de ejercicio de esa libertad, pero no limitarla, suprimirla o afectarla en su núcleo esencial, mediante una prohibición de utilización de una determinada tecnología de investigación y medición de la teleaudiencia. Tal es efectivamente el criterio sustentado por este Tribunal Constitucional en sentencia Rol N<sup>º</sup> 280, de 20 de octubre de 1988, considerando vigesimonoveno, donde se enfatizó que la ley solo puede limitar derechos en los casos que la Constitución lo autoriza, cual no es el caso del artículo 19, N<sup>º</sup> 12<sup>º</sup>, inciso quinto, materia de nuestra reflexión.

Es por ello que la disposición legal cuestionada deviene fundamentalmente desproporcionada y no razonable, toda vez que no existe demostración conocida de alguna adecuación causal entre la prohibición legal –como medio– y el mejoramiento de la calidad de la programación de la televisión –como fin–, en tanto cuanto el instrumento tecnológico como tal es neutro y las decisiones de programación son autónomas de la línea editorial del canal, pero no escapan de las facultades de supervigilancia del Consejo Nacional de Televisión, precisamente encargado constitucionalmente de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación, lo que es ciertamente un medio menos gravoso e invasivo y más idóneo para el fin señalado. Existe en esto una relación análoga a la que se da entre el termómetro y la temperatura del paciente, instrumento que ciertamente no es la causa de su enfermedad;

**DECIMOSEXTO.** Que, además, el principio de los derechos accesorios del concesionario, vale decir, del derecho a los medios necesarios para ejercer la concesión, que integran también el núcleo esencial de ésta, recibe especial consagración en la Ley N<sup>º</sup> 19.733 de 4 de junio de 2001, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, al disponer en su artículo 1<sup>º</sup>, inciso primero, que el ejercicio de la libertad de emitir opinión y la de informar –que por cierto también se manifiesta a través de la televisión como medio de comunicación social– incluye el derecho a “...*buscar y recibir informaciones, y difundirlas **por cualquier medio...***” (lo destacado es nuestro), lo que incluye igualmente al deno-

minado audímetro o *people meter on line*, como técnica de investigación social. Ello, aun cuando la información así obtenida no sea un contenido directamente divulgado en cuanto tal, pero que se relaciona íntimamente con la transmisión de contenidos, en cuanto se considera en la toma de decisiones editoriales. Esta misma Magistratura Constitucional ha llamado la atención sobre la dinámica y volatilidad de la teleaudiencia, al rechazar un capítulo de inconstitucionalidad del proyecto de la ley referida y declarar que: “...*El elemento referencial que emplea ese artículo, cual es el del control de un segmento del mercado informativo o de un porcentual de la distribución de publicaciones, corresponde a datos eminentemente cambiantes día a día y están sujetos a la libre voluntad, decisión y opción de quienes cada vez compran o adquieren las publicaciones, sintonizan las emisiones radiales o seleccionan el medio audiovisual de su soberana elección. Estos destinatarios de la información configuran así un universo de magnitud eminentemente variable, resultando de esta manera igualmente variable día a día y momento a momento la magnitud de cualquier porcentaje calculable sobre aquél.*” (STC Rol N° 226, c. cuadragésimoctavo). Todas dichas consideraciones ponen en evidencia la necesidad de un instrumento tecnológico como el señalado, de modo que su injustificada prohibición legal, deviene inconstitucional;

**DECIMOSEPTIMO.** Que, en el ámbito de las libertades asociadas a las comunicaciones sociales, el interés público esencial radica en la conservación de un espacio de opinión pública mediante el libre flujo de la información que sustente el control social democrático de los actos del poder orgánicamente establecido y posibilite el pleno desarrollo de las subjetividades de las personas, mediante su opinión, expresión y participación. Tal interés público determina no sólo la protección de los medios para acceder a la información sino, todavía más, la protección de la fuente de información misma, mediante el reconocimiento legal y constitucional de medios tales como el secreto de la fuente de información del hecho noticioso para el periodista, incluso en el ámbito de las investigaciones penales, salvo que razones muy justificadas o proporcionales autoricen a levantarlo. Así, por ejemplo, en el derecho constitucional norteamericano, la Suprema Corte ha resuelto que: “...*para recolectar noticias a menudo es necesario aceptar que no se identificará la fuente de la información publicada, o publicar sólo parte de los hechos revelados, o ambas cosas; que si de todos modos el periodista se ve forzado a revelar estas confidencias ante un gran jurado, la fuente así identificada y otras fuentes confidenciales de otros periodistas se verán visiblemente disuadidas de suministrar información publicable, todo en perjuicio del libre flujo de la información protegido por la Primera Enmienda.*” (Cfr. *Branzburg v. Hayes* (y casos concomitantes), 408 U.S. 665(1972), citado por Corwin Edward S.: “La Constitución de los Estados Unidos y su Significado Actual”, Argentina, Editorial Fraterna S.A., 1987, Primera Edición en español, pág. 428). Evidentemente, si la protección constitucional es

tan intensa, no va a detenerse ante el mero uso de un instrumento técnico de medición, cuya prohibición también podría disuadir el suministro del libre flujo de información constitucionalmente protegido;

## VI

### AUTONOMÍA DE LOS CUERPOS INTERMEDIOS

**DECIMOCTAVO.** Que, desde otra perspectiva, esta Magistratura Constitucional ha puesto de manifiesto la inconveniencia de toda forma de interferencia estatal en los medios de comunicación social, de cara a la vulneración de la autonomía que a los cuerpos intermedios – y los medios de comunicación social son tales – tal interferencia produce, infringiendo lo dispuesto en el artículo 1<sup>o</sup>, inciso tercero, de la Constitución, según el cual: “...[E]l Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”;

**DECIMONOVENO.** Que, en efecto, en el ya citado Rol N<sup>o</sup> 226 (c. vigesimoctavo, párrafo segundo), a propósito de los aludidos medios, se resolvió que “...no es ocioso recordar que el reconocimiento y amparo de los grupos intermedios o entes asociativos, es uno de los pilares básicos en la organización de la sociedad civil, y así lo establece, ya en su artículo 1<sup>o</sup>, la Carta Fundamental, garantizando al mismo tiempo su adecuada autonomía, a fin de permitirles – como células vivas de la sociedad – la obtención de sus fines propios, contribuyendo de este modo a la riqueza de la trama social y, en último término, al bien común de la sociedad. Reconocimiento, amparo y garantía de su autonomía son los términos en que la Constitución se expresa a su respecto.” Para añadir en el considerando vigesimonoveno que: “...Dicha autonomía para cumplir con sus propios fines específicos implica la necesaria e indispensable libertad de esos grupos asociativos para fijar los objetivos que se desean alcanzar, para organizarse del modo que estimen más conveniente sus miembros, para decidir sus propios actos y la forma de administrar la entidad, todo ello sin intromisión de personas o autoridades ajenas a la asociación o grupo, y sin más limitaciones que las que impongan la Constitución.”;

**VIGÉSIMO.** Que, en el sentido expuesto, la prohibición del *people meter on line* en la televisión viola la autonomía de las respectivas estaciones y es, por ende, inconstitucional también por este motivo;

## VII

### DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA

**VIGESIMOPRIMERO.** Que, por otra parte, según se invitó a alegar en estrados, una prohibición como la aprobada en el proyecto de ley impugnado, sería claramente discriminatoria de modo arbitrario, ya que no se divisa razón por la cual el *people meter on line* fuere nocivo sólo en

televisión, pero no en radio o en otros medios de telecomunicaciones sociales, incluso informáticos. En ese sentido, se establecería una diferencia regulatoria carente de justificación racional y, por ende, inconstitucional también por ello, al infringir el artículo 19, N° 2°, inciso primero, primera parte, de la Constitución, que asegura la igualdad ante la ley.

VIII  
DERECHO A DESARROLLAR CUALQUIERA ACTIVIDAD  
ECONÓMICA

**VIGESIMOSEGUNDO.** Que, por último, en el ámbito de la garantía de la libertad para desarrollar todo tipo de actividades económicas lícitas, consagrada en el numeral 21° del artículo 19 de la Constitución, esta Magistratura Constitucional comparte el predicamento del requerimiento en el sentido que la prohibición proyectada importa una supresión de la demanda por un servicio, lo que indudablemente amaga la actividad económica de las empresas proveedoras de ese servicio de medición, sin que se divise –conforme a lo analizado– razón moral, de orden público o de seguridad nacional que amerite una tal prohibición legal.

y VISTO lo dispuesto en los artículos 1°, inciso 3°, 19, N°s 2°, 12° y 21° y 93, inciso primero, N° 3°, e incisos cuarto y siguientes 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 D.F.L. N° 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia,

SE RESUELVE:

**Que se acoge el requerimiento de inconstitucionalidad deducido a fojas uno y, en consecuencia, se declara inconstitucional el N° 9 del artículo único del proyecto de ley que “Permite la introducción de la televisión digital terrestre”, Boletín N° 6190, norma que deberá eliminarse del texto que en definitiva se promulgue.**

**Se previene que la Ministra señora Marisol Peña Torres** concurre a los fundamentos y a la decisión de la sentencia de autos, teniendo presente, adicionalmente, lo siguiente:

**1°.** Que los diputados requirentes han fundado sus impugnaciones de inconstitucionalidad del numeral 9 del artículo único del proyecto de ley que “*Permite la introducción de la televisión digital terrestre*” en la vulneración del artículo 19, N° 12°, incisos primero y quinto, y N° 21, de la Constitución Política. Sin embargo, la sentencia ha declarado la inconstitucionalidad de la norma impugnada por su transgresión a los

artículos 1<sup>º</sup>, inciso tercero, 19, N<sup>os</sup> 2<sup>º</sup>, 12<sup>º</sup>, inciso quinto, y 21<sup>º</sup> de la misma Carta;

2<sup>º</sup>. Que, por las razones que se expondrán a continuación, la Ministra que suscribe este voto considera que la inconstitucionalidad del N<sup>º</sup> 9 del artículo único del proyecto de ley examinado se funda, además, en la vulneración de lo dispuesto en el artículo 19, N<sup>º</sup> 12<sup>º</sup>, inciso primero, de la Ley Suprema, en cuanto la prohibición que establece la mencionada norma respecto de la utilización de uno de los sistemas de medición de audiencias –más conocido como “*people meter on line*”– introduce una forma de censura previa indirecta, lo que se encuentra prohibido por el aludido precepto constitucional;

3<sup>º</sup>. Que, en este sentido, el requerimiento afirma que la doctrina moderna de la libertad de expresión explica que: “*Existen distintas formas de afectar ilegítimamente la libertad de expresión, desde el extremo de su supresión radical mediante actos de censura previa hasta mecanismos menos evidentes, más sutiles y sofisticados (...) Precisamente estos mecanismos “sutiles y sofisticados” son los medios previos de censura indirecta, de cuya naturaleza participa la prohibición del people meter on line que plantea el Proyecto.*” (Fojas 15).

En relación con lo expresado, los diputados requirentes recuerdan que el artículo 13.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos –que complementa la regulación de la libertad de expresión contenida en el artículo 5<sup>º</sup>, inciso segundo, de la Carta Fundamental– señala que: “*No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.*”;

4<sup>º</sup>. Que, con el objeto de determinar si la prohibición contenida en la norma impugnada en el requerimiento de autos constituye, efectivamente, una forma de censura indirecta que vulnera lo dispuesto en el artículo 19, N<sup>º</sup> 12<sup>º</sup>, inciso primero, de la Constitución Política, resulta necesario recordar el contenido del precepto reprochado:

“*Artículo único: Introdúcense las siguientes modificaciones en la ley N<sup>º</sup> 18.838, que crea el Consejo Nacional de Televisión:*

9. *Agrégase en el artículo 13, el siguiente inciso final:*

“*A los prestadores de servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción y de servicios limitados de televisión, se les prohíbe el uso de sistemas de medición de audiencia en línea. Por la contravención a esta norma se impondrán las sanciones contempladas en el artículo 33 de esta ley.*”;

5<sup>º</sup>. Que de acuerdo a lo explicado por la señora Patricia Politzer, Presidenta del Consejo Nacional de Televisión, durante la tramitación de una moción presentada por el diputado Jaime Orpis, modificatoria de la Ley N<sup>º</sup> 18.838, con el objeto de prohibir el empleo de sistemas de medición

de audiencia en línea, “*resulta fundamental distinguir entre lo que es el “people meter” como un sistema de medición de audiencia y el “people meter on line”, que consiste en entregar a los canales de televisión información instantánea, minuto a minuto, sobre la audiencia que en ese mismo momento está viendo un determinado programa.*” (Informe de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado, 15 de junio de 2006, Boletín N° 3.543-15, pp. 7-8).

En esa misma oportunidad, el presidente de la Asociación Nacional de Televisión (ANATEL), señor Jaime Belollo, explicó que: “*Este instrumento opera desde hace aproximadamente diez años y los cambios en la programación se deben, fundamentalmente, a los cambios en las audiencias, hábitos, preferencias, fidelidad, opciones alternativas, transformaciones sociales y cambios económicos, los cuales son mucho más globales y no abarcan sólo a la televisión de nuestro país ni exclusivamente a los canales en que se usa el “people meter on line.”* (Informe de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado, 15 de junio de 2006, Boletín N° 3.543-15, p. 10).

6°. Que el inciso primero del artículo 19, N° 12°, de la Constitución Política, asegura a todas las personas: “*La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.*”;

7°. Que, precisando el alcance de este derecho fundamental, esta Magistratura afirmó, en su sentencia Rol N° 226, que “*ha sido invariablemente reconocido por la doctrina constitucional que el núcleo esencial del derecho consagrado en el artículo 19, N° 12, sobre la libertad de opinar y de informar reside en que estas libertades se pueden ejercer sin censura previa. Asimismo ha sido reconocido que nuestra Constitución ha consagrado en esta materia un sistema que importa resguardar el principio de libertad, ya establecido en el artículo 1°, inciso primero, de la Carta Fundamental, el que implica igualmente que el ejercicio de tales libertades significa una responsabilidad para quienes las ejercen. De esta manera, aquellos que al hacer uso de estas libertades cometan delitos o incurran en abusos deben afrontar las consecuencias penales y civiles que la ley establezca.*” (c. noveno). Más adelante agregó que “*si bien en la letra de la Ley Fundamental no aparece consagrado expresamente el derecho de recibir las informaciones, éste (también) forma parte natural y se encuentra implícito en la libertad de opinión y de informar, porque de nada sirven estas libertades si ellas no tienen destinatarios reales*” (considerando decimonoveno) y que “*ello no significa en ningún caso que se pueda obligar a alguna persona o a algún medio a entregar determinadas informaciones.*” (c. vigesimoprimer). (Énfasis agregado);

8°. Que esta forma de concebir la libertad de opinar y de informar –que, apreciada en conjunto, configura la denominada libertad de expresión– resulta del todo coincidente con la manera en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido el alcance de este mismo

derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en los siguientes términos:

*“Artículo 13 Libertad de Pensamiento y de Expresión.*

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*
  2. *El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:*
    1. *el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o*
    2. *la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*
  3. *No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.*
  4. *Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.*
- (...).”

Acorde con la norma recordada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que la censura *“tiene lugar cuando, por medio del poder público, se establecen medios para impedir en forma previa la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias, por cualquier tipo de procedimiento que condicione la expresión o la difusión de información al control del Estado, por ejemplo, mediante la prohibición de publicaciones o el secuestro de las mismas, o cualquier otro procedimiento orientado al mismo fin.”* (Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N<sup>º</sup> 135, párrafo 68).

La propia Corte Interamericana ha entendido que el artículo 13.3 de Convención no sólo prohíbe las restricciones gubernamentales, sino también los controles particulares que produzcan el mismo resultado, pues *“se viola dicho instrumento no sólo cuando el Estado impone a través de sus agentes restricciones indirectas sobre la circulación de ideas u opiniones, sino también cuando ha permitido que el establecimiento de controles particulares genere una violación de la libertad de expresión.”* (Caso Colegiación Obligatoria de Periodistas. Opinión Consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985. Serie A N<sup>º</sup> 5, párrafo 48);

Desde este punto de vista, se vulnera la libertad de expresión cuando, en forma anticipada, se coarta la emisión de informaciones, ya sea

producto de un acto del Estado o de los particulares. En ambos casos, se configura, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, responsabilidad internacional del Estado, aunque, en el segundo supuesto, producto de la falta de diligencia o cuidado del propio ente estatal.

Ahora bien, la citada vulneración alcanza tanto a la censura directa como a la indirecta, pues como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aparte de las violaciones extremas consistentes en la supresión de la libertad de expresión mediante acciones directas como la censura, será violatorio del artículo 13 de la Convención Americana, “*todo acto del poder público que implique una restricción al derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, en mayor o menor medida o por medios distintos de los autorizados por la misma Convención.*” (Caso Colegiación Obligatoria de Periodistas. Opinión Consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5, párrafo 55).

Lo anterior resulta consistente con lo afirmado en la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión expedida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en respaldo a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, específicamente en su numeral 13, que precisa: “*La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y crédito oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión.*” (Énfasis agregado);

9°. Que la consecuencia de que nuestra Constitución Política, congruente con lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos, prohíba la censura previa –directa o indirecta– es que las limitaciones o restricciones a la libertad de expresión sólo pueden configurar responsabilidades ulteriores en caso de delito o abuso en el ejercicio de tal libertad que, en nuestro caso, deben ser reguladas sólo por una ley de quórum calificado. Tal y como sostiene el requerimiento deducido: “*Además del control específico ejercicio por el CNTV (Consejo Nacional de Televisión) para velar por el correcto funcionamiento (de los servicios de televisión), la ley 19.733, sobre Libertad de información y Ejercicio del Periodismo, y el Código Penal regulan en forma genérica la responsabilidad por los delitos y abusos que se cometan al ejercer la libertad de expresión, tanto en televisión como en otros medios de comunicación social.*” (Fojas 19);

10°. Que, como se ha recordado, el objetivo del sistema de medición conocido como “*people meter on line*” es recabar información referente a las



preferencias del público sobre los contenidos televisivos con la finalidad de que los servicios de televisión puedan definir o corregir sus parrillas programáticas. No se trata, ciertamente, del único instrumento para estos efectos, pues como ha señalado el Presidente de ANATEL, con ocasión del debate de la moción presentada por el Senador Jaime Orpis, hace unos años atrás, *“este sistema puede tener múltiples aplicaciones, entre ellas, la de determinar las preferencias del público para que el canal, de acuerdo a su línea editorial, sus valores y en cumplimiento de las directrices de la ley, determine sus contenidos seleccionando aquellos aspectos positivos de las preferencias del público.”* (Informe de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado, 15 de junio de 2006, Boletín N<sup>º</sup> 3.543-15, p. 10).

Así, lo que hace el *“people meter on line”* es recabar información proveniente, directamente, de quien, en definitiva, va a ser el destinatario del contenido televisivo. Esta información difiere, por cierto, de aquella que puede rotularse como *“noticia”*, en la medida que ésta cubre los hechos de la actualidad, nacional o extranjera.

Y es que el concepto de información no se agota en la noticia sino que es más amplio, como se desprende del significado que le ha dado la Corte de Apelaciones de Santiago, en el fallo del caso Impunidad Diplomática, oportunidad en la que precisó que información es el *“caudal de conocimientos que incluyen tanto la narración objetiva de los hechos, como las imágenes, descripciones, signos, símbolos y comentarios subjetivos.”* (Sentencia Rol N<sup>º</sup> 383-93, de 31 de mayo de 1993, considerando 7<sup>º</sup>. En Revista *“Fallos del Mes”* N<sup>º</sup> 415, junio 1993).

El *“people meter on line”*, en cuanto sistema neutro y, por ende, objetivo, describe tendencias y, bajo esa óptica, puede ser considerado como parte de las fuentes de información cuya libertad de acceso, por parte de los medios televisivos, les está garantizada por el artículo 19, N<sup>º</sup> 12<sup>º</sup>, inciso primero, en relación con su derecho a *“operar”* tales servicios, asegurada, a su vez, por el inciso quinto del mismo numeral de la Constitución Política.

Así, prohibir o impedir el acceso a una fuente de información, como la que hoy constituye el *“people meter on line”*, configura una censura previa indirecta, prohibida por el artículo 19, N<sup>º</sup> 12<sup>º</sup>, inciso primero, de la Carta Fundamental, porque limita, en forma anticipada, la facultad de los servicios de televisión de conocer preferencias, tendencias, gustos u orientaciones del público, cuya consideración tiende a influir directamente en la definición de los contenidos de la programación que imparten en virtud de su facultad de *“operar”* estaciones de esa naturaleza.

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino**, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento, fundados en las siguientes razones:

I  
PLANTEAMIENTO

1°. Que la libertad de expresión desempeña un papel fundamental en la sociedad democrática, pues permite el debate de ideas, el intercambio de puntos de vista, emitir y recibir mensajes, la libre crítica, la investigación científica, el debate especulativo, la creación artística, el diálogo sin restricción, censura ni temor y la existencia de una opinión pública informada (STC 567/2010). Constituye un verdadero presupuesto que posibilita el ejercicio y disfrute de otras libertades fundamentales para que opere el régimen democrático (Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio, y Nogueira, Humberto; Derecho Constitucional, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 225);

2°. Que la libertad de opinar e informar tiene dos fundamentos principales, señala la doctrina (Bronfman Vargas, Alan; Martínez Estay, José Ignacio; Núñez Poblete, Manuel; Constitución Política comentada; Editorial Abeledo Perrot, Santiago, 2012, p. 258). Por una parte, asumiendo que la democracia es el gobierno por discusión, es necesario permitir que ésta se produzca en toda su extensión. Por la otra, el progreso surge de la libre confrontación de las ideas;

3°. Que la Constitución robustece la idea de libertad de expresión a través de distintos mecanismos.

En primer lugar, al calificar la garantía como “libertad de emitir opinión y de informar” (artículo 19, N° 12°). Con ello se reconoce ausencia de todo tipo de restricción u obstáculo en la emisión, divulgación y recepción de la opinión o información (Bronfman, Martínez y Núñez, ob. cit., p. 274). No se necesita permiso previo para opinar o informar (Cea, José Luis; Derecho Constitucional chileno, tomo II, Ediciones PUC, Santiago, 2012, p. 387).

En segundo lugar, por la vía de establecer que esta libertad se puede ejercer “*en cualquier forma y por cualquier medio*”. Con la primera expresión, se subraya que ésta se puede realizar de manera oral o escrita, mediante sonidos, signos, imágenes, figuras, etc. Recordemos que nuestras primeras Constituciones sólo reconocían la libertad de imprenta (artículo 23 del Reglamento Constitucional Provisorio de 1812; artículo 225 de la Constitución de 1822; artículo 262 de la Constitución de 1823; artículo 18 de la Constitución de 1828 y artículo 12, N° 7, de la Constitución de 1833). Con la segunda, se alude a las radios, prensa, revistas, folletos, televisión, internet (Cea, José Luis; ob. cit., p. 388; Silva Bascuñán, Alejandro; Tratado de Derecho Constitucional, tomo XII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 320; Nogueira, Humberto; Derechos fundamentales y garantías constitucionales, tomo I, Editorial Librotecnia, Santiago, 2007, p. 599).

En tercer lugar, al establecer que dicha libertad se ejerce “sin censura previa”. La censura directa consiste en un control o examen verificado antes de la comunicación o divulgación, realizado por una autoridad o por un particular, que puede traducirse en impedir, limitar o dificultar la publicación o difusión de la opinión o información. Esta Magistratura ha señalado que la expresión “sin censura previa” equivale a “sin interferencia de nadie” (STC Rol N<sup>º</sup> 226) y puede consistir no sólo en una acción negativa (impedir la difusión), sino también puede consistir en una acción positiva: imponer que se entregue una información (STC Rol N<sup>º</sup> 226). La noción de ausencia de censura previa dispuesta por la Constitución abarca también a los medios indirectos que la pueden producir. En tal sentido, el artículo 13.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos describe que *“no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”*. Es tan reprochable la censura como la autocensura. Esta última es el silencio que se impone a sí mismo quien va a informar u opinar, por razones de conciencia, prudencia, de oportunidad, de temor o de conveniencia personal, comercial o institucional (Cea, José Luis; ob. cit., p. 387). Asimismo, si la censura no es previa, no es tal, desde que la libertad de expresión fue ejercida (Cea, José Luis; ob. cit., p. 388). Para la doctrina este principio de la no censura previa va asociado al de responsabilidad, pues todo el sistema está basado en que primero se emite la opinión y si hay delito o abuso, se incurre en responsabilidad. Hay, por tanto, una opción por preferir un sistema represivo, a uno preventivo (Silva Bascuñán, A., ob. cit., p. 317).

En cuarto lugar, la Constitución establece que toda persona tiene derecho a fundar, editar y mantener medios de comunicación social. Con la expresión “fundar” se alude no sólo al establecimiento, sino al diseño y creación del medio. La voz explotar apunta a la comercialización o distribución. Y la expresión “mantener”, a que éstos puedan seguir existiendo como tales (Silva Bascuñán, A.; ob. cit., p. 349-350).

Finalmente, la Carta Fundamental prohíbe la existencia de un monopolio estatal sobre los medios de comunicación social. Es decir, el Estado no puede ser dueño exclusivo y único de todos los medios de comunicación social, como tampoco ejercer exclusividad sobre una clase de ellos (Silva Bascuñán, A.; ob. cit., p. 346). Sin embargo, por aplicación del artículo 19, N<sup>º</sup> 21, tampoco deben existir monopolios privados, que pongan en peligro el pluralismo informativo, esto es, la expresión de la diversidad social, cultural, política y regional del país (artículo 3<sup>º</sup>, Ley N<sup>º</sup> 19.733). Sin embargo, para los medios de comunicación social no basta con la ausencia de monopolio sino que el legislador ha configurado exi-

gentes reglas que eviten la concentración del mercado y favorezcan la promoción de la libre competencia. Así, por ejemplo, cualquier hecho o acto relevante relativo a la modificación o cambio en la propiedad de un medio de comunicación social deberá ser informado a la Fiscalía Nacional Económica (artículo 38 de la Ley 19.733);

4°. Que, sin embargo, la televisión no sigue todos estos criterios. En primer lugar, porque la titularidad de este medio de comunicación social es restringida. Mientras *“toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener”* medios escritos (diarios, revistas y periódicos), *“establecer, operar y mantener estaciones de televisión”* sólo recae en *“el Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine”* (artículo 19 constitucional, N° 12°, incisos cuarto y quinto). Consecuente con ello, la Ley N° 18.838 establece que sólo pueden ser titulares de una concesión de servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción, las personas jurídicas de derecho público o privado, constituidas en Chile y con domicilio en el país (artículo 18), excluyendo las titularidades de personas naturales y de personas jurídicas constituidas en el extranjero.

En segundo lugar, existe un órgano *“encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación”*. Este órgano es el Consejo Nacional de Televisión (artículo 19 de la Constitución, N° 12°, inciso sexto). Dicho organismo, si bien no puede intervenir en la programación, porque los canales son exclusiva y directamente responsables de cualquier programa que difundan (artículo 13, Ley N° 18.838), debe velar por que estos medios se ajusten *“estrictamente a un correcto funcionamiento”* (artículo 12, Ley N° 18.838). En virtud de ello, por una parte, puede sancionarlos por infringir dicho mandato constitucional con amonestaciones, multas y suspensiones; incluso con la caducidad de la concesión (artículo 33 de la Ley N° 18.838). Por la otra, puede dictar normas generales para impedir efectivamente la transmisión de ciertos programas (aquellos que *“contengan violencia excesiva, truculencia, pornografía o participación de niños o adolescentes en actos reñidos con la moral o las buenas costumbres”*) (artículo 12 de dicha ley, inciso segundo).

En tercer lugar, porque el legislador ha establecido gravámenes respecto de este medio de comunicación que no tienen los otros. Así sucede con la franja gratuita de televisión para las campañas políticas de elección de Presidente de la República y de parlamentarios o con ocasión de plebiscitos nacionales (artículo 31, Ley N° 18.700, sobre Votaciones Populares y Escrutinios), considerada como una limitación mesurada y razonable por esta Magistratura (STC Rol N° 56). Para el cumplimiento de sus funciones, en tanto satisfactor de una necesidad social, la televisión, de manera muy especial, debe considerar los intereses generales de la colectividad; en efecto, ella cumple una verdadera función de utilidad

pública; y como medio de comunicación, ha de servir para comunicar e integrar al país (STC Rol N<sup>º</sup> 56).

En cuarto lugar, en el caso de la televisión, la regla es más exigente en materia de libre competencia entre los agentes que la operan, puesto que cualquier modificación de la propiedad de los canales deberá contar con informe previo de la Fiscalía Nacional Económica, referido al efecto de tal mutación sobre la competencia. Y si el informe es desfavorable, será responsabilidad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la resolución de este potencial efecto (artículo 38 de la Ley 19.733). Tampoco puede haber dos canales del mismo propietario en una misma zona de servicio;

5°. ¿Qué razones explican esta particularidad de la televisión en el tratamiento constitucional? En primer lugar, la titularidad restringida y selectiva para obtener concesiones de televisión (STC roles N<sup>OS</sup> 56 y 2.022).

En segundo lugar, su régimen regulatorio tiene su fundamento en el fuerte impacto e influencia de este medio en la sociedad. La televisión es una plataforma técnica amplia que se vincula estrechamente con el cumplimiento de muchísimos derechos fundamentales. La televisión misma aspira a ser ella el espejo de la sociedad que proyecta, para lo cual refuerza su vínculo amplio con las audiencias. Las personas ven muchas horas de televisión al día; tienen en ella una fuente de información privilegiada; penetra en todos los sectores sociales; al utilizar elementos auditivos y audiovisuales, impacta más que la prensa escrita (Silva Bascuñán, A.; ob. cit., pp. 348 y 360).

En tercer lugar, al utilizar el espectro radioeléctrico, usa un bien nacional de uso público, por definición limitado (Cea, José Luis; ob. cit., p. 402; Bronfman, Martínez y Núñez, ob. cit., p. 283);

6°. Que el hecho de que la Constitución garantice que entidades privadas, junto al Estado y a las universidades, puedan establecer, operar y mantener estaciones de televisión, implica que éstas deben autofinanciarse. Es decir, generar los ingresos para cubrir sus costos de operación y, si se persigue fines de lucro, obtener la ganancia correspondiente.

Esta regla se aplica incluso a Televisión Nacional de Chile, empresa que, de un lado, no puede comprometer el crédito público; y, del otro, no puede obtener financiamientos, créditos, aportes, subsidios, fianzas o garantías del Estado o de cualesquiera de sus organismos, entidades o empresas, sino en los casos en que ello fuere posible para el sector privado y en iguales condiciones (artículo 25, Ley N<sup>º</sup> 19.132). Por lo mismo, el Gobierno no puede obligar a la empresa a proporcionarle servicio alguno sin la debida compensación económica, la cual debe ser a valor de mercado (artículo 28, Ley N<sup>º</sup> 19.132);

7°. Que lo anterior debe contextualizarse en un doble sentido. Por una parte, la Constitución no garantiza rentabilidades económicas. Por

la otra, los medios de comunicación social deben tener en cuenta que no sólo existe una dimensión individual de la libertad de opinión e información, sino que también hay una dimensión social, representada por el derecho de la comunidad a recibir informaciones. Como lo dijo esta Magistratura, si bien el derecho a recibir información no aparece consagrado expresamente, éste forma parte natural de la libertad de expresión, porque de nada sirven estas libertades si ellas no tienen destinatarios reales (STC Rol N° 226). En el mismo sentido, se ha expresado la doctrina (Cea, José Luis; ob. cit., p. 383; Silva Bascuñán, A.; ob. cit., p. 295; Verdugo, Pfeffer y Nogueira; ob. cit., p. 255). Este derecho es el derecho que tienen los integrantes de la sociedad política a obtener oportunamente, de fuentes sólidas y objetivas, las noticias y los antecedentes que requieran, para quedar en condiciones de aprovecharlos en la preparación y ejecución de sus respectivas labores. Su propósito no es contribuir a la formación de la voluntad de los demás, sino que hacer posible la formación de la propia voluntad (Silva Bascuñán, A.; ob. cit., p. 294).

Por lo mismo, si bien no se puede obligar a un medio a entregar determinadas informaciones (STC Rol N° 226), no puede haber autocensura determinada en base a *rating*, so pretexto de mejorar las rentabilidades, porque eso afecta el derecho a recibir información y desvirtúa la libertad de informar;

## II CRITERIOS INTERPRETATIVOS

8°. Que, para un adecuado razonamiento sustentatorio de la decisión en el caso de autos, es necesario considerar una serie de criterios interpretativos.

El primero de ellos es la interpretación sistemática. La Constitución no es la sumatoria de un conjunto aislado de preceptos, sino que un todo armónico y sistemático. Por lo mismo, no puede privilegiarse una interpretación que imponga una norma en desmedro de otra (STC roles N°s 33, 42, 43). Así, no puede sostenerse la autonomía de los grupos intermedios, consagrada en el artículo 1° de la Constitución, en contraposición con la potestad legislativa para regular una actividad económica (artículo 19, N° 21; artículo 46; artículos 63 y siguientes, de la Constitución);

9°. Que, en segundo lugar, una parte medular del requerimiento sostiene que la regulación establecida en el precepto impugnado carece de justificación. Sin embargo, para analizar ese reproche, hay que considerar, por una parte, que nuestro examen no consiste en sustituir las razones del legislador por las que consideramos más adecuadas o convenientes. Nos debemos limitar a verificar si estas razones existen, si son suficientes y si son coherentes con las medidas adoptadas (STC roles

N<sup>os</sup> 1.295). Por la otra, esta Magistratura no puede enjuiciar el conjunto de apreciaciones de conveniencia u oportunidad política que llevan a la adopción de una fórmula regulatoria. Este Tribunal no puede juzgar la sabiduría o el mérito que emplea el legislador (STC roles N<sup>os</sup> 792, 1.065, 1.345 y 1.295);

**10°.** Que, en tercer lugar, esta Magistratura, como ya se indicó, ha analizado limitaciones o gravámenes que se imponen a la televisión (STC Rol N<sup>o</sup> 56). Para definir la legitimidad de estas restricciones, ha considerado tres criterios. Por de pronto, el que la obligación que se impone sea mesurada y razonable. Este criterio lo ha reiterado con posterioridad en otros exámenes de preceptos legales (STC roles N<sup>os</sup> 146, 167, 253, 506, 1.141 y 1.215). Enseguida, el que la actividad cumpla una función pública (este criterio lo ha ratificado en la STC Rol N<sup>o</sup> 506). Finalmente, ha considerado si la actividad afectada tiene privilegios. Este criterio lo ha vuelto a emplear esta Magistratura en las sentencias roles N<sup>os</sup> 1.863, 1.986, 1.991, 1.992 y 1.993;

**11°.** Que, finalmente, la norma impugnada forma parte de un proyecto que permite la introducción de la televisión digital en el país. Por lo mismo, ese proyecto contempla una serie de regulaciones destinadas a obtener tal propósito. Hay normas que son favorables para la televisión y otras que constituyen obligaciones o cargas. Pero no puede considerarse legítima únicamente la legislación favorable y rechazar la desfavorable;

### III

#### LA NORMA IMPUGNADA

**12°.** Que la norma que se impugna, textualmente, dispone lo siguiente:

*“A los prestadores de servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción y de servicios limitados de televisión, se les prohíbe el uso de sistemas de medición de audiencia en línea. Por la contravención a esta norma se impondrán las sanciones contempladas en el artículo 33 de esta ley.”;*

**13°.** Que lo primero que cabe señalar, es que la norma se inserta en una serie de obligaciones relativas a la programación que tiene la actual regulación, fundada en el principio del correcto funcionamiento del medio, contemplado en la Constitución y en la Ley N<sup>o</sup> 18.838. En materia legal, cabe destacar, desde luego, que los canales de televisión están obligados a transmitir una hora de programas culturales a la semana, en horas de alta audiencia, quedando a criterio de cada concesionario determinar el día y la hora de aquello (artículo 12, letra I, de la Ley N<sup>o</sup> 18.838). Enseguida, que un 40% de la programación que se transmite, debe ser de producción chilena (artículo 13). En tercer lugar, en los programas de opinión y debate, debe respetarse el pluralismo (artículo 14).

Asimismo, la ley también establece una serie de regulaciones que afectan la organización empresarial de la industria televisiva. Ya se indicó que si se trata de un privado, la concesión sólo puede recaer en personas jurídicas constituidas en Chile y con domicilio en el país (artículos 15 y 18, Ley Nº 18.838). También hay una serie de obligaciones para evitar la concentración de medios (artículo 15, Ley Nº 18.838, y 38 de la Ley 19.733). Del mismo modo, las concesionarias deben informar al Consejo Nacional de Televisión cualquier cambio en su plana directiva (artículo 19, Ley Nº 18.838). Además, se requiere la autorización de dicho Consejo para cualquier transferencia, cesión u otorgamiento del derecho de uso (artículo 16, Ley Nº 18.838). Finalmente, no se puede delegar la transmisión (artículo 16, Ley Nº 18.838);

**14°.** Que, en segundo lugar, la norma impugnada forma parte de una serie de otras limitaciones u obligaciones que el proyecto en que se ubica, establece. Desde luego, se contempla la nueva obligación de transmitir gratuitamente campañas de utilidad o interés público, las que no pueden durar más de 5 semanas al año ni más de 90 segundos por cada transmisión, con un tope de 14 transmisiones a la semana. Enseguida, se aumenta de una a cuatro horas a la semana la emisión obligatoria de programas culturales. A continuación, el proyecto establece toda la regulación que implica la incorporación de la televisión digital, consagrando obligaciones al respecto (por ejemplo, cobertura digital de 85% de la población comprendida en la zona de servicio en los primeros tres años y cinco años para cobertura digital total; la obligación de replicar la misma transmisión digital en la analógica) y privilegios (como la reserva de frecuencia para los actuales operadores);

**15°.** Que, en tercer lugar, el proyecto original del Ejecutivo, que dio origen al boletín 6190-19, establecía duraciones máximas de tandas de publicidad. Ello fue suprimido durante la tramitación;

**16°.** Que, en cuarto lugar, es necesario puntualizar lo que la norma no establece, para evitar malos entendidos.

Lo primero es que la norma impugnada no establece una prohibición para desarrollar la actividad económica de proveer el servicio de *people meter*. La o las empresas interesadas en hacerlo, pueden seguir llevando a cabo dicho emprendimiento.

Lo segundo es que la norma no se pronuncia sobre si el sistema de medición de audiencia instantánea es contratado o autoproducido. Prohíbe el uso, sea que se contrate a una compañía cuyo propósito es dicha venta, o a un intermediario, que tiene, a su vez, dicho contrato y que le provee diversos servicios al canal de televisión.

Lo tercero es que la norma tampoco establece ni una obligación ni una prohibición de contratación del servicio de *people meter* por los prestadores de servicio de radiodifusión televisiva;



**17°.** Que lo que la norma hace es, por una parte, prohibir “el uso de sistemas de medición de audiencia en línea”. Por lo mismo, la norma impide tomar decisiones de programación o de transmisión en base a este sistema de medición de audiencias. Se pueden adoptar estas decisiones en base a otros sistemas. Por la otra, no se prohíben los sistemas de medición de audiencias. Sólo se impide usar aquellos que operan en línea. No hay inconveniente en que se contraten sistemas de medición que no sean en línea;

**18°.** Que la norma no establece qué debe transmitirse, ni el horario de los programas, ni la naturaleza de éstos;

**19°.** Que la norma tiene como sujetos pasivos a “los prestadores de servicios de radiodifusión televisiva”, que son los destinatarios de su mandamiento, porque son los que utilizan este servicio. La medición de audiencia en línea no la emplean los diarios, las revistas, ni los radios;

**20°.** Que, finalmente, la norma entrega al Consejo Nacional de Televisión la atribución de velar por su respeto, pues establece que su infracción genera las sanciones contempladas en el artículo 33 de la Ley N<sup>º</sup> 18.838, las que aplica dicho organismo;

#### IV

#### LAS RAZONES PARA RECHAZAR EL REQUERIMIENTO

**21°.** Que ahora estamos en condiciones de entrar al fondo del requerimiento formulado. Este se sustenta en que la norma impugnada vulnera la libertad de expresión, pues constituye una censura indirecta. También es una prohibición ilícita, pues éstas solamente las puede disponer el juez para el caso concreto, afectándose con ello el artículo 19, N<sup>º</sup> 21°, de la Constitución. Asimismo, vulnera el derecho a establecer, operar y mantener estaciones de televisión. También afecta la igualdad ante la ley. Finalmente, afecta la autonomía de los grupos intermedios.

Partiremos por este último argumento;

##### **1. No se vulnera la autonomía de los grupos intermedios.**

**22°.** Que, durante los alegatos, se incluyó el argumento de que la norma afecta la autonomía de los grupos intermedios. Se sostiene que la regulación contenida en el precepto impugnado afecta dicho mandato constitucional, consagrado en el artículo 1° de la Constitución;

**23°.** Que compartimos que las empresas que tienen concesión de radio o televisión son grupos intermedios. Tienen las características que esta Magistratura ha definido para ellos: son agrupaciones creadas en virtud del derecho de asociación; son asociaciones distintas al aparato público; por lo mismo, son conocidas también como organizaciones no gubernamentales; y tienen fines propios distintos a los del Estado y sus órganos (STC Rol N<sup>º</sup> 1.295);

**24°.** Que a estas asociaciones la Constitución les garantiza su autonomía. Esta se configura, entre otros rasgos esenciales, por “*el hecho de regirse por sí mismas; esto es, por la necesaria e indispensable libertad para organizarse del modo más conveniente según lo dispongan sus estatutos, decidir sus propios actos, la forma de administrarse y fijar los objetivos o fines que deseen alcanzar, por sí mismas y sin injerencia de personas o autoridades ajenas a la asociación, entidad o grupo de que se trata*” (STC Rol N° 184).

La autonomía “*es la potestad o capacidad de gobierno, mediante autoridades y normas propias, que incumbe a cada grupo intermedio. Autonomía es, en este sentido, libertad de formación, de organización y actuación frente al Estado y a otros grupos. El Estado, entonces, señala el marco normativo global dentro del cual los grupos intermedios se desenvuelven, pero se compromete a respetar el derecho de ellos a dictar su normativa y a hacerla cumplir por medios propios*” (Cea, José Luis; Derecho Constitucional chileno; tomo I, Ediciones PUC, Santiago, 2008, p. 178);

**25°.** Que, sin embargo, esta autonomía no es absoluta. Por de pronto, “*porque no significa, en modo alguno, que puedan estos entes actuar de manera ilegal, dañosa o ilícita, amparándose en la referida autonomía, ya que de incurrir en excesos en su actuación quedan, obviamente, sujetos a las responsabilidades consecuenciales*”. (STC Rol N° 184).

Enseguida, porque lo que la Constitución garantiza es “*la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos*”. “*Adecuada*” significa “*apropiada, proporcionada o conveniente para los fines específicos del grupo*” (Cea, José Luis; ob. cit., pág. 178).

Finalmente, porque si intervienen “*indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos*”, son sancionables en conformidad a la ley (artículo 23, Constitución);

**26°.** Que, en tal sentido, autonomía no es sinónimo de imposibilidad para que el legislador regule a estos grupos intermedios. Por de pronto, porque es la manera en que el Estado los “reconoce y ampara”. Enseguida, porque varios de estos grupos intermedios tienen derechos específicos, consagrados en el artículo 19 constitucional, que reflejan dicho mandato de reconocimiento y amparo. Así sucede con los sindicatos (artículo 19, N° 19°), las empresas (artículo 19, N° 21°), las asociaciones en general (artículo 19, N° 15°). Asimismo, es la misma Constitución la que establece que tratándose de las empresas, esta actividad debe llevarse a cabo “*respetando las normas legales que las regulan*” (artículo 19, N° 21°). Del mismo modo, la potestad legislativa tiene también rango constitucional. El legislador está llamado a dictar normas generales y obligatorias, de modo que cuando cumple esa tarea, no realiza una intromisión ilegítima en dicha autonomía;

**27°.** Que dicha intervención legislativa, por definición, afecta la autonomía, porque establece restricciones, limitaciones, obligaciones. Sin embargo, lo relevante es que no la elimine y que no la restrinja gravemente;

**28°.** Que si bien la autonomía puede interpretarse como autorregulación, tratándose de los sujetos activos de la libertad de opinión e información en materia televisiva, es la propia Constitución la que convoca a la ley en el artículo 19, N<sup>º</sup> 12°. El vínculo de los medios de comunicación con la autonomía de los cuerpos intermedios es una relación de precisión para ejercer la libertad jurídica. Sin embargo, el vínculo del medio de comunicación con el estatuto del artículo 19, N<sup>º</sup> 12°, es una relación de medio a fin sin el cual no se obtiene un ejercicio práctico del derecho invocado siendo norma especial aplicable. Por una parte, respecto de la configuración de este derecho en relación a todo medio de comunicación social. Así, la ley es convocada para regular los delitos y los abusos que se cometan en su ejercicio (artículo 19, N<sup>º</sup> 12°, inciso primero). También es la Constitución la que establece que es la ley la que no puede establecer el monopolio estatal sobre los medios de comunicación (artículo 19, N<sup>º</sup> 12°, inciso segundo). Asimismo, la ley es llamada a definir el derecho de aclaración o rectificación. Además, es la ley la que debe señalar las condiciones para que las personas puedan fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos. Finalmente, no hay que olvidar que es la Ley N<sup>º</sup> 19.733 la que regula las libertades de opinión e información y el ejercicio del periodismo.

Por otra parte, respecto específicamente de la televisión, la ley es convocada en dos aspectos. De un lado, para determinar qué personas o entidades distintas del Estado o de las universidades puede establecer, operar y mantener estaciones de televisión. Del otro, porque es una ley de quórum calificado la que debe regular la organización y atribuciones del Consejo Nacional de Televisión. Dicha ley es la Ley N<sup>º</sup> 18.838, que establece que sólo pueden ser titulares de concesión de servicio de radiodifusión televisiva, no las personas naturales, sino las personas jurídicas, constituidas en Chile y con domicilio en el país, regulando el procedimiento para el otorgamiento de dicha concesión. En virtud de la misma facultad constitucional, la mencionada ley regula la supervigilancia y fiscalización que el Consejo Nacional de Televisión ejerce sobre los servicios de televisión, facultándolo para sancionar, incluso con la caducidad de la concesión, si se incurre en ciertas infracciones;

**29°.** Que, por otra parte, no puede considerarse que la prohibición de uso de sistemas de medición de audiencia en línea afecte dicha autonomía.

En primer lugar, porque no es muy distinta a otras regulaciones de igual tipo que tiene la televisión, tanto en la ley vigente como en el proyecto de ley en que se inserta la norma cuestionada. Por ejemplo, el artículo 13 de la Ley N<sup>º</sup> 18.838 prohíbe *“la transmisión o exhibición de películas calificadas con contenido pornográfico o excesivamente violento”*.

En segundo lugar, la norma no afecta que la programación del canal respectivo sea de entera y exclusiva responsabilidad de éste (artículo 13).

De hecho, la norma se propone para agregarla como inciso final de dicho precepto. Justamente cada canal de televisión se obliga a anunciar previamente su programación y, salvo situaciones excepcionales, debiera estar desvinculada su programación del sistema de medición de audiencia.

En tercer lugar, la televisión está constitucionalmente estructurada en base a que debe brindar el servicio con un “correcto funcionamiento”. Dicho concepto no está definido en la Constitución, sino que ha sido precisado por el legislador. Por lo mismo, éste puede establecer qué queda comprendido dentro de este concepto. La televisión está destinada a transmitir contenidos a terceros. Para ese propósito, se le reconoce autonomía. Pero si sacrifica la libertad de recibir información, por el propósito de recibir mayores utilidades, distorsiona esa autonomía;

**30°.** Que, entonces, no consideramos que se afecte la autonomía de los grupos intermedios;

**2. No se afecta la igualdad ante la ley.**

**31°.** Que, en estrados, también se sostuvo que se afectaba la igualdad ante la ley, toda vez que mientras el resto de los medios de comunicación social pueden establecer mediciones sobre la circulación o la audiencia, no lo podría hacer la televisión;

**32°.** Que, al respecto, cabe señalar que la actividad económica de proveer la medición de audiencia es una actividad desregulada, pues no hay una ley que así lo establezca. De hecho, durante la tramitación del proyecto de ley que se transformó en la Ley N° 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, hubo una indicación que no prosperó para que fuera el Instituto Nacional de Estadísticas quien licitara la elaboración de estadísticas sobre la circulación de la prensa escrita y la medición de la radio y la televisión. En materia de diarios, tal función la lleva a cabo una organización no gubernamental denominada Valida, formada por la Asociación Nacional de Avisadores, la Asociación Chilena de Agencias de Publicidad y los principales medios gráficos del país. Esta organización emite un boletín sobre circulación de medios;

**33°.** Que nada impide que el legislador establezca una regulación en la materia, para todos los medios o para algunos. En este caso, la norma impugnada establece la restricción de uso de la medición en línea;

**34°.** Que, como hemos señalado, la norma no establece una prohibición de medición de audiencia. Sólo establece que no puede haber una medición en línea. Todas las demás mediciones quedan permitidas. Por lo mismo, desplaza la oportunidad de una determinada información en horas;

**35°.** Que el hecho de que sólo afecte a la televisión, tiene justificación. Por de pronto, ya hemos señalado que la Constitución trata de manera diferenciada a la televisión de los otros medios de comunicación social.

Por lo mismo, puede establecer una regulación especial. Enseguida, el proyecto en que se inserta la norma tiene que ver con la televisión, no con otro medio. De hecho, es de artículo único, donde lo que se modifica es la Ley N<sup>º</sup> 18.838. Y se vería afectada la idea matriz del mismo si se incorporan otras regulaciones. Finalmente, la sintonía de audiencia en línea es aplicable a la televisión. De ahí que se establezca la normativa en relación a este servicio;

**36°.** Que la norma, por otra parte, se aplica a todos los concesionarios de radiodifusión televisiva de libre recepción y de servicios limitados de televisión. Se aplica, en consecuencia, a todos los sujetos involucrados, no sólo a algunos;

**37°.** Que no consideramos, en consecuencia, que se afecte la igualdad ante la ley;

### **3. La norma no establece una censura indirecta.**

**38°.** Que el requerimiento sostiene que la norma impugnada establece una verdadera censura indirecta para acceder a fuentes de información. Como las concesiones de televisión son de libre recepción, se financian vía publicidad. Por lo mismo, no se cobra por ellas. Los medios de televisión no hacen caridad; ejercen una industria de la libertad de expresión. La norma prohíbe contratar una modalidad de un insumo que orienta decisiones de mercado;

**39°.** Que, al respecto, cabe señalar, en primer lugar, que durante la tramitación de la iniciativa, la norma se fundó en los siguientes argumentos. De un lado, se sostuvo que la medición en línea de la audiencia no apunta a mejorar la calidad de la programación. Con este tipo de medición, se compute no por dar buenos programas, sino por tener buen *rating*, porque con eso se cobra más a las empresas auspiciadoras. Del otro, se sostuvo que se manipulan programas, alterando su contenido original, pues por el *rating* hay que poner información que lo mantenga o suba, obligando a los medios a no difundir noticias, a difundir noticias que no son tales, a potenciar notas policiales o deportivas, o catástrofes, que suban la sintonía (Intervención del Diputado Carlos Montes, en sesión 7a., miércoles 23 de marzo de 2011, Legislatura 359; y de la Diputada María Antonieta Saa, en sesión 10a., de miércoles 6 de abril de 2011, Legislatura 359);

**40°.** Que este Tribunal puede no compartir esas razones. Pero entrar en ese tipo de análisis es un razonamiento de mérito, ajeno a sus competencias. Lo que sí nos corresponde hacer es calificarlas, sin sustituir al legislador.

Como ésas son las razones que se dieron para establecer la medida, ellas, por de pronto, existen. Son también suficientes. No se trata de persuadir o de convencer. Y son consistentes con la medida adoptada. Pasan, por tanto, el test de la no arbitrariedad del legislador (STC Rol N<sup>º</sup> 1.295);

**41°.** Que, asimismo, la medida puede perfectamente enmarcarse, por una parte, en la dimensión social de la libertad de opinión y de información. Es decir, en el derecho a recibir información. En la medida que las decisiones de programación se orienten únicamente por el *rating*, se compromete seriamente esta dimensión de la libertad de opinión e información, pues se produce una verdadera autocensura del medio. Por la otra, se enmarca dentro del criterio del correcto funcionamiento de la televisión. Dado que la televisión opera con concesiones otorgadas por la autoridad, utilizando un espectro radioeléctrico limitado, no se puede enfrentar la disputa entre la rentabilidad, que emana de la necesidad de autofinanciamiento, y la libertad de opinión y de información, sacrificando esta última. La televisión se enmarca en un proceso tecnológico creciente y vertiginoso que estimula al ejercicio directo de la relación entre su programación y sus audiencias. Ese ejercicio se realizará cada vez más en línea. Para ello, el televidente y ya no solamente los concesionarios cuentan con mecanismos o redes sociales virtuales que permiten impactar sobre la programación. Tal vínculo o diálogo virtual modifica y seguirá cambiando las relaciones entre los actores de cada una de las puntas de un medio de comunicación social. Nada de ello es alterado por el legislador puesto que este mercado libre de ideas no puede ser impedido. Éste sólo realiza un ejercicio más depurado de este diálogo, restándole eficacia al componente publicitario medido en línea, pero sin imponer cambio ninguno a una relación que se intensificará por los efectos tecnológicos;

**42°.** Que, en segundo lugar, los medios de comunicación social, en la medida que están organizados como empresas, tienen una doble condición. Por una parte, ejercen la libertad de opinión e información. Por la otra, realizan una actividad económica.

No hay que confundir esos dos planos. Como actividad económica una empresa periodística está sujeta a una serie de regulaciones propias de ese giro. Por ejemplo, se rige por la Ley de Sociedades Anónimas (Ley Nº 18.046); eventualmente, por la Ley de Mercado de Valores (Ley Nº 18.045). En esta última ley, se prohíbe efectuar transacciones en valores con el objeto de estabilizar, fijar o hacer variar artificialmente los precios (artículo 52, Ley Nº 18.045). Nadie podría alegar que esa regulación afecta la libertad de opinión e información;

**43°.** Que lo mismo puede afirmarse respecto de la norma impugnada. Esta no afecta negativamente la libertad de informar o emitir opinión, sino que impacta en el carácter de empresa que pueda tener. Es una norma que se inserta en la organización industrial del medio.

Esta Magistratura ha calificado como ilegítimo que se obligue a un medio a entregar determinada información (STC Rol Nº 226). Nada tiene que ver la norma impugnada con ese ámbito. No se está prohibiendo un

programa, definiendo un contenido, estableciendo un horario de programación, “pauteando” al medio;

44°. Que tampoco la norma está impactando en la médula de la organización empresarial ni afecta el vínculo de ésta con los avisadores. Igual el medio tendrá acceso a una encuesta de medición, que en vez de ser en línea, llegará con unas horas de retraso. Igual podrá definir cuál es el comportamiento de la audiencia, a fin de focalizar su programación, para aumentar los niveles del *rating*. No es una medida abusiva o excesiva;

45°. Que no consideramos, en consecuencia, que se afecte el artículo 19, N<sup>º</sup> 12°, de la Constitución;

#### **4. La norma no afecta el artículo 19, N<sup>º</sup> 21°.**

46°. Que el último argumento hecho valer en el requerimiento es que las prohibiciones no las puede establecer el legislador; a lo más, las puede establecer el juez, para el caso concreto;

47°. Que no compartimos lo anterior. En primer lugar, porque el legislador puede prohibir una actividad. Lo que la Constitución exige es que se den razones válidas para ello;

48°. Que, en segundo lugar, en este caso no se prohíbe la actividad económica de prestar el servicio de medición de audiencia. La empresa que eventualmente lleva a cabo esta actividad, puede seguir comercializándola, incluso a los mismos canales, quienes no pueden usarla para tomar decisiones. Por su parte, el canal de televisión puede seguir contratando y usando los servicios de medición de la audiencia que no sean en línea;

49°. Que, en tercer lugar, la televisión ha sido gravada con una serie de regulaciones en su actividad. Unas están en ley vigente. Así sucede con la franja de televisión para las campañas electorales de Presidente de la República y parlamentarios. Otras se establecen en el propio proyecto en que se inserta la norma impugnada, como el aumento de las horas de programación cultural y artística; como la obligación de transmitir gratuitamente campañas de utilidad o interés público; como la obligación de replicar la misma transmisión en los canales de televisión digital y analógica.

Por lo mismo, la norma se suma a esa regulación, sin desentonar con ella ni en la forma ni en el fondo;

50°. Que, por tanto, no consideramos que se afecte el artículo 19, N<sup>º</sup> 21°, de la Constitución;

51°. Que, por todo lo antes expuesto, estos disidentes están por rechazar el presente requerimiento.

Redactó la sentencia el Ministro señor Domingo Hernández Emparanza, la prevención, su autora, y la disidencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander.

Notifíquese, comuníquese y archívese.

**Rol N° 2.358-2012**

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

**ROL N° 2.359-2012**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 15  
DE LA LEY N° 18.020 Y DEL ARTÍCULO 151, INCISO PRIMERO,  
DE LA LEY N° 18.834, DEDUCIDO POR  
ROSA ELIANA ARÉVALO MARTÍNEZ**

Santiago, dos de enero de dos mil trece.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1°. Que, con fecha 28 de noviembre del año en curso, doña Rosa Arévalo Martínez, representada por el abogado Alfredo Boettiger Bacigalupo, ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 15 de la Ley N° 18.020 y del artículo 151 de la Ley N° 18.834, para que surta efectos en el proceso caratulado “Arévalo con I. Municipalidad de Concepción”, Rol N° 288-2012, sustanciado ante la Corte de Apelaciones de Concepción;

2°. Que, a fojas 24, el señor Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento de autos ante la Primera Sala de esta Magistratura, que lo admitió a tramitación con fecha 10 de diciembre de 2012;

3°. Que al pronunciarse esta Sala, integrada por cuatro Ministros, sobre la admisibilidad del requerimiento, se produjo empate de votos;



4°. Que el artículo 92 de la Constitución Política establece, en la primera parte de su inciso quinto, que “*El Tribunal funcionará en pleno o dividido en dos salas. En el primer caso, el quórum para sesionar será de, a lo menos, ocho miembros y en el segundo de, a lo menos, cuatro. El Tribunal adoptará sus acuerdos por simple mayoría...*”;

5°. Que, conforme a lo dispuesto en los artículos 8°, letra g), y 9° de la ley orgánica de este Tribunal, es atribución del Presidente dirimir los empates, para cuyo efecto su voto será decisorio, salvo en los asuntos a que se refieren los números 6° y 7° del artículo 93 de la Constitución Política;

6°. Que el presente proceso es de aquellos a que alude el numeral 6° del artículo 93 de la Carta Fundamental, en los cuales, en virtud de las normas constitucionales y legales antes transcritas, está expresamente excluida la facultad del Presidente de dirimir los empates;

7°. Que el artículo 7°, inciso segundo, de la Carta Fundamental establece que “*Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.*”;

8°. Que, en consecuencia, no habiéndose alcanzado la mayoría exigida por la Constitución, no es posible declarar admisible el requerimiento de autos.

### **I. Voto por la declaración de admisibilidad**

**Los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake e Iván Aróstica Maldonado estuvieron por declarar la admisibilidad del requerimiento.** Lo anterior, pues consideran que el conflicto que plantea se refiere a la inconstitucionalidad de los preceptos reprochados, toda vez que convoca a este sentenciador a determinar si su aplicación vulnera o no el derecho a la igualdad ante la ley. De esta manera, el requerimiento se encuentra razonablemente fundado, cuestión que, junto al cumplimiento de los demás presupuestos de admisibilidad, hace procedente declararlo admisible.

### **II. Voto por la declaración de inadmisibilidad**

**Los Ministros señores Francisco Fernández Fredes y Domingo Hernández Emparanza estuvieron por declarar la inadmisibilidad del requerimiento.** A su juicio, lo pretendido por la actora es que esta Magistratura sentencie que la gestión judicial invocada debe resolverse conforme a las normas del Código del Trabajo. La pretensión citada, por consiguiente, envuelve un conflicto de interpretación de la ley, mas no de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, motivo por el cual el requerimiento no

se encuentra razonablemente fundado, incumpléndose de esta manera los presupuestos constitucionales y legales para poder ser declarado admisible.

Y TENIENDO PRESENTE lo establecido en los artículos 92, 93, inciso primero, N° 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política y en los artículos 8°, 9°, 83, 84 y demás normas pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**Que no habiéndose obtenido la mayoría suficiente para declarar su admisibilidad, el requerimiento deducido se declara inadmisibile. Déjese sin efecto la suspensión del procedimiento.**

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben.

Notifíquese y comuníquese.

Archívese.

**Rol N° 2.359-2012**

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente Subrogante, Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake, y por los Ministros señores Francisco Fernández Fredes, Iván Aróstica Maldonado y Domingo Hernández Emparanza. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

**ROL N° 2.360-2012**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 15  
DE LA LEY N° 18.020 Y DEL ARTÍCULO 151, INCISO PRIMERO,  
DE LA LEY N° 18.834, DEDUCIDO POR  
BEATRIZ RIVEROS SEPÚLVEDA**

**SENTENCIA DE INADMISIBILIDAD DE FECHA 2 DE ENERO DE  
2013, EN EL MISMO SENTIDO QUE LA RECAÍDA  
EN ROL N° 2.359-2012**

ROL N<sup>º</sup> 2.361-2012

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 20  
DE LA LEY N<sup>º</sup> 18.700, ORGÁNICA CONSTITUCIONAL  
SOBRE VOTACIONES POPULARES Y ESCRUTINIOS,  
Y DEL ARTÍCULO 119, INCISO TERCERO,  
DE LA LEY N<sup>º</sup> 18.695, ORGÁNICA CONSTITUCIONAL  
DE MUNICIPALIDADES, DEDUCIDO POR JAIME QUINTANA  
LEAL, PRESIDENTE DEL PARTIDO POR LA DEMOCRACIA

Santiago, cuatro de diciembre de dos mil doce.

Proveyendo al escrito de fojas 19, téngase por acompañado el documento, bajo apercibimiento legal, custódiese.

Proveyendo al escrito de fojas 20, téngase por acompañado el documento, bajo apercibimiento legal.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1°. Que, con fecha 29 de noviembre de 2012, Jaime Quintana Leal, Presidente del Partido por la Democracia, ha requerido a esta Magistratura solicitando la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 20 de la Ley N<sup>º</sup> 18.700, Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, y del inciso tercero del artículo 119 de la Ley N<sup>º</sup> 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, en el marco del recurso de apelación Rol N<sup>º</sup> 296-2012, de que conoce actualmente el Tribunal Calificador de Elecciones;

2°. Que, con fecha de hoy, esta Sala ordenó que, previo a resolver acerca de la admisión a trámite, se certificara por la Secretaria de este Tribunal el actual estado de la gestión invocada en el requerimiento y el estado de la presentación que rola a fojas 21 del presente proceso;

3°. Que, de conformidad a lo ordenado por esta Sala, con esta fecha, se certificó por la Secretaria de este Tribunal que la tramitación del recurso de apelación que constituye la gestión pendiente invocada se encuentra concluida, al rechazarse un recurso de reposición y dos solicitudes de nulidad procesal;

4°. 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 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.”;*

**5°.** 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 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.”;*

**6°.** 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<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 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.”;*

7<sup>º</sup>. Que esta Magistratura Constitucional, en oportunidades anteriores y atendido el mérito de cada caso particular, ha determinado que el requerimiento de inaplicabilidad interpuesto adolece de vicios o defectos tales que hacen imposible que pueda prosperar, siendo, así, impertinente que la Sala respectiva efectúe un examen previo de admisión a trámite y procediendo que la misma declare derechamente la inadmisibilidad de la acción deducida;

8<sup>º</sup>. 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, toda vez que no cumple con las exigencias constitucionales y legales antes transcritas, al no concurrir el presupuesto de verificarse la existencia de una gestión pendiente ante tribunal ordinario o especial, configurándose, en la especie, la causal de inadmisibilidad del número 3<sup>º</sup> del ya transcrito artículo 84 de la Ley N<sup>º</sup> 17.997.

**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 84 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.** Téngase por no presentado para todos los efectos legales.

**Adoptada con la siguiente prevención de los Ministros Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino:**

Que estos Ministros lamentan no poder entrar al análisis del fondo del conflicto de constitucionalidad planteado en esta causa, dada la importancia del asunto debatido, a objeto de aplicar algunos criterios jurisprudenciales desarrollados al efecto por esta Magistratura en las sentencias roles N<sup>os</sup> 141, 155 y 567 respectivamente.

Notifíquese.

Comuníquese al Tribunal Calificador de Elecciones.

Archívese.

### **Rol N<sup>o</sup> 2.361-2012**

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta Subrogante, la Ministra señora Marisol Peña Torres, y por los Ministros señores Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

## **ROL N<sup>o</sup> 2.362-2012**

### **REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 6 DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR, DEDUCIDO POR MICHELE GUERRA PASTÉN**

Santiago, veintiséis de diciembre de dos mil doce.

#### **VISTO Y CONSIDERANDO:**

Que consta en autos que la requirente no ha dado cumplimiento a lo ordenado por esta Sala por resolución de fecha 11 de diciembre pasado, escrita a fojas 15 y siguientes, y atendido el tiempo transcurrido,

#### **SE RESUELVE:**

**Que no se acoge a tramitación el requerimiento deducido a fojas uno.** Téngase por no presentado para todos los efectos legales.

Notifíquese por carta certificada.

Archívese.

**Rol N<sup>º</sup> 2.362-2012**

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 Carmo-  
na Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

**ROL N<sup>º</sup> 2.363-2012****REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 5, N<sup>º</sup> 3,  
DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR, DEDUCIDO POR LORENA  
FRIES MONLEON, DIRECTORA DEL INSTITUTO NACIONAL  
DE DERECHOS HUMANOS**

Santiago, catorce de enero de dos mil catorce.

**VISTOS:**

Con fecha 30 de noviembre de 2012, doña Lorena Fries Monleon, Directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos, ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 5<sup>º</sup>, N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup>, del Código de Justicia Militar, para que surta efectos en el proceso sobre apelación de declinatoria de competencia que se sustancia actualmente ante la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N<sup>º</sup> 3278-2012, en el cual lo impugnado es la resolución del Decimocuarto Juzgado de Garantía de Santiago por la que ese Tribunal se declaró incompetente en los autos RIT 11.115-2012, RUT 1210032844-3, sobre delito de apremios ilegítimos y tormentos, ordenando remitir los antecedentes a la Justicia Militar.

El texto del precepto legal cuya aplicación se objeta en autos dispone:  
*“Art. 5<sup>º</sup>. Corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento:*

*(...) N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup>. De las causas por delitos comunes cometidos por militares durante el estado de guerra, estando en campaña, en acto del servicio militar o con ocasión de él, en los cuarteles, campamentos, vivaques, fortalezas, obras militares, almacenes,*

*oficinas, dependencias, fundiciones, maestranzas, fábricas, parques, academias, escuelas, embarcaciones, arsenales, faros y demás recintos militares o policiales o establecimientos o dependencias de las Instituciones Armadas;”.*

El aludido proceso penal común, en el que incide el pronunciamiento de inaplicabilidad, se inició por querrela interpuesta por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, motivada por el trato físicamente vejatorio y denigrante que recibió la estudiante Francisca Jorquera Correa por parte de Carabineros de Chile, luego de ser detenida durante el desarrollo de la jornada de movilización convocada por la Asamblea de Coordinación de Estudiantes Secundarios, el día 23 de agosto de 2012. A juicio de aquel organismo, tales hechos configurarían el delito común de apremios ilegítimos y torturas, previsto y sancionado en el artículo 150-A del Código Penal, y la respectiva querrela la dedujo en contra de quienes resulten responsables. A solicitud del Ministerio Público, el Decimocuarto Juzgado de Garantía de Santiago se declaró incompetente para conocer de ella invocando el reprochado artículo 5°, N° 3°, del Código de Justicia Militar, el que, a juicio de dicho Tribunal, otorga competencia a la jurisdicción militar para conocer de procesos penales en los que interviene Carabineros de Chile, por haberse cometido el ilícito al ejecutar un acto de servicio. La reseñada resolución de incompetencia fue apelada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, encontrándose actualmente pendiente dicho recurso.

En el marco de la referida causa penal, el conflicto planteado a esta Magistratura consiste en determinar si resulta constitucional o no que, por aplicación de la disposición legal reprochada, del Código de Justicia Militar, sea la jurisdicción castrense la que conozca de un proceso por delito común, cometido por Carabineros, en circunstancias que la víctima es civil y menor de edad.

A juicio de la entidad requirente, si, en virtud de la disposición reprochada, se decide en el respectivo proceso penal que éste se radicará en la justicia militar, se vulnerarían diversas garantías procesales para defender los derechos de las víctimas civiles, infringiéndose con ello los artículos 1°, 4°, 19, numerales 1°, 2°, 3°, y 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, en relación –esta última norma constitucional– con diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, con valor material también de rango constitucional.

A efectos de fundamentar su requerimiento, la peticionaria cita jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial la relativa al denominado caso “Palamara”, en que se condenó al Estado de Chile. Indica que de este fallo se colige que la jurisdicción militar nunca es competente para conocer procesos en que esté involucrado un civil (sea como imputado o víctima) y que sólo tiene competencia para juzgar a militares en servicio activo y exclusivamente por delitos que atenten



contra bienes jurídicos propios del orden militar, es decir, de naturaleza militar.

Expone que lo anterior ha sido recogido en la normativa de diversos Estados y que en nuestro ordenamiento jurídico ello se desprende de la Constitución Política. Por lo anterior, pues, si se entiende que en virtud de la disposición cuestionada toca a la justicia militar conocer de procesos penales comunes en los que la víctima es una civil, menor de edad, entonces se vulnerarían los siguientes derechos de la manera que sigue.

En primer lugar, la actora alega que se infringe el derecho al debido proceso, argumentado que éste se conculca por diversas órdenes de razones. A saber:

Primero, porque se violentaría el derecho al juez natural. Ello, pues la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática en precisar que sólo toca a la jurisdicción penal ordinaria conocer de las causas en que estén involucrados civiles y determinar sus derechos civiles, sea como imputados o víctimas. Al alterarse legalmente esta competencia natural, se produce la conculcación en referencia.

Segundo, porque la justicia militar no es competente para conocer de delitos comunes. Lo anterior, desde el momento que el delito de tormentos y apremios ilegítimos es un ilícito general. No sólo pueden cometerlo Carabineros sino que cualquier funcionario público, ya que no dice relación con bienes jurídicos propiamente militares. Así, por ejemplo, podría ser imputado por ese delito un funcionario de la Policía de Investigaciones y, en ese evento, se le juzgaría por la justicia ordinaria. De esta manera, atendiendo a la naturaleza del bien jurídico protegido por el delito, no existe justificación para que la justicia militar conozca de él y existan dos sistemas de justicia procesal penal que puedan eventualmente conocer del mismo. Por lo demás, según el propio Código de Justicia Militar, la justicia castrense es una justicia de especialidad material y no de fuero personal. Si fuera de fuero personal, se estaría en presencia de un privilegio arbitrario contrario a la Constitución.

Tercero, porque la jurisdicción militar no brinda a las víctimas las garantías para ejercer sus derechos en un debido proceso. En efecto, si se atiende a lo dispuesto en el artículo 133 del Código Castrense –salva la excepción de los delitos relacionados con la libertad de autodeterminación sexual–, la víctima no puede ser oída como querellante durante la etapa de sumario, a diferencia de lo que ocurre en el proceso penal ordinario acusatorio. Expone que al respecto no debe soslayarse que el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han explicitado que es de capital importancia para un debido proceso la participación de la víctima y que, por su parte, la Corte Suprema ha sostenido, con ocasión del último proyecto de reforma al Código de Justicia Militar, que no es tolerable un sistema de justicia penal con vías parale-

las: una, con plenas garantías; la otra, sin el debido proceso. A su vez, la peticionaria precisa que, por lo demás, en virtud del citado artículo 133, el Instituto Nacional de Derechos Humanos perdería en la especie su calidad de querellante en el procedimiento sub lite, dejando a las víctimas en evidente indefensión.

En segundo lugar, la actora alega que se generaría una discriminación arbitraria.

Lo anterior, por cuanto si el delito de tortura y apremios ilegítimos es un delito que puede cometer cualquier funcionario público, entonces la jurisdicción militar sólo sería competente sobre la base del vínculo personal de identidad militar del infractor, cuestión que no es justificación suficiente, per se, para otorgar competencia a un Tribunal especial. Ello, sin perjuicio de que debe tenerse presente que, dado que el tribunal militar se compone por pares de los imputados, existe un alto riesgo de falta de imparcialidad. Recuerda que existe un precedente de esta Magistratura que se relacionaría con el conflicto de autos, a saber, la sentencia Rol N° 728, pues en ésta se consideró inconstitucional el que la afectación del derecho a la libertad personal dependiera del mero lugar de comisión del ilícito.

En tercer lugar, la peticionaria esgrime que se vulneraría el derecho a la integridad personal.

Lo anterior, desde el momento que la falta de tutela judicial efectiva en la jurisdicción castrense, producida por la insuficiencia de garantías eficaces para la víctima, trae aparejado el riesgo de que no se conceda la reparación y protección en el derecho a su integridad personal afectada por el delito de apremios ilegítimos y tormentos cometido.

Finalmente, la actora hace presente a esta Magistratura el rol que considera propio de la justicia constitucional, indicando al respecto que los jueces constitucionales deben interpretar las disposiciones legales de acuerdo a la Constitución y a los tratados internacionales. Siguiendo este predicamento, la correcta interpretación, cuya transgresión importa la inaplicabilidad de la disposición cuestionada de autos, consistiría en que la justicia militar sólo debe operar cuando se afecten bienes jurídicos del orden castrense y todos los sujetos intervinientes basales del proceso (autor y víctima) sean militares activos, situación que no es la de autos.

Por resolución de 12 de diciembre de 2012, la Segunda Sala de esta Magistratura admitió a tramitación el requerimiento y, en la misma oportunidad, decretó la suspensión de la gestión judicial en que incide. Luego de ser declarado admisible por la aludida Sala y pasados los autos al Pleno, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, el requerimiento fue comunicado a la Cámara de Diputados, al Senado y al Presidente de la República y notificado al Ministerio Público, a efectos de que pudieran

hacer valer sus observaciones y acompañar los antecedentes que estimaren convenientes. Posteriormente, por resolución de fojas 117, el Pleno de esta Magistratura dio lugar a la petición del General Director de Carabineros de Chile, confiriéndole traslado, a fin de que, también dentro del plazo de 20 días, pudiera hacer valer sus observaciones y acompañar los antecedentes que estimare convenientes.

Por escrito presentado el 18 de febrero de dos mil trece, el Ministerio Público formuló sus observaciones al requerimiento, solicitando que se resuelva conforme a derecho y al mérito de los antecedentes aportados.

Por escritos presentados el 26 de marzo y el 8 de abril de dos mil trece, el General Director de Carabineros formuló sus observaciones al requerimiento en base a los siguientes ocho tópicos que se describen a continuación.

En primer lugar, recuerda que en similar sentido a lo dispuesto en la norma objetada, el artículo 6° del Código de Justicia Militar entiende que los Carabineros serán considerados militares para los efectos de ese Código y el artículo 10 del mismo establece que será competente para conocer de los delitos comunes el tribunal que corresponda a la institución a la que pertenezca el sujeto activo del delito.

En segundo lugar, se refiere a la historia de la Ley N<sup>º</sup> 20.477, de 30 de diciembre de 2010. Recuerda que esta ley tuvo por objeto avanzar en la exclusión de los civiles del ámbito militar, de manera que todo delito cometido por un civil siempre sea juzgado por la justicia penal ordinaria. Detalla que los menores y civiles en ningún evento estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares y que, en caso de participación o autoría, si bien los militares quedan sujetos a la jurisdicción castrense, no arrastran a los civiles, los que quedan sometidos a la justicia penal ordinaria. Ello lo corrobora, por una parte, el hecho de que la Ley N<sup>º</sup> 20.477 no modificó la disposición cuestionada y, por otra parte, lo resuelto en la sentencia Rol N<sup>º</sup> 1.845 del Tribunal Constitucional. En ella, al controlar la constitucionalidad del artículo 1° de esa ley –que prescribe que ningún civil o menor quedará sujeto a la jurisdicción militar– declaró que el precepto era constitucional en el entendido de que dejaba a salvo los derechos que asisten a civiles y a menores para accionar ante dichos tribunales especiales. De allí colige, entonces, que la exclusión se refiere a civiles y menores en calidad de imputados, únicamente.

En tercer lugar, alega que el citado caso Palamara no es relevante para la decisión de autos, toda vez que allí la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizó el juzgamiento por la justicia militar de un civil, en calidad de sujeto activo. De esta manera, sus raciocinios sólo se hacen extensibles a esa hipótesis y no a la de autos en la que el sujeto activo es un militar. Además, la referida sentencia sólo produce efectos de índole particular.

En cuarto lugar, aduce que el requerimiento presenta una argumentación abstracta y no relacionada con el caso concreto, tal como lo exige la naturaleza de la acción de inaplicabilidad, según la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional. Ello, porque no se explica por qué en el caso concreto la aplicación del precepto reprochado privaría al tribunal militar de imparcialidad y atentaría contra las bases de un procedimiento racional y justo.

En quinto lugar, aduce que no puede entenderse que las disposiciones del Código de Justicia Militar son contrarias a la Constitución. Lo anterior, puesto que los tribunales militares son integrantes del Poder Judicial. A su vez, el texto expreso del artículo 83, inciso final, de la Constitución Política le reconoce vigencia y validez a los preceptos impugnados. Así, por lo demás, lo entendió el Tribunal Constitucional en su sentencia Rol N° 784. Por otra parte, el artículo 66 de la Ley N° 19.806, adecuatoria del sistema procesal penal reformado, estableció que las prescripciones de esa nueva normativa no afectarían las disposiciones del Código de Justicia Militar.

En sexto lugar, alega que el sistema procesal militar no se estructura a partir de privilegios personales arbitrarios en favor de los militares, sino que en el criterio de especialidad. Específicamente, la justicia militar se funda en el hecho de que los militares están sujetos a obligaciones y deberes especiales cuyo incumplimiento, normalmente, recibe una sanción de envergadura, influyendo, inclusive en el aspecto penal, lo administrativo.

En séptimo lugar, aduce que el conflicto de constitucionalidad planteado es más bien un conflicto de legalidad, atendido que lo que se intenta, en sede de inaplicabilidad, es resolver una contienda competencial entre la justicia ordinaria y la justicia militar, materia que es de conocimiento de la Corte Suprema.

Finalmente, en octavo lugar, se refiere a cada uno de los reproches de constitucionalidad planteados.

Enfatiza que no se vulneraría el derecho a la igualdad, toda vez que la justicia penal militar no es arbitraria sino que se funda en el principio de especialidad, teniendo en consideración que a los diferentes hay que darles un trato diferente.

Alega, por otra parte, que no se vulnera el derecho al debido proceso, atendido que se cumple con los presupuestos que la doctrina entiende que éste engloba. Ello, por cuanto los tribunales militares existen con anterioridad a la perpetración de los hechos y rigen su actuar de conformidad a un procedimiento legal. A su vez, porque el fiscal a cargo de la investigación también es designado con anterioridad a esos hechos, neutralizándose de esta manera la falta de imparcialidad. Además, porque las resoluciones emitidas por los tribunales militares son revisables por la

Corte Suprema, sea en vía de casación, revisión o queja, sin perjuicio de que ésta conoce, además, contiendas de competencia, implicancias, recusaciones y de la extradición activa.

Habiéndose traído los autos en relación, se procedió a la vista de la causa el día 17 de julio de 2013, oyéndose los alegatos de la abogada Magdalena Garcés, por la requirente, y del abogado Jorge Parra, por el General Director de Carabineros.

#### CONSIDERANDO:

**PRIMERO.** Que se inició el presente proceso constitucional por requerimiento deducido por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, solicitando la declaración de inaplicabilidad del artículo 5<sup>º</sup>, N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup>, del Código de Justicia Militar, para que surta efectos en el proceso sobre apelación de declinatoria de competencia que se sustancia actualmente ante la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N<sup>º</sup> 3278-2012, en el cual lo impugnado es la resolución del Decimocuarto Juzgado de Garantía de Santiago por la que ese Tribunal se declaró incompetente en los autos RIT 11.115-2012, sobre delito de apremios ilegítimos y tormentos, ordenando remitir los antecedentes a la Justicia Militar;

**SEGUNDO.** Que el precepto legal cuestionado ha sido transcrito en la parte expositiva de esta sentencia, en la cual también se ha consignado debidamente la enunciación de las alegaciones y fundamentos de derecho hechos valer por la parte requirente y por la parte requerida, así como las resoluciones, comunicaciones y certificaciones que dan cuenta de la sustanciación de este proceso constitucional;

**TERCERO.** Que, traídos los autos en relación y terminada la vista de la causa, se procedió a votar el acuerdo respectivo, produciéndose empate de votos, con lo cual, atendido el quórum calificado exigido por la Carta Fundamental para acoger esta clase de requerimientos y teniendo en cuenta que, por mandato de la letra g) del artículo 8<sup>º</sup> de la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal, el voto del Presidente no dirime un empate en estos casos, se tuvo por desechado el requerimiento por no haberse alcanzado el quórum constitucional necesario para ser acogido.

#### I

#### VOTO POR RECHAZAR

**A) La Presidenta del Tribunal, Ministra señora Marisol Peña Torres, y el Ministro señor Domingo Hernández Emparanza** estuvieron por rechazar el requerimiento de autos, en base a las siguientes consideraciones:

## I. ACERCA DEL CONFLICTO CONSTITUCIONAL PLANTEADO

1°. Que el artículo 93, inciso primero, N° 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”. 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”;

2°. 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;

3°. Que, en esta especie, evidentemente existe una gestión judicial pendiente, la cual consiste en el recurso de apelación rol N° 3278-2012, tramitado ante la Corte de Apelaciones de Santiago, interpuesto por la querellante Instituto Nacional de Derechos Humanos, en contra de la resolución dictada por el 14° Juzgado de Garantía de Santiago, en causa RIT 11.115-2012, RUC 1210032844-3, de fecha 20 de noviembre de 2012, mediante la cual ese Tribunal se declaró incompetente, ordenando remitir los antecedentes a la Fiscalía Militar correspondiente. Dicha causa se encuentra suspendida en su tramitación por orden de esta Magistratura Constitucional, de fecha 12 de diciembre de 2012;

4°. Que, asimismo, el requerimiento de autos ha sido interpuesto por parte legitimada, cual es la propia querellante aludida, Instituto Nacional de Derechos Humanos, según consta a fojas 1 y siguientes;

5°. Que, sin embargo, en lo tocante a que la aplicación del precepto legal impugnado –artículo 5°, N° 3°, del Código de Justicia Militar– pueda resultar decisiva en la resolución del asunto, esta Magistratura Constitucional, después de un estudio completo, al cabo de la tramitación regular de estos antecedentes, y sin perjuicio de lo que en su momento se resolvió provisionalmente en trámite de admisibilidad, ha llegado a la convicción

de que tal exigencia no se satisface en la especie. Dicho de otro modo, como se demostrará infra, se trata en este caso de una cuestión de mera legalidad y no de un genuino conflicto de constitucionalidad, toda vez que no es la norma legal impugnada *per se* la llamada a decidir el asunto, sino aplicada conforme y en armonía con lo dispuesto en el artículo 1<sup>º</sup>, inciso primero, de la Ley N<sup>º</sup> 20.477, de 30 de diciembre de 2010, que modifica la competencia de los Tribunales Militares, fijando disposiciones especiales sobre el sistema de justicia militar, en tanto cuanto esta última dispone que:

*“Artículo 1<sup>º</sup>. Restricción de la competencia de los tribunales militares. En ningún caso, los civiles y los menores de edad estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares. Ésta siempre se radicará en los tribunales ordinarios con competencia en materia penal”;*

## II. LA NORMA LEGAL IMPUGNADA NO ES DECISORIA LITIS

6<sup>º</sup>. Que, como es fácil advertir, la norma impugnada no es *decisoria litis* porque existe otro precepto legal que puede conducir o no al mismo efecto, vale decir, a excluir de la jurisdicción penal militar a la víctima civil menor de edad del juicio por un delito común cometido por un militar, cual es el citado artículo 1<sup>º</sup>, inciso primero, de la Ley N<sup>º</sup> 20.477, en el evento de adoptarse la interpretación extensiva que ha propiciado oficialmente la Corte Suprema y que viene siendo acogida en las Cortes de jurisdicción ordinaria, cuestión en la que no puede inmiscuirse este Tribunal Constitucional;

7<sup>º</sup>. Que, si la víctima civil menor de edad queda excluida del proceso penal militar por el solo hecho de ser tal, “en todo caso”, no es necesario para garantizar sus derechos considerar excesiva la atribución legal de competencia al Tribunal Penal Militar para conocer de delitos comunes – aunque cometidos en ciertas épocas, lugares o por funcionarios militares en servicio activo–, que es lo que regula el artículo 5<sup>º</sup>, N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup>, del Código de Justicia Militar, impugnado en autos, porque igualmente y aun sin tal declaración de inconstitucionalidad relativa a la militarización de la materia penal común, en esas circunstancias el asunto puede ser estimado de competencia de los tribunales penales ordinarios, por razones que se despliegan en el ámbito de la mera legalidad, sobre la base de normas legales especiales de aplicación preferente;

8<sup>º</sup>. Que esa línea de pensamiento corresponde a la desarrollada por esta Magistratura ya en el Rol N<sup>º</sup> 1.312, en cuyo considerando cuarto se expresó: “... *Que la aplicación decisiva del precepto, para los fines que interesan a este proceso constitucional, tiene que ver con la causalidad directa y necesaria entre dicha aplicación y la decisión del litigio, en términos que la estimación –o rechazo– de la pretensión sea el efecto de la incidencia de la norma legal en la*

*resolución del conflicto. Si éste puede producirse por la aplicación de otro precepto, dejará de ser decisiva la aplicación del que se impugna*” (Sentencia de 28 de enero de 2010);

9°. Que, por cierto, este Tribunal Constitucional nunca ha declarado que exista alguna obligación constitucional en el sentido de que las víctimas de delitos comunes cometidos por militares en activo, en lugares militares o en tiempos marciales especiales, tengan que someterse a la jurisdicción militar y no a la justicia penal ordinaria. Por lo mismo, cuando en la sentencia de control preventivo de 12 de noviembre de 2010, resolutive 1), Rol N° 1.845, este Tribunal Constitucional decidió, en relación a la actual Ley N° 20.477, que “...*el artículo 1° permanente del proyecto de ley examinado es constitucional en el entendido que los civiles y los menores de edad en ningún caso podrán quedar sujetos a la competencia de los tribunales militares en calidad de imputados, quedando a salvo los derechos que les asisten para accionar ante dichos tribunales especiales en calidad de víctimas o titulares de la acción penal*” (lo destacado es nuestro), lo que se reconoció fue la salvaguarda de los derechos específicos susceptibles de ser ejercidos como menores o civiles víctimas ante la jurisdicción penal militar, como podría ser la promoción de la misma declinatoria de competencia o de alguna medida de prevención, entre otras. Pero no pudo este Tribunal Constitucional atribuir competencia a la justicia militar, en ese extremo, porque ello en abstracto es de dominio del legislador – conforme al artículo 77 de la Constitución – y, en concreto, la contienda que se trabe debe ser resuelta por la Corte Suprema, toda vez que excede los límites del artículo 93, N° 12°, de la Constitución;

10°. Que, por lo demás, la manera según la cual el Estado de Chile ha venido cumpliendo gradualmente sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos en este ámbito, tanto de nivel global como interamericano, ha venido consistiendo en una paulatina reforma o sustitución de los sistemas procesales penales. Primero, en la jurisdicción ordinaria, se introdujo la llamada reforma procesal penal, pasando desde un sistema inquisitivo, escrito y de lato conocimiento, a un procedimiento adversarial, oral y concentrado, que nos rige actualmente. Al introducirse esa magna reforma, fue necesario ajustar a ella toda la legislación de relevancia procesal penal en su conjunto, lo que se materializó a través de la Ley N° 19.806, de 31 de mayo de 2002, siendo dable destacar que en su artículo 66, inciso segundo, se mantuvieron vigentes (interín) las normas contenidas en el Código de Justicia Militar, con su artículo 5°, N° 3°, inclusive. Fue posteriormente cuando se aprobó la Ley N° 20.477, de 30 de diciembre de 2010, referida *supra*, en cuyo mensaje se expresó que se perseguía con ella “*ponerse al día...*” y hacer regir “...*el pleno imperio del debido proceso, ...porque en el concierto internacional en el que Chile se inserta, tales avances se han ido imponiendo como norma en los últimos años.*” (Cfr. Mensaje N° 257-358);



11°. Que, en lo tocante al punto de derecho debatido en esta causa, es dable resaltar que dicha reforma constituye un avance frente a los parámetros internacionales, toda vez que sin duda alguna los menores y civiles imputados no quedarán sometidos a la jurisdicción penal militar. Pero, como bien ha señalado la Corte Suprema, en diversos oficios en que se ha consultado su parecer, en el contexto de tramitaciones de proyectos de ley, nada dice la Ley N<sup>º</sup> 20.477 respecto a los menores y civiles víctimas de esos delitos comunes cometidos por militares;

12°. Que, ante ello, la posición de la Corte Suprema es adoptar una interpretación extensiva y, puesto que el texto legal no distingue, radicar también el asunto ante la justicia ordinaria penal, cuando las víctimas sean menores o civiles. (Así, verbigracia, en los oficios N<sup>º</sup> 99-2012, sobre el boletín N<sup>º</sup> 8472-07; también oficios N<sup>OS</sup> 142-2010 y 152-2010, durante la tramitación de la Ley N<sup>º</sup> 20.477);

13°. Que la línea interpretativa anterior se ha concretado por la Corte de Apelaciones de San Miguel, en sentencia de 18 de diciembre de 2012, Rol N<sup>º</sup> 1745-2012, la que decide la cuestión de competencia sobre la base del artículo 1<sup>º</sup>, inciso primero, de la Ley N<sup>º</sup> 20.477, considerando que: *“...la norma transcrita en el basamento precedente no distingue la calidad en que deben intervenir los civiles o menores de edad en el proceso, para el fin de sustraer el conocimiento de una determinada causa del ámbito de la jurisdicción militar; en consecuencia, podrán hacerlo en calidad de imputados u ofendidos y, en ambos casos, será competente el tribunal ordinario con competencia en materia penal que corresponda...Que el razonamiento precedente es, por lo demás, concordante con la opinión que a este respecto ha emitido la Corte Suprema al informar el proyecto de ley que dio origen a la Ley N<sup>º</sup> 20.477 y al informar el proyecto de ley, en actual tramitación (Boletín 8472-07), que pretende modificar el inciso primero del artículo 1<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 20.477, señalando expresamente que “en ningún caso, los civiles y los menores de edad estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares, ni como imputados ni como ofendidos de un delito”...En efecto, según consta en Oficio N<sup>º</sup> 99-2012, de 29 de agosto de 2012, mediante el cual el pleno de la Excm. Corte Suprema informa el mencionado proyecto de Ley Boletín 8472-07, se ha señalado por este Tribunal que la Ley N<sup>º</sup> 20.477 “estableció que en ningún caso los civiles y los menores de edad estarán sometidos a la competencia de los tribunales militares, radicándose en los tribunales ordinarios con competencia en materia penal, entendiéndose esta restricción desde el punto de vista del sujeto activo, ya que el inciso 2<sup>º</sup> del artículo 1<sup>º</sup> prescribe que civil es una persona que no reviste la calidad de militar, de acuerdo al artículo 6<sup>º</sup> del Código de Justicia Militar, que precisamente se refiere a quienes pueden ser sujetos activos de delitos militares. En cambio, nada señala sobre las cualidades de la víctima para determinar la competencia de los juzgados castrenses, sin perjuicio que desde una interpretación extensiva se considere que en la expresión “civiles” quedan considerados quienes tienen la calidad de víctimas del delito”...Agrega el informe que “a esta*

*interpretación “extensiva” adhirió la Corte Suprema cuando informó el proyecto de ley que actualmente corresponde a la Ley N° 20.477 en dos oportunidades (Oficios N° 142-2010 y 152-2010)”;*

14°. Que, como es posible apreciar, existe una línea interpretativa ampliamente garantista, que por lo demás se quiere consolidar legislativamente con valor general, que evidencia la factibilidad de tutelar eficazmente los derechos comprometidos, sin necesidad de disponer de una herramienta jurídica subsidiaria como es la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, cuyos supuestos rigurosos no concurren en el caso de la especie;

15°. Que, en las condiciones señaladas, los Ministros concurrentes estimamos que no cabe sino rechazar el requerimiento planteado.

**B) Los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Iván Aróstica Maldonado y señora María Luisa Brahm Barril estuvieron por el rechazo del requerimiento,** únicamente por considerar que el requerimiento carece de fundamentos suficientes, que den cuenta de un cuestionamiento constitucional cabal, según pasan a explicar:

1°. Que el requerimiento se limita a impugnar el artículo 5°, N° 3°, del Código de Justicia Militar, el cual entrega a la jurisdicción penal castrense el conocimiento de los “delitos comunes” allí referidos. Para ese efecto asume que los ilícitos que afectan bienes jurídicos del orden civil deberían ser conocidos por la justicia ordinaria, cuyo sería este caso, en que se ha entablado una querrela por el supuesto delito previsto y sancionado en el artículo 150-A del Código Penal.

Empero, el reclamo no se hace cargo de que los mismos hechos podrían cuadrar dentro de las violencias innecesarias que castiga el artículo 330 del Código de Justicia Militar. Lo que implicaría que se trata de aquellos “delitos militares, entendiéndose por tales los contemplados en este Código”, a que alude el N° 1° del artículo 5° del mismo cuerpo legal.

Entonces, como este último precepto establece que le compete a la justicia militar conocer de los delitos militares, esto es de aquellos que prevé el Código de Justicia Militar, cometidos por militares, la cuestión debió plantearse en forma íntegra, con todo su complejo alcance. En términos de elucidar si tal disposición vulnera la garantía al juez natural en relación a los encartados, esto es, al personal de la policía uniformada, conforme al artículo 83, inciso final, de la Constitución, en relación con lo estatuido por los artículos 1°, inciso cuarto, y 2°, inciso primero, de la Ley N° 18.961, orgánica constitucional de Carabineros;

2°. Que el requerimiento cuestiona globalmente la jurisdicción castrense, ora porque no sería imparcial e independiente, sino que una justicia de fuero y privilegio, ora porque no ofrecería garantías procesales a las víctimas civiles que ante esa sede comparecen.

Tocante a lo primero, sin embargo, no se cuestionan las normas que causarían, de manera directa e inmediata, los efectos de favoritismo o bandería que se estiman inconstitucionales, cuáles serían aquellas que –en los artículos 16 y 20 del Código de Justicia Militar– reglan la composición e integración de los tribunales militares, con autoridades uniformadas. Aunque no merezca reproche de constitucionalidad la atribución de competencia a un tipo especial de tribunales, que es lo que hace el artículo 5<sup>º</sup>, N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup>, del Código de Justicia Militar, ello no significa que la gestión aplicable a tales tribunales, en lo relativo a su composición y procedimientos, esté exenta de satisfacer las exigencias de racionalidad y justicia que la Constitución Política garantiza a toda persona, lo que no fue impugnado en el presente requerimiento y no corresponde, por consiguiente, que sea objeto de examen en esta oportunidad;

3<sup>º</sup>. Que, atinente a lo segundo, el requerimiento no se hace cargo de la sentencia de este Tribunal, de 12 de noviembre de 2010, Rol N<sup>º</sup> 1.845, donde a propósito del control preventivo de constitucionalidad recaído en el artículo 1<sup>º</sup> de la que luego sería Ley N<sup>º</sup> 20.477 (30.12.2010), se entendió que los civiles y menores de edad en ningún caso pueden quedar sujetos a los tribunales militares “en calidad de imputados”, sin desmedro de quedar a salvo los derechos que les asisten para accionar ante dichos tribunales “en calidad de víctimas” o titulares de la acción penal (considerando 12<sup>º</sup> y resolutive 1<sup>a</sup>).

Alcance que se formuló sobre la base –primeramente– del mismo título con que se identificó el proyecto: “*modifica el Sistema de Justicia Militar y establece un régimen más estricto de sanciones tratándose de delitos contra los miembros de las policías (boletín N<sup>º</sup> 7203-02)*”, según el oficio remitido en esa oportunidad por la Cámara de Diputados a esta Magistratura;

4<sup>º</sup>. Que, además, este veredicto, suscrito unánimemente y sin reservas por este Tribunal Constitucional, tuvo su fundamento en que, aun existiendo constancia en la Historia de la Ley de que su significado era que los civiles podrían comparecer como ofendidos ante un tribunal militar, el tenor literal del inciso primero del artículo 1<sup>º</sup> del proyecto podía inducir a que se entendiera, equivocadamente, que los civiles y menores no podrían comparecer ante el tribunal militar ni aun para hacer valer los derechos a impetrar medidas de protección, a solicitar publicidad del sumario, a pedir diligencias probatorias, a solicitar el procesamiento del inculcado, a asistir a las diligencias probatorias, a deducir recursos procesales, y otros que les asisten como víctimas o perjudicados por un delito cometido en su contra por militares, expresamente contemplados en el inciso segundo del artículo 133 y en el artículo 133 A del Código de Justicia Militar (que omite el requerimiento), cuyo desconocimiento habría resultado violatorio de la garantía del N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup> del artículo 19 de la Constitución.

La circunstancia de que la Corte Suprema expresara su desacuerdo con esta disposición y sugiriera su enmienda en el sentido que ahora conviene al requirente, representa la expresión de una aspiración que, aunque legítima y con su mérito propio, no fue acogida por los Poderes Colegisladores por las razones que se consignaron durante el debate respectivo. Su eventual aceptación en el futuro, mediante la respectiva enmienda legislativa, corresponde a esos mismos Poderes Colegisladores, pues es ese el mecanismo que corresponde conforme al principio de separación de poderes que, como lo ha expresado en numerosas ocasiones esta Magistratura Constitucional, representa uno de los valores esenciales del Estado de Derecho (STC roles N<sup>os</sup> 478, 736, 806, entre otros);

5°. Que, en efecto, el génesis de la Ley N<sup>o</sup> 20.477 demuestra que la idea matriz de su artículo 1° claramente se dirige a excluir de la justicia militar los delitos cometidos por civiles, esto es, a descartar su sujeción como “imputados” a esa jurisdicción especial, y en ningún caso a establecer una nueva norma de “arrastre” en sentido contrario a la que se suprimía, como lo demuestra lo siguiente:

a) En el Mensaje respectivo el Presidente de la República recuerda que la Administración anterior presentó al Congreso Nacional un proyecto de ley sobre Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Militares y procedimiento ante ellos, según da cuenta el boletín legislativo N<sup>o</sup> 6.739-02, que también buscaba sustraer de la jurisdicción militar los delitos cometidos por civiles, al tiempo que introducía una completa reforma procedimental a la Justicia Militar, sentando nuevas bases y procesos. Y al explicar el contenido de sus disposiciones, indica: *“Tal como se ha señalado, el objetivo central del presente proyecto de ley, es sustraer completamente de la jurisdicción castrense los delitos cometidos por civiles. Esto implica que todo delito que sea cometido por un civil siempre será conocido, investigado, y juzgado por la justicia penal ordinaria y al amparo de sus instituciones. Por la inversa, la jurisdicción militar se aplicará única y restrictivamente a delitos cometidos por militares.”* (Historia de la Ley. Págs. 4-24).

b) Durante el primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados, la Corte Suprema, en Oficio N<sup>o</sup> 142, de 23 de septiembre de 2010, mediante el cual informó el proyecto correspondiente a la actual Ley N<sup>o</sup> 20.477 (Boletín 7203) para ser oída en cumplimiento del artículo 77 de la Constitución, expuso, respecto del artículo 1° del proyecto, que *“cree conveniente que se explicita también que la expresión “civiles” que se emplea en este texto, incluye a los que puedan revestir la calidad de ofendidos por alguno de los delitos calificados de militares.”* (Historia de la Ley. Pág. 30).

c) Con relación a la opinión manifestada por la Corte Suprema, el Ministro de Justicia, señor Bulnes, precisó en su exposición que *“la intención del proyecto es sustraer a los civiles de la justicia militar en cuanto imputados. Res-*

*pecto de los ofendidos por el delito, sostuvo que no es el objetivo de esta iniciativa el excluir a esos civiles de la competencia de los tribunales militares, y que una medida como ésa debe ser discutida a propósito del proyecto de ley que defina el concepto del delito militar.”* (Historia de la Ley. Pág. 35).

d) Durante el mismo trámite, invitado a la Comisión respectiva de la Cámara de Diputados, el Presidente de la Corte Suprema expuso, sobre este punto, lo siguiente:

*“Señaló que la competencia de la jurisdicción militar en una época se mostró sobrecargada de asuntos, lo que se ha ido simplificando con el correr del tiempo. Pese a ello, aún subsisten algunos aspectos que deben ser eliminados.*

*A vía de ejemplo, destacó que hoy los civiles deben soportar ser enjuiciados por la justicia militar. Este proyecto apunta en la línea de sustraerlos de dicha jurisdicción, modificación que es apoyada por la Corte Suprema.*

*Indicó que el artículo 1<sup>º</sup> del proyecto presenta una redacción que puede ser objeto de interpretaciones. Es así como dispone que “En ningún caso, los civiles y los menores de edad podrán estar sujetos a la competencia de los tribunales militares. Al respecto, estimó que del texto del proyecto se entiende que sólo se alude a los “civiles” en calidad de imputados y no a los casos en que son víctimas de delitos militares.*

*Consideró que la expresión “en ningún caso” debiera comprender tanto a los civiles imputados como aquellos que han sido perjudicados por el delito de carácter militar. Manifestó que ellos aspiran a que la norma alcance a unos y a otros.”* (Historia de la Ley. Pág. 37).

e) Despachado el proyecto por la Comisión, el diputado informante (señor Araya) hizo presente a la Sala de la Cámara que el Presidente de la Corte Suprema expuso que del tenor del artículo 1<sup>º</sup> del proyecto no resultaba claro qué ocurriría en aquellos casos en que los civiles son los ofendidos por el delito cometido por militares, y que dicho tribunal consideró que debe entenderse que la expresión “civiles” que se emplea en ese artículo, incluye también a los que puedan revestir la calidad de ofendidos con alguno de los delitos calificados de militares, lo que sugirió expresar claramente en la norma. Añadió el diputado informante sobre este punto que, “consultado el ministro de Justicia sobre el alcance de esa disposición, respondió que la intención del proyecto es sustraer a los civiles de la justicia militar en cuanto imputados de delitos”, y que durante la discusión del proyecto, algunos diputados presentaron indicación para que sea competente el tribunal civil a todo evento, “la que posteriormente, en aras del acuerdo alcanzado, fue retirada” (Historia de la Ley. Págs. 66 y 67).

f) Durante la discusión del artículo 1<sup>º</sup> del proyecto en el segundo trámite en el Senado, los senadores señora Alvear y señor Walker, don Patricio, presentaron indicación para sustituir su inciso primero por otro que precisaba que, en ningún caso, los civiles y los menores de edad podrán estar sujetos a la competencia de los tribunales militares “ni como imputados

*ni como ofendidos por un delito*”, proposición respecto de la cual el Ministro de Justicia, señor Bulnes, manifestó que agregar que los civiles nunca podrán ser llevados a la jurisdicción militar ni como imputados ni como ofendidos podría significar que al existir un civil involucrado nunca el ilícito podrá ser considerado delito militar ni será juzgado por los tribunales militares, materia que, estimó, debe ser analizada con mayor detención. En todo caso, concluyó, a fin de que las normas guarden la debida concordancia, la materia debería ser analizada en el proyecto que precise el concepto de delito militar, reiterando su compromiso de presentar tal iniciativa a tramitación antes del 30 de junio del año próximo. Concluido el debate, la senadora señora Alvear manifestó que, *“de acuerdo al debate surgido, acoge la sugerencia de no hacer mención a las calidades de imputado u ofendido por un delito, para lo cual retira su indicación y solicita dejar constancia para la historia fidedigna del establecimiento de la ley que lo hace ante el compromiso del Ejecutivo de estudiar detenidamente el punto al momento de analizar el proyecto que ha anunciado presentará a tramitación a mediados del año próximo”*. (Historia de la Ley. Págs. 121 y ss.).

g) En el tercer trámite constitucional la Corte Suprema informó nuevamente, mediante oficio N° 152, de 8 de octubre de 2010, recordando que el proyecto ya fue informado en primer trámite mediante Oficio N° 142-2010, de 23 de septiembre de 2010, y añade que *“en cuanto al articulado permanente del proyecto, específicamente respecto del artículo 1°, este Tribunal insiste en la observación que expusiera en el oficio aludido en el último párrafo del motivo precedente, en el sentido que considera que debe entenderse que en la expresión “civiles y menores de edad” que emplea el precepto se incluye no sólo a quienes pudieren revestir la calidad de imputados de alguno de los delitos calificados de militares, sino también a quienes tuvieran el carácter de ofendidos o víctimas de ellos, precisión que resultaría conveniente efectuar de manera expresa en la norma.”*. (Historia de la Ley. Págs. 170-174).

h) En julio de 2012, casi dos años después de su entrada en vigor, los senadores señora Alvear y señores Muñoz Aburto y Walker, don Patricio, presentaron un proyecto de ley en que, entre otras materias, proponen modificar el inciso primero del artículo 1° de la Ley N° 20.477, añadiendo la oración *“ni como imputados ni como ofendidos de un delito”* a continuación de la frase de dicha disposición que señala que *“En ningún caso, los civiles y los menores de edad estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares”*. Señalan los autores que *“este añadido es fundamental para excluir a los civiles que son víctimas de delitos, de la competencia de la justicia militar, atendida la historia del establecimiento de la ley y el fallo del Tribunal Constitucional, quien al momento de ejercer el control preventivo de constitucionalidad de esta ley...”* (Boletín 8.472-07).

6°. Que según se puede observar, entonces, el requerimiento del Instituto Nacional de Derechos Humanos plantea ahora ante esta Magistra-

tura una objeción de constitucionalidad contra la jurisdicción que poseen los tribunales militares para conocer de eventuales delitos cometidos por personal policial o castrense, con acopio de algunos antecedentes, pero sin ocuparse de todos los pormenores que hacen parte sustancial de la cuestión, lo que impide acogerlo.

## II VOTO POR ACOGER

**Los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino y Juan José Romero Guzmán** estuvieron por acoger el requerimiento de inaplicabilidad, en virtud de las siguientes razones:

### I. La gestión pendiente

1°. Que el presente requerimiento tiene por gestión pendiente la apelación ante la Corte de Apelaciones de Santiago, tramitada bajo el Rol N<sup>º</sup> 3278-2012, interpuesta en el marco del proceso penal iniciado por querrela criminal del Instituto Nacional de Derechos Humanos por el delito de tortura y apremios ilegítimos en contra de una menor de edad, cometido, eventualmente, por Carabineros de la dotación de La Florida, y que se sustancia ante el 14<sup>º</sup> Juzgado de Garantía de Santiago, bajo el RUC N<sup>º</sup> 1210032844-3, RIT 11.115 – 2012. El 14<sup>º</sup> Juzgado de Garantía de Santiago se había declarado incompetente para seguir esta querrela habiendo declinado su conocimiento a la justicia militar, y esto motivó a la querellante a deducir apelación;

2°. Que esta causa plantea un conjunto relevante de cuestionamientos a los procedimientos penales de la justicia militar, los cuales tienen como exclusiva norma impugnada el artículo 5<sup>º</sup>, numeral 3<sup>º</sup>, del Código de Justicia Militar. Por tanto, a partir del examen de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de este precepto inicial, que atribuye competencia a la justicia militar para conocer de la investigación de un delito cuya víctima es civil, se profundizarán algunos argumentos relativos a la constitucionalidad del precepto indicado;

3°. Que, por lo mismo, la materia específicamente puesta en cuestión es la competencia de la justicia militar como mecanismo protector de los derechos de la víctima. El punto de partida es identificar si se trata de una cuestión de legalidad, como sostiene la posición de rechazo de este requerimiento, o si es un asunto de constitucionalidad. Este es el punto que divide a esta Magistratura, puesto que existe un conjunto amplio de Ministros que estiman que la gestión pendiente de base de este requerimiento debe ser analizada en el fondo por la justicia ordinaria;

## II. ¿Cuestión de legalidad o de constitucionalidad?

4°. Que es esencial reiterar la pregunta inicial, ¿dónde empieza exactamente el contenido constitucional de un derecho y dónde termina su contenido de mera legalidad? ¿Es posible tratarlo *a priori* y con carácter general? Sólo hallaremos un reflejo de esta frontera en “*los principios de correspondencia e intensidad constitucional*” (Martín, Ricardo (2012): “Constitución y medio ambiente”. En: Pérez, Esteban et al.: *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. (Valencia, Tirant lo Blanch), p. 551). En línea de principio, ninguna norma puede desvincularse de la Constitución puesto que de ella dimanan la forma y sustancia de sus contenidos preceptivos. Por tanto, la tarea de separar la dimensión constitucional de la legal deviene en un asunto complejo respecto de cuál de las categorías analíticas se ha desarrollado parcialmente. Sin embargo, de este puente que vincula lo constitucional con lo legal no se puede extraer conclusiones desmesuradas, como la afirmación de que todo asunto es siempre constitucional y menos que el Tribunal Constitucional tenga permanente competencia para resolver cualquier asunto infraconstitucional con los criterios propios de la interpretación constitucional. A lo menos ha de verificarse una cierta intensidad del vínculo entre el precepto constitucional y su aplicación por el legislador. Asimismo, esta intensidad también se hace presente cuando el propio juez constitucional ha intervenido fijando el sentido y alcance de una norma. Si éste lo ha precisado en un sentido general, parece que la intensidad del vínculo constitucional está demostrada;

5°. Que justamente éste es el punto de la controversia. A juicio de estos Ministros, la competencia de la justicia militar es un asunto que siempre ha estado en el rango constitucional y, adicionalmente, para efectos de la cuestión concreta, esta propia Magistratura así lo ratificó. Por tanto, por decisiones del constituyente, así como por sentencias del Tribunal Constitucional, nos encontramos frente a un asunto de ineludible materialidad constitucional.

En cuanto a la primera cuestión, esto es la existencia de normas constitucionales que se refieran a la justicia militar, veremos algunos preceptos. La Constitución de 1980 en su versión original sostuvo que los tribunales militares en tiempo de guerra estaban sustraídos de la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuestión reformada sólo el año 2005 (antiguo artículo 79, inciso primero, de la Constitución). En segundo lugar, el actual artículo 83 de la Constitución Política, después de la incorporación del Ministerio Público como órgano constitucional, se vio en la necesidad de dar un sostén normativo en el máximo nivel para la pervivencia de una justicia especializada en el ámbito militar que cumpliera con los estándares de separación entre la función de investigar y la de juzgar. Por lo mismo, estableció el siguiente



inciso final del artículo 83 de la Constitución: “*El ejercicio de la acción penal pública, y la dirección de las investigaciones de los hechos que configuren el delito, de los que determinen la participación punible y de los que acrediten la inocencia del imputado en las causas que sean de conocimiento de los tribunales militares, como asimismo la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos de tales hechos corresponderán, en conformidad con las normas del Código de Justicia Militar y a las leyes respectivas, a los órganos y a las personas que ese Código y esas leyes determinen.*”. Como se ve este precepto sólo adapta las nuevas competencias del Ministerio Público a las personas y órganos que dirigen la investigación en la jurisdicción militar. Se trata, en síntesis, de una regla sobre investigación penal y no sobre la naturaleza del juzgamiento, materias que la Constitución ha preservado como regla del debido proceso en el artículo 19, numeral 3°, y como atribución orgánica al Poder Judicial, en el artículo 76 de la Constitución. En este sentido, el artículo no establece con rango constitucional la competencia de los tribunales militares sobre determinadas materias o respecto de algunas personas, sino que se limita a adaptar las atribuciones ya fijadas por la ley al nuevo contexto de la reforma procesal penal, en el cual la investigación penal corresponde de forma exclusiva al Ministerio Público;

6°. Que, no obstante lo anterior, no basta con indicar la preocupación que ha tenido el constituyente por la determinación del ámbito competencial dentro del cual opera la justicia militar. En tal sentido, la principal determinación reside en el hecho de que es decisión del legislador, por el propio mandato constitucional de los artículos 19, numeral 3°, 63, numeral 3°, y 76 de la Constitución, fijar tal competencia. Justamente nos dice la posición de rechazo del presente requerimiento que es eso lo que ya aconteció en este caso. Fue el propio legislador el que resolvió el problema de fondo atribuyendo competencia a la justicia militar de conformidad con la Ley N<sup>º</sup> 20.477, acreditando que se trataría de una cuestión de pura legalidad. Tal conclusión se deduce de la atribución que esta ley otorga a la Corte Suprema para resolver una contienda de competencia. “*En el caso de contiendas de competencias entre tribunales ordinarios y militares, la cuestión deberá ser resuelta por la Corte Suprema, sin la integración del Auditor General del Ejército o quien deba subrogarlo*” (artículo 3° de la Ley N<sup>º</sup> 20.477). Con ello, no quedaría ninguna duda a partir del propósito de la propia Ley N<sup>º</sup> 20.477, cuyo objeto era la restricción de la competencia de los tribunales militares. Es así como el propio artículo 1° dispuso que “*en ningún caso, los civiles y los menores de edad estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares. Ésta siempre se radicará en los tribunales ordinarios con competencia en materia penal. Para estos efectos, se entenderá que civil es una persona que no reviste la calidad de militar, de acuerdo al artículo 6° del Código de Justicia Militar*”.

Sin embargo, la expresión “en ningún caso” debería haber resuelto todo, salvo que no mediara la STC Rol N<sup>º</sup> 1.845, que en un control pre-

ventivo y obligatorio sostuviera que “*esta Magistratura declarará que el artículo 1° del proyecto de ley bajo examen no vulnera la Carta Fundamental, en el entendido de que en ningún caso los civiles y los menores de edad, cuando tengan la calidad de imputados, quedarán sometidos a la justicia militar*” (c. decimosegundo). En tal sentido, en cuanto víctimas, quedan “*a salvo los derechos que les asisten para accionar ante dichos tribunales especiales en calidad de víctimas o titulares de la acción penal*” (STC Rol N° 1.845).

Por tanto, tratándose de una causa en donde una menor de edad y civil es víctima, esta propia Magistratura parece haber reservado tal juzgamiento a reglas procesales que se siguen bajo la justicia militar. No obstante, parece claro que media una distancia entre una declaración constitucional abstracta y genérica de un control preventivo respecto de un control concreto que debe verificar un efecto inconstitucional que le afecta al requirente, cuestión que veremos en el fondo de este voto;

7°. En síntesis, es insostenible soslayar el conflicto de constitucionalidad de la competencia de la justicia militar puesto que esta propia Magistratura acreditó la intensidad constitucional del vínculo interpretando la Ley N° 20.477 en un sentido, *prima facie*, que no deriva a la justicia ordinaria tal conocimiento de la causa, quedando radicado en la justicia militar;

### III. El artículo 5°, numeral 3°, del Código de Justicia Militar

8°. Que la norma impugnada establece que “*corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento: (...) 3° De las causas por delitos comunes cometidos por militares durante el estado de guerra, estando en campaña, en acto del servicio militar o con ocasión de él, en los cuarteles, campamentos, vivaques, fortalezas, obras militares, almacenes, oficinas, dependencias, fundiciones, maestranzas, fábricas, parques, academias, escuelas, embarcaciones, arsenales, faros y demás recintos militares o policiales o establecimientos o dependencias de las Instituciones Armadas*” (artículo 5°, numeral 3°, del Código de Justicia Militar);

9°. Que el principal tratadista histórico sobre justicia militar en Chile, Renato Astrosa, explicando este artículo nos indica que “la disposición del N° 3 del artículo 5° establece los casos en que los delitos comunes, o sea, aquellos delitos que no son militares, son de conocimiento de los Tribunales Militares. Para ello es fundamental que el delito se cometa por militar o por empleado civil de las Fuerzas Armadas, ya que la jurisdicción está establecida, en este caso, en razón de las personas. (...) Para que proceda la jurisdicción militar no basta que el delito común se haya cometido por ‘militar’ o ‘empleado’ civil de las Fuerzas Armadas, es necesario que concurra, además, alguno de estos tres elementos: a) que se cometa el delito en estado de guerra o en estado de campaña (*ratione temporis*), (...) b) Que se cometa el delito en actos del servicio militar o con ocasión de él

(*ratione legis*), (...) c) Que se cometa el delito en cuarteles, campamentos, etc. (*ratione loci*).” (ASTROSA, Renato, *Código de Justicia Militar Comentado*, Imprenta de Carabineros, 1959, p. 33). Cabe constatar que a la fecha de edición de ese texto, Carabineros se entendía dentro del concepto de “militar” por aplicación del artículo 6° del Código de Justicia Militar, tal cual hoy lo comprende. La única salvedad es que no estaban expresamente considerados los cuarteles o dependencias policiales;

10°. Que podría entenderse que este artículo no es decisivo en materia de competencia, si se le considera aisladamente y sin interpretarlo de forma armónica con los artículos 5°, numeral 1°, artículos 6° y 9°, todos del Código de Justicia Militar. Teniendo en cuenta además la aplicación de la norma adecuatoria del traspaso de competencia de la justicia militar a la justicia ordinaria contenida en la Ley N<sup>º</sup> 20.477;

11°. Que ya hemos examinado la regla adecuatoria de la Ley N<sup>º</sup> 20.477, el artículo 6° que extiende a Carabineros de Chile la condición de militar y el artículo 5°, numeral 3°, como precepto impugnado. Adicionalmente, cabe indicar que el artículo 5°, numeral 1°, importaría considerar los hechos penales que se juzgan en la causa como ‘delito militar’, cuestión propia del juez del fondo y que resulta incompatible con la invocación del artículo 9° del Código de Justicia Militar, según veremos.

Finalmente, cabe detenerse en el artículo 9°, inciso primero, del Código de Justicia Militar que dispone que “*no obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, serán juzgados por los tribunales ordinarios, los militares que se hicieren procesados de delitos comunes cometidos en el ejercicio de funciones propias de un destino público civil*”.

Nuevamente, recurriendo a Renato Astrosa, se explica que “esta disposición no es sino una confirmación de la norma de jurisdicción del artículo 5°, numeral 3°, en relación con el elemento *ratione legis* (acto del servicio militar o con ocasión de él), por cuanto para que el delito común sea de jurisdicción militar se requiere que se cometa por militar en actos del servicio militar o con ocasión de él” (ASTROSA, Renato, *Código de Justicia Militar Comentado*, Imprenta de Carabineros, 1959, p. 38);

12°. Que esta revisión de la norma impugnada ratifica que el precepto legal no sólo es decisivo sino que es la puerta de entrada para verificar si la competencia en sede de justicia militar se ajusta a una mejor protección de los derechos de las víctimas civiles y menores de edad. No obstante, esta dimensión no puede resolverse por sí misma sin recurrir a los estándares que vinculan a Chile en materia de justicia militar;

#### IV. Nuevos estándares en materia de justicia militar

13°. Que si bien existen nuevos estándares y una obligación impuesta al Estado de Chile en materia de justicia militar, cabe destacar que ya en

1689 el Parlamento inglés aprobó el *Mutiny Act*, dictado en el contexto de la Revolución Gloriosa que, entre otros asuntos, establecía en su preámbulo una limitada jurisdicción militar, restringida a soldados regulares y sólo para el juzgamiento de los delitos de sedición, amotinamiento y desertión. (BISHOP, Joseph (1964): “Court-Martial jurisdiction over military-civilian hybrids: retired regulars, reservists, and discharged prisoners”. En *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 112, Nº 3, p. 323);

**14°.** Que en el examen para acoger este requerimiento tendrá un papel significativo el establecimiento de nuevos estándares en materia de justicia militar a partir de la obligación impuesta al Estado de Chile, incluyendo esta jurisdicción constitucional, en orden al deber de respetar y promover los derechos garantizados por esta Constitución y por los tratados internacionales, ratificados y vigentes en Chile;

**15°.** Que partiremos del análisis del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece un conjunto de garantías sustantivas y procedimentales del debido proceso, especialmente el penal. La Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en sus Comentarios Generales Nos 13 y 32, ha sostenido que “*los tribunales militares, bajo el régimen del PIDCP, no tienen, en principio, competencia para juzgar civiles, presunción que sólo puede ser derrotada en circunstancias excepcionales*” (CONTRERAS, Pablo, “Independencia e Imparcialidad en sistemas de justicia militar”, en *Estudios Constitucionales*, Año 9, Nº 2, 2011, p. 200). No obstante, su alta generalidad y su referencia a juzgamiento de civiles y no a su condición de víctimas impiden extender tal criterio a la presente causa;

**16°.** Que, más significativo para este asunto, es la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de la Sentencia de la Corte IDH (22 de noviembre de 2005, Palamara Iribarne vs. Chile, Serie C Nº 135, a partir de este fallo CIDH/Nº 135/2005). No es posible hacer una revisión de una extensa sentencia; sin embargo, condensaremos algunos estándares a partir del reconocimiento de que Chile ha violado determinados derechos de la Convención Americana de Derechos Humanos;

**17°.** Que los estándares que se derivan del Caso Palamara y que son aplicables a esta causa son:

En relación con el derecho a ser oído por un juez o tribunal competente, el párrafo 125 de la CIDH/Nº 135/2005 contempla como regla general de debido proceso el derecho a ser juzgado por los tribunales ordinarios como punto de partida. El párrafo 124 de CIDH/Nº 135/2005 reconoce que puede existir una jurisdicción penal militar restrictiva y excepcional, encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales. Para ello, las reglas de la jurisdicción especial son válidas para militares, relativas a conductas delictivas típicas del ámbito militar y que lesionen

bienes jurídicos militares gravemente atacados. “*Esos delitos sólo pueden ser cometidos por los miembros de instituciones castrenses en ocasión de las particulares funciones de defensa y seguridad exterior de un Estado.*” (Párrafos 126 y 132 de la CIDH/N<sup>º</sup> 135/2005). Asimismo, reconoce que los artículos 6<sup>º</sup> y 7<sup>º</sup> del Código de Justicia Militar amplían excesivamente la consideración de quién es militar (Párrafo 136 de la CIDH/N<sup>º</sup> 135/2005). Finalmente, esta asunción de competencia extendida propia de la jurisdicción ordinaria constituye una vulneración del artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, esto es, el derecho a ser juzgado por juez competente (Párrafos 142 y 144 de la CIDH/N<sup>º</sup> 135/2005).

En relación al derecho a ser oído por un juez o tribunal independiente e imparcial, el párrafo 145 de la CIDH/N<sup>º</sup> 135/2005 sostiene que el derecho a ser juzgado por un juez imparcial es una garantía del debido proceso. Lo anterior exige que quienes juzgan no estén involucrados en la controversia (Párrafo 146 de la CIDH/N<sup>º</sup> 135/2005). En tal sentido, es concluyente el párrafo 155, que indica que la estructura orgánica y composición de los tribunales militares implican que estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando (...) no cuentan con garantías suficientes de inamovilidad y no poseen una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez. Todo ello conlleva a que dichos tribunales carezcan de independencia e imparcialidad.

En cuanto al derecho a un proceso público, el Párrafo 166 de la CIDH/N<sup>º</sup> 135/2005 nos indica que la Convención Americana en el artículo 8.5 establece que “[e]l proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”. En tal sentido, es un elemento esencial de los sistemas procesales penales acusatorios de un Estado democrático y se garantiza a través de la realización de una etapa oral en la que el acusado pueda tener inmediación con el juez y las pruebas y que facilite el acceso al público (Párrafo 167 de la CIDH/N<sup>º</sup> 135/2005). Bajo estas premisas, concluye que el sumario del proceso penal militar es incompatible con el art. 8.2 c) CADH (Párrafo 171 de la CIDH/N<sup>º</sup> 135/2005). En esa perspectiva, no hay igualdad de condiciones en la rendición de la prueba con el objeto de ejercer el derecho a defensa (Párrafo 178 de la CIDH/N<sup>º</sup> 135/2005).

Respecto a este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluye que “*en cuanto a la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, la Corte estima que en caso de que el Estado considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales militares (supra, párrs. 120 a 144).*”

*El Estado deberá realizar las modificaciones normativas necesarias en un plazo razonable*” (párrafo 256 de la CIDH/Nº 135/2005);

**18º.** Que la evolución de estos estándares y su incorporación al ordenamiento interno es parte de una decisión del legislador. Sin embargo, en esta tarea se ha ido más lento que lo necesario, opinión que no es propia de esta Magistratura sino que de la propia Corte encargada de velar por el cumplimiento de la sentencia Palamara Iribarne vs. Chile. A ocho años de la sentencia de la Corte IDH que condenó al Estado de Chile aún no se realizan los cambios necesarios para adecuar nuestra jurisdicción militar a lo establecido por la Corte. Así lo indicó la Resolución de la Corte de 01.07.11, que mantiene abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento de los puntos pendientes en este caso, entre otros:

*“b) Adecuar, en un plazo razonable, el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción militar, de forma tal que en caso de que considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares, en los términos de los párrafos 256 y 257 de la Sentencia (punto resolutivo décimo cuarto de la Sentencia)”* (Resolución de la Corte IDH de 1º de julio de 2011, Supervisión de Cumplimiento, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, p. 17).

Esta resolución también reconoce avances en la materia, como la promulgación de la Ley Nº 20.477, sin embargo, a pesar de los proyectos de ley actualmente en tramitación,

*“los representantes lamentaron reiteradamente que a más de cinco años desde el dictado de la Sentencia en el presente caso, Chile “aún mantiene vigente un sistema de justicia penal militar que transgrede estándares internacionales de protección de derechos humanos [...] en clara contravención a las garantías consagradas en la Convención Americana”. Adicionalmente, resaltaron la importancia de que el Estado “encare la reforma de la [justicia penal militar] en forma integral y de modo urgente, adoptando todas las medidas necesarias para impulsar el trámite parlamentario”* (Resolución de la Corte IDH de 1º de julio de 2011, Supervisión de Cumplimiento, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, p. 7);

**19º.** Que, por último, en materia de estándares, cabe agregar como un elemento complementario de análisis el criterio que ha tenido la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Radilla Pacheco vs. México en sentencia del 23 de noviembre de 2009, excepcionando de la jurisdicción militar los actos delictivos cometidos por militares respecto de bienes jurídicos no militares. Siendo sus víctimas civiles, bajo ninguna circunstancia los juzgaría la justicia militar. Es así como los párrafos 274 y 275 de la aludida sentencia nos indican que:

“274. En consecuencia, tomando en cuenta la jurisprudencia constante de este Tribunal (supra párrs. 272 y 273), debe concluirse que si los actos delictivos cometidos por una persona que ostente la calidad de militar en activo no afectan los bienes jurídicos de la esfera castrense, dicha persona debe ser siempre juzgada por tribunales ordinarios. En este sentido, frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar.

275. La Corte destaca que cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia (supra párr. 247). En tal sentido, las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares tienen derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario.”;

20°. Que, por último, cabrían dos cuestiones complementarias. Primero, especificar cómo estos estándares encuentran fundamento en nuestro orden constitucional. Y, segundo, cómo los civiles, en cuanto víctimas de delitos, no estarían amparados por el procedimiento de la justicia militar, generando un efecto inconstitucional en el caso concreto;

## V. Fundamento constitucional de los estándares de la justicia militar

21°. Que la vulneración de los derechos a ser oído por un juez o tribunal competente, a un proceso público y a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, constituye un conjunto de infracciones al artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este artículo tiene su correspondencia con el orden constitucional chileno a través del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución. De acuerdo a nuestros precedentes, entre ellos STC Rol N<sup>º</sup> 2.265, c. sexto, se cumple con el modo de vincular reglas convencionales con el orden constitucional chileno, estimándose afectado el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, tal como lo acredita el requirente a fs. 1, 43 y 52, entre otros;

22°. Que no solo se satisface bajo el requisito formal del artículo constitucional indicado, sino que el derecho a un juez competente es parte del derecho a un juez natural, garantía integrante del debido proceso, reconocido en el artículo 19, numeral 3°, inciso sexto, de la Constitución. Recordemos que esta garantía exige que “toda sentencia de un órgano

que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer *siempre* las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos”. ¿Por qué puede ser considerado irracional e injusto que la justicia militar juzgue a policías, sometidos al fuero militar, por delitos cometidos contra civiles? La respuesta debe darse en el ámbito de las exigencias materiales que le impuso el artículo 83 de la Constitución a la jurisdicción especializada en sede castrense;

23°. Que el artículo 83 de la Constitución, junto con disponer cómo se ejercen las reglas del ejercicio de la acción penal pública y la dirección de la investigación penal, agrega que “*la adopción de medidas para proteger a las víctimas (...) corresponderán, en conformidad con las normas del Código de Justicia Militar y a las leyes respectivas, a los órganos y a las personas que ese Código y esas leyes determinen*”. Por tanto, esta norma nos habla claramente de dos cuestiones. Primero, que al no distinguir entre víctimas, éstas pueden ser militares o civiles. Segundo, que debe existir la adopción de esas medidas coherentes con el debido proceso. Si no existe ese núcleo básico de medidas, existiría una vulneración a las reglas propias de un procedimiento e investigación racional. De esta manera, la protección de las víctimas queda condicionada a la existencia de tales garantías. Si ellas no existen, no hay tutela del debido proceso, especialmente si se trata de víctimas civiles. No es del caso analizar su alcance respecto de víctimas del fuero militar, puesto que ello implicaría analizar, adicionalmente, las reglas constitucionales del artículo 19, numeral 3°, inciso segundo, de la Constitución, materia ajena a este proceso;

## VI. El estatus de los derechos de la víctima en la justicia militar

24°. Que para analizar los derechos de la víctima, a partir de una lectura del artículo 83 de la Constitución, lo que cabe es contrastar los procedimientos ordinarios en relación con el especializado de la jurisdicción militar;

25°. Que en el proceso penal regido por el Código Procesal Penal (CPP), la víctima es considerada un interviniente en el proceso (artículo 12 del CPP). Además, el Ministerio Público está obligado a “*velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal*” (artículo 6° del CPP). Asimismo, el ejercicio de la acción penal privada es exclusivo de la víctima y para la persecución de algunos delitos se requiere la denuncia previa de la víctima (artículo 53 del CPP).

Los derechos de la víctima están claramente establecidos en el artículo 109 del CPP e incluyen, entre otros, solicitar medidas de protección, presentar querrela, ejercer acciones para perseguir responsabilidad civil del imputado, impugnar la declaración de sobreseimiento definitivo y la sentencia absolutoria, aunque no haya intervenido en el proceso. La posi-



bilidad de que la víctima sea también querellante proporciona un abanico amplio de derechos, que incluye solicitar diligencias al Ministerio Público, tener acceso en todo momento a la investigación, plantear su propia teoría del caso, presentar pruebas, adherir a la acusación fiscal, formular acusación particular, etc.

En cuanto a las obligaciones del Ministerio Público con respecto a la víctima, el fiscal de la causa debe entregar información acerca del curso y resultado del procedimiento, escuchar a la víctima antes de solicitar o resolver la suspensión del procedimiento o su terminación por cualquier causa, entre otros (artículo 78 del CPP);

**26°.** Que, en cambio, en la justicia militar no existe un estatuto de la víctima. De hecho, la nomenclatura utilizada es “ofendido” o “perjudicado”. El artículo 133 del Código de Justicia Militar establece que los sumarios se seguirán exclusivamente de oficio, y no se admite querellante particular. Sólo respecto de delitos en contra de la libertad sexual se exige el consentimiento del ofendido. El artículo 133-A del Código de Justicia Militar señala que los perjudicados por un delito pueden pedir la práctica de determinadas diligencias probatorias, solicitar la publicidad del sumario, pedir la dictación de auto de procesamiento, deducir recurso de apelación en contra de la resolución que la deniegue, entre otros. La víctima puede actuar en el proceso restringiéndose a los límites impuestos por el artículo 133-A del Código de Justicia Militar, sin tener calidad de querellante, y depende de las calificaciones del fiscal sin posibilidades de presentar una acusación autónoma;

**27°.** Que, por tanto, frente a un estándar robusto sobre la excepcionalidad de la justicia militar, cabía esperar que ésta, en sus procedimientos, contuviera derechos procesales básicos que protejan a la víctima. No obstante, cabe consignar, en cumplimiento del artículo 83 de la Constitución, que el actual proceso penal militar contiene un conjunto mínimo de derechos que le impiden a la víctima el derecho a un proceso público (todo sometido a sumario) y un adecuado derecho a defensa que le permita velar por sus intereses, máxime si el victimario es integrante de la misma institución jerárquica de quien lo juzga, generando una vulneración al derecho a ser juzgado por el juez natural;

**28°.** Que quienes están en mejor posición para evaluar el cumplimiento de esta garantía son los propios tribunales ordinarios, especialmente la Corte Suprema, que ejerciendo la superintendencia directiva, correccional y económica sobre estos tribunales tiene una posición clara al respecto. Es así como, informando el proyecto de ley presentado con posterioridad a la Ley N<sup>º</sup> 20.477, señaló que *“el proyecto de ley apunta en la dirección correcta y es coincidente con la opinión manifestada reiteradamente por este Tribunal durante la discusión de la Ley N<sup>º</sup> 20.477, en el sentido de considerar expresamente la exclusión de los menores y civiles cuando tengan la calidad de*

*víctimas u ofendidos.*” (Informe de la Corte Suprema, de 28 de agosto de 2013, Boletín N° 8472-07);

**29°.** Que, por tanto, cabe acoger el presente requerimiento por verse vulnerados los artículo 5°, inciso segundo, y 19, numeral 3°, inciso sexto, y 83 de la Constitución, según ya lo hemos argumentado.

y **visto** lo dispuesto en los artículos 5°, inciso segundo, 19, N° 3°, inciso sexto, 77, 83 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 DECLARA:**

**1°.** Que, habiéndose producido empate de votos, no se ha obtenido la mayoría exigida por el artículo 93, numeral 6°, de la Carta Fundamental para declarar la inaplicabilidad requerida, motivo por el cual se rechaza el requerimiento de fojas 1.

**2°.** Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada en autos por resolución de fojas 84, debiendo oficiarse al efecto.

**El Ministro señor Juan José Romero Guzmán previene que concurre a lo expresado en el voto por acoger, con excepción de lo indicado en los considerandos 14°, 18° y 21°, y de lo señalado en el considerando 29° respecto a la vulneración del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República.**

Redactó las consideraciones que constituyen el primer razonamiento para sustentar el rechazo del requerimiento, el Ministro señor Domingo Hernández Emparanza. Redactó las motivaciones que constituyen el segundo razonamiento para el rechazo del requerimiento, el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado. Redactó el voto por acoger el requerimiento, el Ministro señor Gonzalo García Pino. Redactó la prevención, su autor, Ministro señor Juan José Romero Guzmán.

Notifíquese, comuníquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 2.363-2012**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora Marisol Peña Torres, y por los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado,

Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Empananza, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

## ROL N<sup>º</sup> 2.364-2012

### REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 25, INCISO PRIMERO, DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, DEDUCIDO POR CRISTIÁN MAURICIO VIDAL VERA

Santiago, siete de enero de dos mil catorce.

#### VISTOS:

Con fecha 3 de diciembre de 2012, el trabajador señor Cristián Mauricio Vidal Vera ha requerido a esta Magistratura la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad parcial del inciso primero del artículo 25 del Código del Trabajo, en cuanto estatuye: “...y de las esperas que les corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, no será imputable a la jornada y su retribución o compensación se ajustará al acuerdo de las partes”.

El precepto legal cuya aplicación se impugna, dispone que:

*“La jornada ordinaria de trabajo del personal de choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana, de servicios interurbanos de transporte de pasajeros y del que se desempeñe a bordo de ferrocarriles, será de ciento ochenta horas mensuales. En el caso de los choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana y de los servicios interurbanos de transporte de pasajeros, el tiempo de los descansos a bordo o en tierra **y de las esperas que les corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, no será imputable a la jornada y su retribución o compensación se ajustará al acuerdo de las partes**”.* (Lo destacado es nuestro).

La gestión pendiente invocada en el requerimiento es un proceso laboral de tutela por vulneración de derechos fundamentales, con demanda conjunta de subterfugios y demandas subsidiarias de despido indirecto y cobro de prestaciones, iniciado por el requirente ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt, tramitado originalmente bajo el RIT N<sup>º</sup> T-9-2012, RUC N<sup>º</sup> 12-4-0013776-3, en contra de personas naturales y sociedades que componen el grupo empresarial de Transportes Cruz del

Sur. En dicho proceso se alega, esencialmente, el incumplimiento de la normativa legal sobre jornada laboral de choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana, pues con el sistema de control de asistencia y cómputo horario vigente, el actor laboraba de hecho entre 14 y 19 horas diarias, cuestión que alega como vulneratoria de las garantías constitucionales de la vida y la integridad física y síquica y de la libertad de trabajo, aseguradas en el artículo 19, N<sup>os</sup> 1° y 16°, de la Constitución. Además, entre otras circunstancias, alega la existencia de subterfugios para disimular una sola unidad económica entre todos los demandados, como medio de elusión del pago de gratificaciones legales.

Agrega, asimismo, en la demanda, que se habrían verificado descuentos indebidos en sus remuneraciones, no pago de comisiones por boletos, que se le adeudarían 12 millones de pesos y fracción por gratificaciones y un total de 790 horas extraordinarias. Además, se demanda el feriado, las indemnizaciones derivadas específicamente de la acción de tutela y las prestaciones propias del término de la relación laboral, que accionó subsidiariamente como despido indirecto.

Por sentencia de fecha 5 de septiembre de 2012, rolante en copia a fojas 173 y siguientes de estos autos constitucionales, la acción de tutela y la denuncia de subterfugios fueron rechazadas por el tribunal de la instancia, aunque constatando la existencia real de un *holding* en la forma prevista legalmente y no como medio de elusión. Se declaró allí, además, que el actor no acreditó haber realizado labores en los tiempos de espera y descanso; que las variaciones de los tiempos de descanso a bordo ocurrieron por acuerdos entre el demandante y sus compañeros de labores, no imputables al empleador; que no hubo derecho a gratificaciones y que se cumplió con la normativa legal que regula la jornada laboral del actor, constatando también así que no se adeudan horas extraordinarias.

En cuanto a la acción de despido indirecto, la misma fue acogida por incumplimientos graves del empleador, referidos a excesos en los ciclos o turnos de 10 días de trabajo con 4 de descanso y, además, por existir descuentos indebidos en las remuneraciones del actor.

Al momento de formularse el requerimiento de inaplicabilidad, el proceso se encontraba pendiente ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, bajo el rol N<sup>o</sup> 160-2012, por sendos recursos de nulidad interpuestos por el actor y la demandada Transportes Cruz del Sur Limitada.

Estima el requirente que la aplicación de la precitada norma regulatoria de la jornada ordinaria de trabajo, de ese tipo de trabajadores, en la parte impugnada, vulnera la dignidad de la persona humana, su derecho a la vida e integridad psíquica y física, la libertad de trabajo y su protección y su derecho al descanso, reconocidos en los artículos 1° y 19, N<sup>os</sup> 1° y 16°, de la Constitución Política de la República; reconocidos además en

el artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 7<sup>º</sup> del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la ONU, en tanto ello repercute en la infracción del derecho a la equitativa retribución por el tiempo a disposición del empleador, ya que el trabajador no puede disponer ni separarse en su tiempo libre durante esas esperas, que en verdad constituyen una forma de jornada pasiva, similar a aquélla referida en el artículo 21, inciso segundo, del Código del Trabajo.

Expone que la aplicación del precepto impugnado resulta decisiva en la medida que la sentencia de instancia se fundó precisamente en tal norma, citando los considerandos noveno, undécimo, decimocuarto y vigésimo del fallo aludido.

Con fecha 11 de diciembre de 2012, la Segunda Sala de esta Magistratura acogió a tramitación el requerimiento, ordenando la suspensión del procedimiento en la gestión invocada y confiriendo traslado para resolver acerca de la admisibilidad, el cual no fue evacuado.

Con fecha 3 de enero de 2013, se declaró admisible el requerimiento y posteriormente se confirió traslado acerca del fondo del conflicto de constitucionalidad.

Con fecha 31 de enero de 2013, una de las demandadas en la gestión subyacente, Transportes Cruz del Sur Limitada, evacuó el traslado conferido solicitando el rechazo del requerimiento. Allí, da cuenta de los antecedentes de la gestión invocada y señala que el requerimiento de inaplicabilidad plantea un contraste abstracto de la norma legal con la Constitución y que solamente de forma indirecta se refiere a su influencia en el caso concreto, para señalar en el mismo que si se declara inaplicable dicho precepto es posible anular la sentencia y acoger la demanda de tutela, todo lo cual desnaturaliza el objetivo de la acción de inaplicabilidad, al dirigirla claramente en contra de una resolución judicial.

Agrega que el demandante fue uno de los trabajadores parte del requerimiento que dio lugar al proceso de inaplicabilidad Rol N<sup>º</sup> 2.199 de este Tribunal, recaído en el mismo precepto y rechazado por el Pleno de esta Magistratura.

Dando cuenta de las causales de nulidad alegadas por el demandante en la gestión invocada, constata la contraparte que se refieren a infracciones al artículo 477 del Código del Trabajo, en relación a los derechos a la integridad física y psíquica y a la libertad de trabajo, omisión de requisitos de la sentencia y errada calificación de los hechos, sin que ellas se relacionen con la aplicación del precepto impugnado, agregando que lo que pretende el actor es que la Corte de Apelaciones de Puerto Montt aplique directa e inmediatamente la Constitución, lo cual excluye el carácter *decisorio litis* de la preceptiva impugnada, ya que la sentencia se impugna por infracción a la Constitución y no por vulneraciones a ley.

A continuación, argumenta que no existe contradicción entre la Carta Fundamental y el artículo 25 del Código del Trabajo, toda vez que el precepto impugnado no vulnera la Carta Fundamental, dando cuenta del contenido especial de dicho artículo y del régimen de descanso y de la forma de su fiscalización.

Expone que la naturaleza de las labores y el factor seguridad son las razones de esa diferencia de trato, factores que obligan a regular detalladamente el régimen del descanso y esperas, armonizándolo con la necesidad de continuidad de un servicio público de transporte, en una norma especial que prima por sobre el artículo 21 del Código del Trabajo, al igual que muchas otras, como las de los tripulantes de barcos y de aeronaves, artistas y deportistas.

Argumenta que los tiempos de espera y descansos se determinan por exigencia de los parámetros que regulan la actividad y por la distancia del recorrido, no por voluntad del empleador, por lo cual obligar a remunerarlos infringe la normativa laboral, pues si el trabajador no puede disponer de su tiempo es por la naturaleza de la actividad, lo que no es imputable al empleador, ya que si descansos y esperas se contabilizaran en la jornada mensual, el trabajador la completaría en sólo 8 días.

Expone finalmente que en el contrato colectivo de 11 de mayo de 2009 se estableció un bono compensatorio, el que en el contrato colectivo de 11 de mayo de 2011 asciende a \$7.200 para conductores y \$2.700 para auxiliares. Adicionalmente, expone que se paga el alojamiento cuando el trabajador debe pernoctar fuera de su ciudad de residencia.

Concluida la tramitación de la causa, se ordenó traer los autos en relación.

Con fecha 9 de mayo de 2013, se verificó la vista de la causa, alegando por la parte requirente el abogado señor José Marcel Cámpora Villagrán y por la parte requerida, Transportes Cruz del Sur Limitada, el abogado señor Gabriel Zurita Mora. El 14 de mayo de 2013 el proceso quedó en estado de acuerdo.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.** Que, en la parte expositiva de esta sentencia, se ha consignado debidamente la enunciación de las alegaciones y fundamentos de derecho que hizo valer el requirente, así como las observaciones planteadas por el requerido, cuanto también las resoluciones, comunicaciones y certificaciones que dan cuenta de la sustanciación de este proceso constitucional;

**SEGUNDO.** Que, traídos los autos en relación y terminada la vista de la causa, se procedió a deliberar el acuerdo respectivo, produciéndose votación acerca de una cuestión preliminar, de previo y especial pronuncia-

miento, planteada por la parte requerida, relativa a la manera conforme a la cual fue formulada la cuestión de inaplicabilidad en la especie;

**TERCERO.** Que, en efecto, para el requirente, la consecuente y eventual incidencia de la inaplicación del precepto legal impugnado en la gestión judicial subyacente, importaría a su vez una aplicación directa o cuasi automática de la Constitución, para integrar normativamente por un precepto constitucional superior el vacío que provocaría en el caso la inaplicación de dicha norma legal, estimándose por la unanimidad de los Ministros constituidos en Pleno que la acción de autos así dirigida debe ser desestimada por cuanto desborda los límites propios de una declaración de inaplicabilidad, la cual es puramente supresiva o negativa, en el sentido de impedir que el juez de la instancia aplique un precepto legal. No importa, empero, un mandamiento positivo de aplicar otra norma legal o, *per se*, la aplicación de un precepto constitucional, más allá de lo necesario para sólo inaplicar un precepto legal. Corresponde al juez de la instancia, dentro de su competencia jurisdiccional, seleccionar el Derecho aplicable y resolver conforme a ello, con la única salvedad del precepto legal que se excluya por esta Magistratura en virtud de razones constitucionales;

**CUARTO.** Que, efectivamente, de conformidad con lo dispuesto en 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 la inaplicabilidad, parcial, del inciso primero del artículo 25 del Código del Trabajo, en atención a que su aplicación al caso específico de que se trata –vale decir, una acción de tutela laboral de derechos fundamentales– resultaría contraria al artículo 19, numerales 1<sup>º</sup> y 16<sup>º</sup>, de la Carta Fundamental, además de su artículo 1<sup>º</sup>. Sin perjuicio de ello, se sostiene también la infracción de otras normas del Derecho Internacional de Derechos Humanos, aunque sin invocar la infracción del artículo 5<sup>º</sup>, inciso segundo, de la Constitución Política de la República;

**QUINTO.** El aludido inciso primero del artículo 25 del Código del Trabajo dispone lo siguiente:

*“La jornada ordinaria de trabajo del personal de choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana, de servicios interurbanos de transportes de pasajeros y del que se desempeñe a bordo de ferrocarriles, será de ciento ochenta horas mensuales. En el caso de los choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana y de los servicios interurbanos de transporte de pasajeros, el tiempo de los descansos a bordo o en tierra y de las esperas que les corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, no será imputable a la jornada y su retribución o compensación se ajustará al acuerdo de las partes.”;*

**SEXTO.** Que, en el texto del requerimiento, se sostiene que la demanda de la instancia versa: “...acerca de la desmedida e irracional aplicación de

*los tiempos de las esperas que deban cumplirse entre turnos laborales que incesantemente utiliza el empleador en contra de la garantías del artículo 19, N° 1, y 16 (sic) de la Constitución, a partir de la regla del artículo 25, inc. 1°, del Código del Trabajo...”. Añade que la sentencia de la instancia yerra porque “...decide aplicar la regla vigente de nuestro art. 25 del Código del Trabajo al caso particular, para concluir que, por su sola subsistencia formal, ésta prevalece, y por ende no hay vulneración alguna de las garantías fundamentales mencionadas”. Luego, a fojas 15 de estos autos, añade el requirente que: “Como puede observarse de forma evidente, de no estar la aplicación del precepto legal impugnado (sic), se habría aplicado directamente la Constitución art. 19, N° 1°, y 16°, y se habría acogido en lo sustancial la acción de tutela laboral, sin el rechazo como hasta aquí fue, lo que incide en la decisión final que deba adoptar la IIta. (sic) Corte de Apelaciones de Puerto Montt.”;*

**SÉPTIMO.** Que, percibiendo tal situación, la requerida Transportes Cruz del Sur Limitada, a fojas 244 y siguientes de autos, señala que: “... Sólo en forma indirecta y muy poco clara, el recurrente sugiere que de no aplicarse la norma cuya constitucionalidad impugna, el Juzgado del Trabajo habría aplicado directamente los números 1 y 19 (sic) del artículo 19 de la Constitución Política de la República y se habría acogido en lo sustancial la acción de tutela laboral, y que con independencia de la acción de tutela, se habría podido acceder al cobro de horas extras.”;

**OCTAVO.** Que, así planteada y debatida la materia, esta Magistratura no puede entender configurada una genuina cuestión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sino, antes bien, cuestiones de mera legalidad y de supremacía constitucional en la tutela de derechos fundamentales en el ámbito laboral, que no son susceptibles de resolverse en esta sede;

**NOVENO.** Que, por cierto, resulta evidente que en autos lo que se pretende es derivar una afectación de derechos fundamentales en el ámbito laboral, al contrario de lo que se dice, sobre la base de la aplicación del artículo 25 del Código del Trabajo, cuyos límites se habrían desbordado. Ello importa una cuestión de mera legalidad, que implica definir los adecuados márgenes de aplicación de esa norma en materia de jornada laboral para los trabajadores del rubro, tarea que no corresponde a esta Magistratura Constitucional. En efecto, la inaplicabilidad puede declararse cuando la ley, rectamente interpretada, produce un efecto inconstitucional, mas no cuando la norma legal se distorsiona en su aplicación por una interpretación incorrecta;

**DÉCIMO.** Que, incluso la doctrina más autorizada (Cfr. Silva Irrarrázabal, Luis Alejandro: “Supremacía constitucional y tutela laboral”, en: Revista de Derecho, Valdivia, Vol. XXIV-N° 1 – Julio 2011, págs. 31 a 48) está conteste en que, en la práctica, la figura de la tutela laboral de derechos fundamentales reposa sobre un supuesto de hecho según el cual debe existir ilegalidad y, además, inconstitucionalidad, toda vez que la



lesión de derechos fundamentales protegibles por esa vía, debe producirse “*por aplicación de las normas laborales*” (artículo 485, inciso primero, del Código del Trabajo) o “*en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador*” (inciso cuarto). Lo que significa que la supremacía constitucional se verifica mediante una interpretación de la ley laboral conforme con los derechos constitucionalmente garantizados, en vez que por la vía de la inaplicación de la ley. Por lo demás, la declaración de inaplicabilidad no autorizaría entonces al juez laboral para llenar ese vacío mediante la aplicación directa de la Constitución, como reclama el requirente.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo establecido en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 6<sup>º</sup>, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República y lo dispuesto en los artículos 79 y siguientes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**1<sup>º</sup>. Que se rechaza el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas 1.**

**2<sup>º</sup>.** Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 118, debiendo oficiarse al efecto;

**3<sup>º</sup>.** Que no se condena en costas a la requirente, por haber tenido motivo plausible para litigar.

**El Ministro señor Iván Aróstica Maldonado y la Ministra señora María Luisa Brahm Barril previenen que** concurren a lo resuelto sin compartir lo razonado en los considerandos noveno y décimo.

Redactó la sentencia el Ministro señor Domingo Hernández Emparanza, y la prevención, sus autores.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N<sup>º</sup> 2.364-2012**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora Marisol Peña Torres, y por los Ministros señores 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 y señora María Luisa Brahm Barril. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

ROL Nº 2.365-2012

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 48 Y 108,  
LETRA B), DE LA LEY Nº 19.039 DE PROPIEDAD INDUSTRIAL,  
DEDUCIDO POR CORPORACIÓN NACIONAL DEL COBRE  
DE CHILE (CODELCO)

Santiago, catorce de enero de dos mil catorce.

**VISTOS:**

Con fecha 4 de diciembre de 2012, a fojas 1, Carlos Enei Villagra, en representación de Corporación Nacional del Cobre de Chile, División CODELCO Norte, deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 48 y 108, letra b), de la Ley Nº 19.039, de Propiedad Industrial, en la causa caratulada “*Astudillo Capetillo, Milton, con Corporación Nacional del Cobre, División Norte*”, de que conoce actualmente la Corte de Apelaciones de Antofagasta bajo el Rol Nº 408-2012.

Los preceptos legales impugnados disponen:

*“Artículo 48. Una vez aprobada la concesión y después de acreditarse el pago de los derechos correspondientes se concederá la patente al interesado y se emitirá un certificado que otorgará protección a contar de la fecha en que se presentó la solicitud.*

*Artículo 108. La indemnización de perjuicios podrá determinarse, a elección del demandante, de conformidad con las reglas generales o de acuerdo con una de las siguientes reglas:*

*... b) Las utilidades que haya obtenido el infractor como consecuencia de la infracción.”.*

Como antecedentes de la gestión en que incide el requerimiento, indica CODELCO que, en diciembre de 2009, fue demandada de indemnización de perjuicios por Milton Astudillo Capetillo, ante el 2º Juzgado de Letras de Calama, por la supuesta vulneración de su patente Nº 45.180.

La demanda, fundada, entre otros antecedentes, en los preceptos impugnados de inaplicabilidad, sostiene que CODELCO se habría beneficiado en forma ilegítima de una supuesta invención del demandante, consistente en un sistema de redistribución de material de una pila de lixiviación, conocido como “*remining*”, protegido por la patente aludida. En el libelo, además, el actor optó por demandar la indemnización de perjuicios, precisamente, conforme a la regla del cuestionado artículo 108, letra b).

Por sentencia de primera instancia, de abril de 2012, el tribunal acogió parcialmente la demanda, condenando a CODELCO al pago de la suma de 14 millones de dólares a título de indemnización, y haciendo, asimismo, aplicación expresa de los preceptos impugnados de inaplicabilidad. Ante ello, ambas partes dedujeron recurso de apelación para ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta, constituyendo ésta la gestión pendiente, actualmente suspendida en su tramitación conforme a lo ordenado por la Primera Sala de este Tribunal Constitucional a fojas 96, y en la cual estima la requirente que los preceptos impugnados constituyen normas *decisoria litis*.

En cuanto al conflicto constitucional y a los vicios de inconstitucionalidad invocados, señala CODELCO que el artículo 108, letra b), de la Ley de Propiedad Industrial, al establecer un mecanismo de indemnización por la infracción, en que la reparación se hace consistir en las utilidades obtenidas por el ejercicio de una actividad económica, privando de la totalidad de sus utilidades al eventual infractor, infringe los numerales 21<sup>º</sup> y 24<sup>º</sup> del artículo 19 de la Constitución.

Así, en vez de restablecer el patrimonio afectado, por la vía de la indemnización conforme a las reglas generales, el artículo 108, letra b), determina la transferencia de las utilidades obtenidas por el supuesto infractor a la víctima, quien se beneficia de una actividad económica lícita y ajustada a la legislación que la regula, en la cual no ha invertido recursos ni ha asumido riesgos, y con independencia de la contribución efectiva del invento en la generación de las utilidades.

Asimismo, por la vía de este sistema de indemnización, se priva a CODELCO de su propiedad sobre las utilidades, constituyendo ello una confiscación de su patrimonio, sin una ley general que autorice la expropiación y con la pertinente indemnización.

En la especie, además, la prueba rendida en primera instancia determinó que el uso de la tecnología en discusión no reportó mayor recuperación de cobre para CODELCO. No obstante, este asunto es debatido en la gestión *sub lite, donde se discute* si dicha tecnología forma parte o no de la patente del señor Astudillo, e incluso CODELCO ha demandado la nulidad de la patente ante el Instituto Nacional de Propiedad Industrial –INAPI–, en un proceso que se encuentra pendiente en paralelo.

El artículo 108, letra b), al establecer un régimen confiscatorio y expropiatorio de las utilidades legítimas de CODELCO, además, infringe el numeral 26<sup>º</sup> del artículo 19 constitucional, al alterar la naturaleza de los derechos constitucionales a desarrollar actividades económicas y de propiedad, afectándolos en su esencia e impidiendo su libre ejercicio.

Por otro lado, el precepto cuestionado infringe normas constitucionales que en su conjunto consagran los principios de proporcionalidad y de irretroactividad de los preceptos desfavorables o restrictivos.

En efecto, el juez de primera instancia aplicó en forma retroactiva el artículo 108, letra b), fundado en el artículo 48 de la misma Ley de Propiedad Industrial, en circunstancias que el artículo 108, letra b), no existía al año 2002, cuando se solicitó la patente, sino que fue recién incorporado a la Ley de Propiedad Industrial por la Ley N° 19.996, de 2005. Lo anterior resulta contrario al principio de proporcionalidad, recogido en los artículos 1°, 5° y 19, N°s 2° y 22°, de la Carta Fundamental, al intervenir en forma desproporcionada los derechos constitucionales de CODELCO con el objeto de proteger la propiedad industrial del demandante, extendiendo la indemnización al período de tramitación de la patente, en que el demandante sólo tenía meras expectativas sobre ella.

Además, se infringe el principio general de irretroactividad de los preceptos desfavorables o restrictivos de derechos, no obstante estar en presencia de derechos adquiridos de CODELCO, y amparados por su derecho de propiedad y por la garantía del *statu quo* respecto a la situación jurídica de las partes, desde que en la especie la patente estaba en tramitación a la época de las supuestas infracciones, afectándose así la igualdad ante la ley de CODELCO, a través de diferencias desproporcionadas y carentes de razonabilidad.

Por su parte, el artículo 48 de la Ley de Propiedad Industrial, en cuanto sirve de aparente fundamento para la aplicación retroactiva del artículo 108, letra b), es también inconstitucional.

En efecto, el artículo 108, letra b), comenzó a regir en diciembre de 2005, y la patente fue solicitada el año 2002 y concedida en junio del año 2009. Luego, el juez de primera instancia, basado en el artículo 48 en comento, aplicó retroactivamente el artículo 108, letra b), no obstante que el régimen indemnizatorio establecido en esta norma no existía al momento en que el señor Astudillo solicitó su patente. Esta aplicación retroactiva es contraria a la igualdad ante la ley y al derecho de propiedad de CODELCO, garantizados por los numerales 2° y 24° del artículo 19 constitucional, además de conculcar la garantía del *statu quo* aludida y afectar en su esencia el derecho de propiedad de CODELCO.

La Primera Sala de esta Magistratura –a fojas 96 y 131, respectivamente– admitió a trámite y declaró admisible el requerimiento.

A fojas 392, se confirió a los órganos constitucionales interesados y al señor Milton Astudillo Capetillo, en su calidad de parte en la gestión en que incide el requerimiento, el plazo de 20 días para formular sus observaciones sobre el fondo del mismo.

Con fecha 1° de febrero de 2013, a fojas 400, los abogados Juan Paulo Bambach Salvatore y Guillermo Zavala Matulic, en representación de Milton Astudillo Capetillo, formulan dentro de plazo sus observaciones al requerimiento, instando por el rechazo del mismo en todas sus partes, toda vez que la aplicación en la gestión pendiente de los artículos 48 y

108, letra b), de la Ley de Propiedad Industrial no resulta contraria a la Constitución.

Comienzan señalando que los preceptos impugnados integran un derecho especial, como es el derecho de la propiedad intelectual, en su especie de propiedad industrial, garantizado y protegido por el artículo 19, N<sup>º</sup> 25<sup>º</sup>, de la Carta Fundamental. Este régimen de bienes intelectuales constituye un derecho especial, con sus propias reglas y principios, de modo que prevalece sobre las reglas generales y no le son aplicables las categorías ni las interpretaciones del derecho común. Las creaciones del espíritu amparadas por el artículo 19, N<sup>º</sup> 25<sup>º</sup>, difieren de la categoría de los bienes corporales e incorporeales, así como de los derechos reales o personales, y tienen un régimen especial de protección, indemnización y reparación.

Este régimen especial, además, se proyecta en el ámbito internacional, a través de una serie de acuerdos multi y bilaterales ratificados por Chile. Precisamente, la Ley N<sup>º</sup> 19.996 incorporó al derecho interno el artículo 108, letra b), para adecuar nuestra legislación nacional a los compromisos internacionales contraídos por el país. Así, la protección de la propiedad industrial no se extiende al solo interés particular del inventor, sino que es una cuestión de orden público económico internacional.

En los términos explicados, el artículo 108, letra b), tiene su antecedente en el derecho comparado. Así, ya en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, de la Organización Mundial de Comercio, suscrito por Chile, se acepta expresamente la reparación por concepto de los beneficios obtenidos por el infractor, incluso cuando éste ignora que su conducta es constitutiva de infracción. En otros acuerdos y tratados internacionales que se citan, se consagra la misma regla de la indemnización conforme a las utilidades obtenidas por el infractor, regla que fue incorporada a nuestro derecho interno por el referido artículo 108, letra b).

En nuestro derecho interno también existe una serie de normas que disponen el reintegro de las utilidades obtenidas por conductas ilícitas, estableciéndose incluso reglas como la del artículo 139 del Código de Minería, que contempla el reintegro de las utilidades y, además, la indemnización de perjuicios.

La regla del artículo 108, letra b), en definitiva hace realidad el principio de que nadie puede aprovecharse de su propia conducta ilícita, contraria a la ley o a derecho ajeno. Luego, esta norma no es inconstitucional, ni consagra un sistema de reparación expropiatorio, confiscatorio ni desproporcionado. Como se dijo, este precepto legal no debe compararse con las reglas generales del derecho civil, sino directamente a la luz de su conformidad con la Constitución, y reconociendo la discrecionalidad del legislador para normar la responsabilidad y las indemnizaciones.

En este sentido, el requerimiento reprocha el artículo 108, letra b), en relación con las reglas generales de indemnización, pero ello no incide en la constitucionalidad de esta norma de derecho especial, que tiene sus propias finalidades, con su antecedente en el derecho internacional, como son la reparación del daño, evitar el enriquecimiento sin causa, disuadir al infractor y castigar una conducta ilícita.

Así, en primer lugar, el precepto impugnado, conforme al estándar fijado por este propio Tribunal Constitucional, no establece una discriminación arbitraria ni es desproporcionado. Se trata de una regla especial de indemnización que, amparada en el orden público económico internacional y en el respeto de los tratados internacionales, obliga al infractor a desprenderse de las utilidades percibidas con infracción de la ley, respetando el principio de igualdad y de proporcionalidad y en armonía con otras reglas internacionales y de derecho interno que obligan a restituir los beneficios mal habidos, sin justo título para ello.

No existe expropiación, pues ésta supone un acto que no viene precedido ni justificado por una conducta del expropiado. En la especie, en cambio, existe una sentencia judicial que constata la infracción de la ley, siendo dicha conducta ilícita la fuente de la obligación de indemnizar.

Tampoco existe confiscación, pues no hay traspaso de bienes desde el dominio privado al estatal, sino un traspaso de bienes desde el dominio del infractor al del inventor, ordenado por sentencia judicial.

Por otro lado, el requerimiento caricaturiza el tenor literal del precepto que impugna, apartándose de su sentido, para poder justificar su inconstitucionalidad. Así, aseverar que el artículo 108, letra b), priva al infractor de la totalidad de sus utilidades, o de las utilidades que son independientes de la infracción, es incorrecto, pues el precepto es claro en su referencia a las utilidades obtenidas a consecuencia de la infracción, y no todas ni las obtenidas al margen de la infracción, por lo que las alegaciones de CODELCO fuera del tenor literal de la norma, deben ser rechazadas de plano.

Asimismo, el requerimiento formula reproches al artículo 108, letra b), que consisten en cuestiones de hecho, como la prueba y el establecimiento de las utilidades obtenidas, o de mera legalidad, como la aplicación incorrecta o abusiva de este precepto por el juez, que habría extendido la indemnización a utilidades que no guardan relación con la infracción de la patente, cuestiones ambas que escapan a la naturaleza de la acción de inaplicabilidad y que deben ser resueltas por el juez de fondo y a través de los recursos procesales pertinentes.

Por otro lado, el artículo 108, letra b), considerado aisladamente, no produce ningún efecto inconstitucional, pues se aplica a quien fue declarado infractor por sentencia judicial, estableciéndose la obligación de pagar una suma de dinero al titular de la patente, quien puede optar

porque dicha suma sea equivalente a las utilidades obtenidas a consecuencia de la infracción. Luego, se trata de una norma de valorización de la prestación en dinero debida. Además, no es el precepto impugnado el que crea la obligación y la disminución del patrimonio de CODELCO, sino que lo es la sentencia judicial que condena al infractor sobre la base de normas jurídicas no impugnadas en el requerimiento.

En fin, el artículo 108, letra b), no vulnera la libertad de empresa de CODELCO, pues en la especie se trata de beneficios económicos obtenidos como consecuencia de la infracción de la ley, y la actividad económica antijurídica no está tutelada por el numeral 21<sup>º</sup> del artículo 19 constitucional.

Por otro lado, en relación al artículo 48 de la Ley de Propiedad Industrial impugnado, el requerimiento sostiene que este artículo sirve de aparente fundamento para aplicar retroactivamente desde el año 2002 el artículo 108, letra b), que empezó a regir en diciembre de 2005, y siendo la patente concedida en junio de 2009.

Sostiene la defensa del señor Astudillo que este precepto no produce efecto retroactivo ni vulnera las garantías constitucionales de la igualdad y la propiedad. No se trata de un efecto retroactivo, sino del efecto inmediato de la ley nueva, que se aplica a hechos y situaciones jurídicas acontecidas bajo su vigencia.

El artículo 48 de hecho está vigente desde el año 1991, antes de la presentación de la solicitud de patente, por lo que desde dicha presentación ya se sabía cuál era el período de protección de la patente. Por su parte, el artículo 108, letra b), entró en vigencia en diciembre de 2005, y desde esa fecha ambas normas se aplican conjuntamente, pero a futuro, desde el período que se inicia en marzo del año 2006, que es el pertinente en relación con el juicio en que inciden ambas normas impugnadas, pues desde ahí tiene lugar la infracción de CODELCO y la obtención de los beneficios a consecuencia de dicha infracción, aplicándose la ley vigente al tiempo en que ocurrió esa situación, y sin que exista efecto retroactivo.

Además, desde marzo de 2006, si bien el señor Astudillo no era aún titular del dominio de la patente, sí era propietario de bienes intelectuales conforme al artículo 584 del Código Civil, propiedad que existe desde antes de que el Estado otorgue la patente. Su invención, en efecto, es digna de tutela desde su creación, pues no es la patente la que da existencia al invento. Así, el sistema contempla dos clases de protección: la que concede la solicitud de patente, que va desde la presentación de la solicitud hasta su otorgamiento; y la que concede la patente misma, que va desde su otorgamiento hasta su vencimiento.

Al no haber efecto retroactivo, tampoco se vulnera la propiedad de CODELCO pues, como se dijo, se trata de utilidades obtenidas con violación de la ley y, por lo tanto, no tuteladas por el dominio.

A fojas 447, se ordenó traer los autos en relación e incluirlos en el Rol de Asuntos en Estado de Tabla.

A fojas 464, se agregó al expediente la presentación del Director Nacional del Instituto Nacional de Propiedad Industrial, que sostiene que los dos preceptos cuestionados de inaplicabilidad no son contrarios a la Constitución.

A fojas 625, se tuvieron por acompañados informes en derecho y otros documentos por parte de la requirente.

Los autos se agregaron en la tabla de Pleno del día 4 de julio de 2013, fecha en que tuvo lugar la vista de la causa, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados Cristóbal Jimeno Chadwick, por la requirente Corporación Nacional del Cobre de Chile –CODELCO–, y Jorge Streeter Prieto, por Milton Astudillo Capetillo.

Con la misma fecha se decretó, como medida para mejor resolver, requerir al Instituto Nacional de Propiedad Industrial –INAPI– para que remitiera a esta Magistratura Constitucional copia autorizada del informe pericial recaído en la causa sobre demanda de nulidad de la patente de invención N° 45.180, interpuesta por la Corporación Nacional del Cobre de Chile –CODELCO– en los autos Rol N° 4933.

Dicha medida para mejor resolver se tuvo por cumplida con fecha 8 de julio de 2013 y, conforme consta del certificado de fojas 706, con fecha 6 de agosto de 2013 se adoptó acuerdo en la presente causa.

**Y CONSIDERANDO:**

## I

### EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL

#### **A. Los preceptos impugnados**

**PRIMERO.** Que el primer precepto legal impugnado dispone:

*“Artículo 48. Una vez aprobada la concesión y después de acreditarse el pago de los derechos correspondientes se concederá la patente al interesado y se emitirá un certificado que otorgará protección a contar de la fecha en que se presentó la solicitud.”*

Este artículo 48 es parte integrante de la Ley 19.039, sobre Propiedad Industrial, desde su origen. La historia de su incorporación en dicho cuerpo normativo revela que fue aprobada por unanimidad y sin mayor debate. Consta en el Primer Informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados que esta regla *“establece que la patente se concederá al interesado una vez aprobada su concesión y acreditado el pago de los derechos correspondientes.”*;

**SEGUNDO.** Que el segundo precepto legal impugnado dispone lo siguiente:



*“Artículo 108. La indemnización de perjuicios podrá determinarse, a elección del demandante, de conformidad con las reglas generales o de acuerdo con una de las siguientes reglas:*

*(...) b) Las utilidades que haya obtenido el infractor como consecuencia de la infracción.”*

Este artículo fue incorporado a la Ley N<sup>º</sup> 19.039, sobre Propiedad Industrial, por la Ley N<sup>º</sup> 19.996, modificando el régimen indemnizatorio en la materia. El sentido general de su establecimiento se corresponde con la introducción del denominado “método triple” de cálculo de las indemnizaciones en caso de infracción de derechos de propiedad industrial. *“El monto de la indemnización se determina en consideración al daño efectivamente causado, al valor que habría tenido una licencia sobre el derecho interferido, o bien de acuerdo con las ganancias netas obtenidas por el infractor”* (GARCÍA, Alejandro, “Reparación de daños en las infracciones sobre patentes de invención y secretos industriales”, en *Derechos Intelectuales*, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 44). Este método viene precedido de variadas legislaciones que lo habían introducido bajo esta misma modalidad en sus ordenamientos, a saber, España en el artículo 125 de la ley de propiedad intelectual y el artículo 66 de su ley de patentes; en el artículo 246 de la ley de propiedad intelectual de Perú; en el artículo 170 de la ley 35, sobre disposiciones de propiedad industrial, de Panamá, y así sucesivamente en Paraguay, Nicaragua, Honduras, El Salvador, etc. Por lo demás, su génesis se vincula a la *“doctrina jurisprudencial alemana de 1895, conocida como ‘Caso Aristón’, desde donde se copió por prácticamente todas las legislaciones de marcas y patentes del mundo románico-germánico, específicamente allí donde hubiera derechos de exclusividad como los de patentes, modelos de utilidad, marcas, modelos”* (BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, “El sistema indemnizatorio del triple cómputo en la Ley de Propiedad Industrial”, *Ius et Praxis*, Año 14, N<sup>º</sup> 1, p. 129).

Así, las tres reglas distintas que se aplican son: *utilidades que se hubieren dejado de percibir por la infracción, utilidades que haya obtenido el infractor como consecuencia de la infracción y el precio a pagar por el otorgamiento de una licencia, atendido su valor comercial (artículo 108, literales a), b) y c), de la Ley 19.039*). Con ello, la solicitud de indemnización de perjuicios se desmarca de las reglas generales propias del Código Civil. Al demandante se le da la opción de recurrir por alguna de estas vías o por las modalidades habituales para obtener indemnización. El objeto de su introducción tiene los siguientes fundamentos. Primero, se trata de generar la opción aludida. Segundo, esta normativa fue introducida pragmáticamente como una facilitación de la reparación de los daños cuando alguien maliciosamente los haya provocado. Tercero, *“el actor, al momento de demandar, tendrá que precisar la naturaleza y monto de los perjuicios. Porque si opta por alguno de los caminos que le señala el artículo 108, estará obligado a precisar en la demanda el*

*tipo de daños que sufrió y, naturalmente, su monto estimado*” (Intervención del Senador Augusto Parra al aprobar en Sala el proyecto de ley). Cuarto, finalmente, en un aspecto que adquirirá relevancia, este proyecto de ley tramitó el régimen indemnizatorio, desde su inicio, para calcular el efecto del “lucro cesante”. Sin embargo, en la discusión legislativa se estimó que este concepto era muy estrecho y se amplió a todo régimen indemnizatorio, especialmente a la dimensión resarcitoria por enriquecimiento sin causa, a elección del demandante de perjuicios. *“Justificaron su proposición señalando que ella facilita la prueba de los daños en este tipo de juicios, la que de otra manera resulta sumamente difícil e incierta.”* (Comisión de Economía del Senado, Segundo Informe, Historia de la Ley N° 19.996, p. 904);

### **B. Normas constitucionales que se estiman vulneradas**

**TERCERO.** Que la requirente estima vulnerados derechos constitucionales y principios constitucionales que reseñaremos en capítulos diversos. En primer lugar, los derechos constitucionales que se estiman transgredidos son los consagrados en el artículo 19, numerales 21°, 24° y 26°. El primero, porque CODELCO actúa como empresa del Estado sometida a reglas de derecho común, en esta materia, las cuales la habilitan a un ejercicio pleno del derecho de propiedad. En segundo lugar, y como derecho que pivota sobre toda la estructura argumentativa, se estima vulnerado el derecho de propiedad. Se entiende que estas normas, especialmente el artículo 108, literal b), de la Ley N° 19.039 establece un mecanismo de reparación, a título indemnizatorio, que confisca las utilidades obtenidas con ocasión del ejercicio legítimo de la actividad económica. Con ello, se trasladan beneficios al demandante sin haber invertido recursos ni asumido riesgos en la actividad económica. De ese modo, CODELCO se ve privada, sin una ley general o especial que autorice una expropiación, de todas las utilidades percibidas por el titular del derecho. Finalmente, tales privaciones afectan la garantía del contenido esencial de los derechos que asegura el dominio en el patrimonio de las cosas corporales e incorporales, puesto que se ven afectadas en su esencia facultades fundamentales del dominio que le hacen reconocible como derecho de su especie;

**CUARTO.** Que, en cuanto a los principios constitucionales afectados, el requerimiento sostiene que hay infracción al principio de proporcionalidad, que en el juicio interpretativo de la requirente se sostiene en los artículos 1°, 5° y 19, numeral 2°, de la Constitución. Hay desproporción porque el legislador no ha establecido el principio de la mínima intervención sobre la igualdad ante la ley. Asimismo, esta desproporción se ve agravada al extender la protección por la supuesta infracción a las meras expectativas al retrotraerlas al momento de su solicitud. Esta desproporción no es sólo teórica ni parcial de la requirente sino que ésta la basa en

la sentencia del juez de primera instancia, que estima que hay una notable desproporción entre los beneficios obtenidos por el supuesto infractor y los que previsiblemente hubiera obtenido el propietario de la patente. Que la mínima intervención hubiera quedado limitada a la estimación del lucro cesante y no a una máxima intervención que se vincula a todas las utilidades, vulnerando la igual aplicación de la ley, careciendo de razonabilidad y de proporcionalidad y deviniendo en criterios discriminatorios y arbitrarios. Asimismo, se estima vulnerado el principio de irretroactividad de los preceptos desfavorables y restrictivos, especialmente por aplicación del artículo 48 de la Ley de Propiedad Industrial. Lo anterior, debido al hecho de que al momento de solicitar la patente en el año 2002 el demandante de perjuicios, no existía el triple método indemnizatorio introducido en el año 2005. Por tanto, al momento de reconocérsele su patente al señor Milton Astudillo Capetillo, en el año 2009, sólo podía tener sus derechos originales del año 2002. Esta es una vulneración del principio del *statu quo* en materia de propiedad –a juicio de la actora– y del respeto al contenido esencial de los derechos, puesto que aparece protegiendo meras expectativas del demandante de perjuicios respecto de derechos consolidados de la requirente;

## II

### CRITERIOS INTERPRETATIVOS DE LA SENTENCIA

**QUINTO.** Que los criterios que guiarán esta sentencia son esencialmente tres. Primero, la delimitación adecuada entre los conflictos de constitucionalidad y las cuestiones de legalidad involucradas en este caso. Sobre estas últimas el Tribunal no se pronunciará, según se especificará. En segundo lugar, la estimación de las reglas constitucionales que importan identificar el estatuto naturalmente aplicable al caso, esto es, las normas fundamentales relativas al derecho de propiedad industrial. Éste será el parámetro que permitirá estimar la existencia o no de normas y principios constitucionales infringidos. Tercero, por último se especificará la concurrencia, en el caso concreto, del efecto inconstitucional que se exige para verificar si prosperará o no el requerimiento respecto de ambos preceptos legales impugnados;

## III

### CUESTIONES SOBRE LAS CUALES NO SE PRONUNCIARÁ ESTE TRIBUNAL

**SEXTO.** Que en esta causa se ha acumulado un conjunto muy amplio de documentos que superan largamente los antecedentes directos de la gestión pendiente y que alcanzan, asimismo, a la demanda de nulidad de

CODELCO en contra de la patente de invención N° 45.180, correspondiente al señor Milton Astudillo Capetillo. Tal información tiene por objeto ilustrar a esta Magistratura acerca del alcance de la causa y se utiliza también como mecanismo para verificar el efecto inconstitucional que se deduce de la presentación del requerimiento;

**SÉPTIMO.** Que, con el objeto de evitar equívocos interpretativos, el Tribunal Constitucional identifica una faz activa del conflicto de constitucionalidad sometido a su conocimiento y define una faz abstencionista respecto del conflicto de legalidad que resulta ajeno a nuestras competencias. Por tanto, si bien constituye un desafío trazar la frontera entre ambos dilemas, la doctrina ha decantado que uno de los criterios que la identifican es el relativo a la intensidad constitucional. Hay ciertos aspectos de este caso que tienen un profundo vínculo con normas constitucionales directas y otras son mandatos que el propio texto fundamental derivó al legislador, los cuales, pese a la delegación, no exigen de una contrastación de principios constitucionales, pero de una manera tamizada;

**OCTAVO.** Que, por lo anteriormente dicho, de esta sentencia no se puede deducir ni inferir, directa o indirectamente, ninguna determinación de este Tribunal sobre las cuestiones que se pasan a explicar;

**NOVENO.** Que la gestión pendiente sometida a nuestro conocimiento está en la etapa procesal en que la presentó el requirente, esto es, en estado de tabla para su vista y fallo por parte de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, siendo CODELCO demandada por indemnización de perjuicios por uso de la patente N° 45.180, inscrita a nombre de Milton Astudillo Capetillo. Respecto de esta gestión, nuestra Magistratura no adopta decisiones sobre la base de adelantar, proyectar o esperar resultados procesales previsibles por parte de la jurisdicción ordinaria;

**DÉCIMO.** Que, asimismo, tampoco nos pronunciaremos sobre la titularidad actual de la patente de invención ni sobre la determinación definitiva de su reconocimiento que se encuentra impugnado por la demanda de nulidad de la misma;

**DECIMOPRIMERO** Que no le corresponde a esta Magistratura estimar si la invención del “*remining*” y su patentación constituye o no un desarrollo nuevo, esto es de aquellos que no existen con anterioridad en el estado de la técnica, cuestión que se inscribe en la esfera del Instituto de Propiedad Industrial (artículo 3° de la Ley N° 19.039);

**DECIMOSEGUNDO** Que tampoco es parte de nuestra competencia, ni siquiera en el nivel de la sugerencia, la interpretación acerca de cuál es el mejor método indemnizatorio aplicable entre aquellos que el legislador definió en el artículo 108 de la Ley N° 19.039, sobre Propiedad Industrial. Tampoco nos referiremos a los daños indemnizatorios solicitados ni a su estimación pericial;

**DECIMOTERCERO.** Que, finalmente, tampoco le corresponde a esta Magistratura realizar una interpretación jurídica de los tratados internacionales aplicables en la materia, especialmente del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (TRIPS en su denominación en inglés) de la Organización Mundial de Comercio, por no tratarse de materias que sean susceptibles de estar reguladas por el artículo 5<sup>º</sup>, inciso segundo, de la Constitución;

#### IV

### EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL COMO PARÁMETRO DE CONTROL

**DECIMOCUARTO.** Que el derecho de propiedad industrial es una rama de la propiedad intelectual, que protege un tipo especialísimo de propiedad, al tutelar las invenciones, las innovaciones tecnológicas y el uso de las señas que caracterizan el tráfico comercial, otorgando a sus titulares y terceros legalmente reconocidos un derecho monopólico de explotación que les atribuye exclusividad en su uso;

**DECIMOQUINTO.** Que la Constitución de 1833 fue la primera en reconocer a ese nivel esta propiedad en los siguientes términos: *“Todo autor o inventor tendrá la propiedad exclusiva de su descubrimiento o producción por el tiempo que le concediere la ley; y si ésta exigiere su publicación, se dará al inventor la indemnización competente”* (artículo 152).

La Constitución de 1925 reformuló su conceptualización admitiendo la indemnización por la expropiación. De esta manera, señala que *“la propiedad exclusiva de todo descubrimiento o producción, por el tiempo que concediere la ley. Si ésta exigiere su expropiación, se dará al autor o inventor la indemnización competente”* (artículo 10, numeral 11<sup>º</sup>).

La Constitución de 1980, precedida de un estudio al interior de la Comisión Ortúzar en la Subcomisión sobre el Derecho de Propiedad, alteró esta forma de entendimiento de la propiedad industrial reconociendo la siguiente norma: *“se garantiza, también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley. Será aplicable a la propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas y a la propiedad industrial lo prescrito en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del número anterior”* (artículo 19, numeral 25<sup>º</sup>, incisos tercero y cuarto);

**DECIMOSEXTO.** Que la propiedad industrial no constituye una rama autónoma ni una disciplina propia sino que es parte de la propiedad intelectual. Chile está adscrito a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), que agrupa conceptualmente ambas categorías. Sin embargo, en el derecho chileno se ha impuesto un tratamiento diferenciado que pedagógicamente las explica por separado, pese a

emanar de una raíz común. Ya el Código Civil orientaba esta distinción al indicar que *“las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se registrará por leyes especiales”* (artículo 584 del Código Civil);

**DECIMOSÉPTIMO.** Que la propiedad industrial es una especie de propiedad o cuasi-propiedad porque no puede asimilarse directamente ni a un derecho real ni a un derecho personal. No es derecho real porque, sin perjuicio de ejercerse facultades excluyentes sobre la cosa objeto de invención, sí obliga a terceros que deben abstenerse de interferir en su uso con relevancia económica. Tampoco es un derecho personal porque se trata de un derecho directo sobre el objeto respecto del cual el titular obtiene su utilidad. El énfasis no está en el bien sino que en el provecho económico que se produce por el efecto de compartirlo con los demás. Esta condición jurídica la reconoce el constituyente al asociar el derecho de propiedad industrial solamente a los incisos segundo a quinto del artículo 19, numeral 24°. Esto es, excluye la naturaleza de la propiedad tratada como un derecho sobre bienes corporales o incorporeales;

**DECIMOCTAVO.** Que el monopolio que se protege sobre los inventos, marcas y procesos tecnológicos constituye un incentivo al desarrollo técnico e industrial, puesto que de carecer de tal garantía, no se invertiría en su investigación científica y aplicación tecnológica;

**DECIMONOVENO.** Que por mandato constitucional del artículo 19, numeral 25°, inciso tercero, corresponde al legislador, esto es a la Ley N° 19.039 (Ley de Propiedad Industrial), regular el plazo o tiempo por el cual se reconoce el dominio industrial a su titular.

Es relevante constatar el diferente régimen bajo el cual la Constitución reconoce el derecho de autor y de la propiedad intelectual, respecto del derecho de propiedad industrial. La Constitución habilita al legislador para definir la protección de la propiedad industrial *“por el tiempo que establezca la ley”*. De la misma manera lo hace respecto del derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, pero con un límite definido por el constituyente, en el sentido de que el tiempo de protección *“no será inferior al de la vida del titular”* (artículo 19, numeral 25°, inciso primero, de la Constitución). Con ello, se ratifica la libertad del legislador para definir el tiempo de vigencia de la garantía protectora.

Ese plazo dependerá del tipo o especie de privilegio industrial (patente de invención, marca comercial, etc.) que esté cubierto por el título de protección. De esta forma: 1) Respecto de las patentes de invención, el título de protección se concede hasta por 20 años no renovables. 2) Respecto de las marcas comerciales, el título de protección se concede por 10 años, contados desde la fecha de su inscripción en el registro respectivo, pudiendo renovarse por períodos iguales. 3) Respecto de los modelos industriales, el título de protección se concede por 10 años, no susceptible de renovación.

De importancia es señalar que, conforme a dicha legislación, para la obtención de toda patente, las invenciones de productos (invención de un producto) o de procedimientos (invención de un procedimiento), en todos los campos de la tecnología, deberán ser nuevas u originales y tener nivel inventivo, es decir, debe existir con anterioridad en el estado de la técnica (todo lo que haya sido divulgado o hecho accesible al público, en cualquier lugar del mundo, mediante una publicación en forma tangible, la venta o comercialización, el uso o cualquier otro medio, antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente en Chile o de la prioridad reclamada. En consecuencia, “[...] *el inventor se hace dueño de su invento por el título de protección que le otorga el Estado, como una concesión, y no a raíz de ser él quien, con su imaginación y talento, con sus recursos y esfuerzo, logró crear un producto o procedimiento de aplicación industrial definida y útil.*” (CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, pág. 588);

**VIGÉSIMO.** Que, finalmente, la determinación de regímenes de protección de las patentes no sólo se limita a otorgar un plazo de vigencia sino que le reconoce al dueño de una patente de invención el goce de “*exclusividad para producir, vender o comercializar, en cualquier forma, el producto u objeto del invento y, en general, realizar cualquier otro tipo de explotación comercial del mismo*” (artículo 49 de la Ley N<sup>º</sup> 19.039). Esta protección exclusiva abarca su dimensión de no interferencia sobre este derecho. El punto es verificar qué pasa cuando se produce tal vulneración y analizar el título de la acción que fundamenta la protección: ¿es una acción indemnizatoria de daños o es una acción de enriquecimiento sin causa? ¿Son las dos *per se* constitucionales o habrá que distinguir? Algunas de estas cuestiones son las claves del examen del caso concreto;

## V

### APLICACIÓN AL CASO CONCRETO EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 48 DE LA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

**VIGESIMOPRIMERO.** Que, a partir de estas reglas constitucionales y aquellas legales que las concretan, resulta más sencillo estimar un parámetro de control que permita enjuiciar la naturaleza del conflicto planteado a esta Magistratura. Lo primero que debemos resolver se refiere a si el artículo 48 de la Ley de Propiedad Industrial produce o no un efecto inconstitucional en el caso planteado;

**VIGESIMOSEGUNDO.** Que el tantas veces mencionado artículo 48 de la ley aludida regula la última etapa del procedimiento de reconocimiento de una patente de invención.

El inventor Milton Astudillo Capetillo fue reconocido mediante la Patente de Invención N<sup>º</sup> 45.180, en junio de 2009, por el Instituto Nacional

de Propiedad Industrial (INAPI), obteniendo protección a partir del día en que presentó su solicitud, esto es, el 22 de mayo de 2002. Ésta se tramitó de conformidad al artículo 45 de la Ley de Propiedad Industrial. El entonces Departamento de Propiedad Industrial realizó un examen preliminar, solicitó subsanar las observaciones formuladas y jamás declaró abandonada la solicitud de la patente hasta su plena obtención en junio de 2009. Es el corolario natural de un procedimiento, esto es, que deviene en la certificación oficial del Estado de Chile que le otorga su protección “a contar de la fecha en que se presentó la solicitud” y siempre que se acredite “el pago de los derechos correspondientes”;

**VIGESIMOTERCERO.** Que los derechos del inventor, aunque fueron precarios inicialmente, fueron reconocidos por los hechos propios de CODELCO. Es así que, a fs. 486 del expediente de este proceso constitucional, CODELCO acompañó copia simple del documento denominado “Bases Administrativas Generales para los Contratos de Construcción – Ingeniería – Servicios”, elaborado por CODELCO en octubre de 2002. En él se establece, en el párrafo 4°, acápite 41°, lo siguiente: “*La propiedad intelectual del trabajo desarrollado por el contratista en un contrato que incluya la ingeniería se entenderá transferida de pleno derecho a Codelco, el que quedará totalmente facultado para completar, ampliar o modificar el trabajo desarrollado, así como también para llevar a cabo su materialización posterior, sin pago adicional alguno al contratista*”. Esta modalidad de contrato la replicaron el 9 de febrero de 2005 y el 4 de octubre de 2005. Este último fue firmado por el contratista indicando, entre otras cláusulas, que “*el pago convenido será la única y total suma a pagar por este concepto, monto que el contratista declara como suficiente, renunciando el contratista, expresamente, al eventual cobro de sumas adicionales, o al ejercicio de acciones o excepciones que a futuro estimare pudieran corresponderle, a raíz de la tramitación de la solicitud de patente de invención N° 1069-2002 ante el Departamento de Propiedad Industrial del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción*” (fs. 487 y 488). De esta manera, el hecho de que CODELCO exigiese una renuncia contractual de derechos en el mismo momento en que se inicia la relación con el contratista –sin que nos pronunciemos acerca de la validez de esta práctica–, importa un reconocimiento del procedimiento iniciado para que su patente tenga validez.

A lo largo de la tramitación de esta patente, CODELCO siempre ejerció derechos procesales respecto de su titularidad. Por ejemplo, impugnó la solicitud de patente del demandante el 22 de noviembre de 2005, según se acredita en la propia sentencia del juez de primera instancia y que consta a fs. 84 vta. de este proceso constitucional. Como ello no se acogió, CODELCO solicitó su inscripción, la que fue denegada en el año 2005. En síntesis, CODELCO no podía desconocer que el artículo 48 de la Ley de Propiedad Industrial establecía como momento de inicio de la protección de una patente aquél correspondiente a su solicitud;



**VIGESIMOCUARTO.** Que, por lo demás, tal condición se explica por el propio origen de la norma, según lo sostiene la autoridad técnica del Estado en la materia. *“Anteriormente, bajo la regulación del Decreto Ley N<sup>º</sup> 958, de 1931, las memorias explicativas de las patentes se mantenían en reserva incluso hasta un año después de haber sido éstas concedidas, pero en el actual sistema éstas son públicas, permitiendo su revisión. Como contrapartida a esa publicidad y los beneficios que trae para distintos interesados, se extendió la protección otorgada por la concesión de la patente al inicio de su tramitación, a fin de evitar que dicha divulgación del invento diera lugar a abusos en relación al invento que se pretendía patentar. Ahora bien, el artículo 48 prevé efectivamente un “efecto retroactivo”, pero éste es sólo respecto del estatus de protección que otorga la concesión de la patente, no de una ley. El artículo en realidad ni se pronuncia sobre la temporalidad de la vigencia de la ley, ni su efecto de protección retroactiva tiene ligado algún régimen indemnizatorio particular. En otras palabras, cuáles son los períodos de tramitación que quedan protegidos por el artículo 48 de la LPI y cuáles violaciones de esa protección quedan regidas por el artículo 108 de dicha ley, es determinado por la época en que acaece el supuesto de aplicación de cada norma (la concesión de la patente y la infracción, respectivamente)”* (Presentación del Instituto Nacional de Propiedad Industrial, a fs. 456-457). Por tanto, el único mecanismo que contrasta la publicidad de la solicitud, en un contexto de competencia por verificar técnicas inventivas y de utilidad para la industria, es que se protejan desde el momento en que se solicitaron y no desde que se acogieron, puesto que ello frustraría el mismo propósito del derecho de propiedad industrial;

**VIGESIMOQUINTO.** Que, en consecuencia, no existe ningún argumento que permita entender que el mentado artículo 48 vulnera la Constitución, máxime si ella misma le otorga habilitación al legislador para disponerlo así. Hay que recordar que el artículo 19, numeral 25<sup>º</sup>, dispone que *“se garantiza, también, la propiedad industrial sobre las patentes (...) por el tiempo que establezca la ley”*;

**VIGESIMOSEXTO.** Que el único dilema pendiente dice relación con la supuesta retroactividad. La ley no aplica un régimen retroactivo que esté asociado inmediatamente a la indemnización. Simplemente establece una modalidad legítima de retroactividad impropia de efectos inmediatos, esto es, reconoce derechos hacia el futuro y regula sus efectos desde el pasado. Ahora bien, tal circunstancia exigiría examinar el régimen aplicable que introdujo la Ley N<sup>º</sup> 19.996 y, especialmente, su modalidad de normas transitorias. Expresamente, el artículo 2<sup>º</sup> transitorio de la Ley N<sup>º</sup> 19.996 dispone que *“sin perjuicio de lo señalado en el inciso primero del artículo anterior, las solicitudes de registro de marcas, patentes, modelos de utilidad y diseños industriales presentadas con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, continuarán su tramitación de acuerdo con las normas vigentes al momento de su presentación.”* Por ende, la norma que ratifica la vigencia del artículo 48 de

la Ley de Propiedad Industrial, así como todo su procedimiento, es este artículo que el requirente no impugnó en este proceso constitucional. Ello no deja de ser significativo puesto que, efectivamente, el tiempo que el juez aplicó en la protección de la patente es el propio del régimen del 2002 (15 años), cuestión que cambia a partir de la Ley 19.996 (20 años). Por tanto, esta dimensión vuelve a ratificar que no existe nada reprochable desde el punto de vista constitucional al artículo 48 y que esta cuestión vinculada al alcance de la protección es propia de la determinación del juez de fondo;

**VIGESIMOSÉPTIMO.** Que, por último, el requirente había sostenido que el artículo 48 vulneraba el principio de irretroactividad en materia de derechos fundamentales regulados por normas restrictivas y desfavorables. Ya sostuvimos que el fundamento de retrotraer la protección al momento de la solicitud está expresamente habilitado por el constituyente al legislador, cuestión que no resuelve toda la controversia. Sin embargo, que los motivos que tuvo para proceder así son razonables, mesurados y coherentes con la vigencia del propio derecho de propiedad industrial que, de tener períodos diferentes de inicio de su protección, podría ser ampliamente vulnerado mediante una competencia desmedida por inscribir solicitudes que se registran diariamente en los Registros de Propiedad Industrial para el reconocimiento de su titularidad. La Ley de Propiedad Industrial está fundada en reglas de publicidad que orientan la protección de la nueva técnica inventiva, la difusión necesaria en el Diario Oficial que permita el ejercicio de derechos de oposición a esa pretensión de inscripción de una patente, así como en la necesaria publicación de inventos procedentes desde el extranjero (artículos 4°, 5°, 33 y 34 de la Ley de Propiedad Industrial). Por tanto, el artículo 48 impugnado es el corolario de la aplicación del artículo 8° de la Constitución, relativo a la publicidad de una certificación estatal que se realiza coherentemente desde el inicio de la solicitud para la configuración de un régimen fuerte de protección exclusiva y monopólica de invenciones. En consecuencia, en lo que dice relación con la declaración de inconstitucionalidad del requerimiento presentado por CODELCO impugnando este artículo, se desestima plenamente;

## VI

### APLICACIÓN AL CASO CONCRETO EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 108, LITERAL B), DE LA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

**VIGESIMOCTAVO.** Que el análisis para el caso concreto del artículo 108, literal b), de la Ley de Propiedad Industrial parte por constatar la naturaleza jurídica real del “régimen indemnizatorio” establecido por este artículo para precaver las infracciones a una patente vigente.

Bajo la modalidad de este régimen indemnizatorio existen tres modelos diversos de resarcimiento de las infracciones a la propiedad industrial, según lo dispone el artículo 108 impugnado. Como ya lo explicamos, se trata de una modalidad que se presentó, durante la tramitación de la Ley N<sup>º</sup> 19.996, como el establecimiento de una indemnización por el “lucro cesante”, la que fue modificada durante el debate legislativo por un régimen indemnizatorio amplio. Uno de los fundamentos expuestos de tal cambio se refiere a la disminución de los requisitos de la prueba por las dificultades ínsitas de demostrar la pérdida de una ganancia legítima. ¿Cómo puedo calcular los ingresos netos esperados por la explotación de la patente, atendidos ciertos supuestos regulares?

Sin embargo, hay un elemento adicional, el punto esencial tiene que ver con la naturaleza jurídica de la propiedad industrial que demostraremos con un ejemplo que no es propio. *“Un medio de difusión (por ejemplo, una cadena de televisión) utiliza, para construir un guión o serial, un original literario cuya propiedad intelectual pertenece a determinada persona y lo hace sin recabar la autorización de ésta. El hecho es reprochable, pero puede ocurrir que no sólo no ocasione daño, sino que produzca un importante beneficio, si, como suele ocurrir, el serial televisivo determina un importante aumento de las ventas del libro que hasta ese momento era poco difundido. En este caso, no hay daño, sino beneficio, por lo cual no cabe acción de indemnización. Sin embargo, el enriquecimiento obtenido con la utilización indebida de una propiedad intelectual ajena es injustificado y se debe al titular del derecho el lucro que el autor de la intromisión obtenga (descontados, por supuesto, los gastos que se hubieran tenido que realizar para obtener tal lucro)”*. (Ejemplo tomado por Luis Diez-Picazo de Von Caemmerer y citado por GARCÍA, Alejandro, “Reparación de daños en las infracciones sobre patentes de invención y secretos industriales”, en Asociación Interamericana de Propiedad Industrial, *Derechos Intelectuales*, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 51).

Este caso no constituye un símil equivalente con el presente proceso constitucional, sino que sirve a efecto de justificar por qué el legislador habilitó diversas modalidades para hacer frente a un daño a la propiedad industrial, a elección del demandante, según lo dispone el artículo 108;

**VIGESIMONOVENO.** Que, mirado en su conjunto, el artículo 108 contempla una hipótesis de lucro cesante (la indicada en el literal “a”, esto es, *“las utilidades que el titular hubiera dejado de percibir como consecuencia de la infracción”*), y dos hipótesis amplias de enriquecimiento ilícito (la expresada en el literal “c”, esto es, *“el precio que el infractor hubiera debido pagar al titular del derecho por el otorgamiento de una licencia, teniendo en cuenta el valor comercial del derecho infringido, y las licencias contractuales que ya se hubieran concedido”*) y la impugnada en autos como pretensión de enriquecimiento injusto, a saber, *“las utilidades que haya obtenido el infractor como consecuencia de la infracción”* (artículo 108, literal “b”);

**TRIGÉSIMO.** Que, ahora bien, el deslinde entre el lucro cesante y el enriquecimiento ilícito, en la perspectiva de verificar la pretensión de daños, no es claro y nítido. Por ejemplo, las correlaciones entre estos criterios se fundan en parámetros diversos. Así el enriquecimiento ilícito tiene por base la comparación entre el patrimonio del enriquecido y el del que se empobrece y aquí se busca la restitución de toda la medida del enriquecimiento, sin verificar la existencia de un daño o no. *“En la pretensión de daños es necesaria la fijación del nexo de causalidad entre el autor y el daño, mientras que en la de enriquecimiento la correlación se da entre el patrimonio del enriquecido y el del empobrecido; por otro lado, la responsabilidad por daños abarca la reparación de la totalidad del daño o el interés, frente a la acción de enriquecimiento con la que se busca la restitución en la medida del enriquecimiento, con independencia del daño causado (que puede no existir o ser mínimo); el daño puede constituir un daño emergente y un lucro cesante para el perjudicado, en tanto que el enriquecimiento injusto puede producirse por aumento del patrimonio (daño emergente) o por una no disminución del patrimonio (lucro cesante); por último, en la responsabilidad por daños se requiere la culpa del autor como principio general, mientras que en el caso del enriquecimiento su concepto distintivo se halla en la falta de causa de éste”* (DÍAZ VALES, Fernando, *“La doctrina del enriquecimiento injusto y la violación de los derechos de propiedad industrial”*, en *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá*, (2008), p. 32).

Por tanto, nos encontramos frente a reglas indemnizatorias que no están adecuadamente delimitadas y cuyos efectos prácticos son indudablemente diversos, no siendo irrelevante el camino escogido por el demandante. Una cuestión es aligerar la carga de la prueba, otra diversa es demostrar la existencia de un vínculo causal entre el ilícito y el efecto producido; adicionalmente, que ese efecto sea dañoso y, por último, que si ese efecto no genera necesariamente un daño deba evaluarse el costo de la intromisión sobre la esfera monopólica de los derechos de explotación del inventor. Los efectos de estos caminos los explica bien Marcelo Barrientos para efectos de la ley chilena. *“Los requerimientos probatorios son, en la práctica de los tribunales, difíciles de superar en relación al criterio del lucro cesante, si ese es el beneficio perdido por el titular del derecho de marcas y patentes. (...) Habrá de probarse que la merma en la disminución de ventas tuvo su causa en el uso ilícito por parte del infractor y su indebida comercialización. Esta situación no se produce cuando se elige el criterio indemnizatorio del beneficio ilícito o la regalía razonable. En estos casos, el criterio de indemnización es más favorable al que lo alega, el dueño de la marca, por cuanto en ellos, los perjuicios han de analizarse desde la óptica de que nadie puede lucrar con la infracción, nadie puede sacar provecho de su dolo o actuar ilícito y el infractor no puede explotar la marca o patente gratuitamente y sin autorización del dueño de las mismas. No obstante lo anterior, tiene otros contratiempos el optar por este camino. Este método exige tanto la prueba del beneficio obtenido por el infractor, como también, la relación causal*

*entre ese beneficio y el uso de la marca. Lo que se quiere por el legislador es que la indemnización que se pida sea la medida del beneficio directamente obtenido por el infractor gracias al uso ilegítimo y antijurídico de la propiedad industrial”* (BARRIENTOS, Marcelo, “El sistema indemnizatorio del triple cómputo en la Ley de Propiedad Industrial”, *Ius et Praxis*, Año 14, N<sup>o</sup> 1, pp. 132-133).

Pues bien, en este proceso constitucional el demandante requirió por el camino que elude la prueba del lucro cesante, pero debe demostrar que el beneficio obtenido por el infractor se produce por el uso ilegítimo y antijurídico de su patente vigente;

**TRIGESIMOPRIMERO.** Que para la requirente la aplicación del artículo 108, literal b), de la Ley de Propiedad Industrial importa una vulneración de variados derechos y principios constitucionales que iremos definiendo punto a punto. En primer lugar, estima que constituye una infracción a la libre iniciativa económica, asegurada en el artículo 19, numeral 21<sup>o</sup>, de la Constitución, puesto que la priva de ganancias legítimas. No obstante, a juicio de esta Magistratura, la titularidad de la patente, tanto en los períodos de su vigencia con certificación estatal como en la perspectiva de su eventual nulidad, son cuestiones propias de legalidad y no le compete decidir las a esta Magistratura. Sin embargo, cabe constatar que uno de los límites de la libertad para iniciar actividades económicas es que ésta debe “*respetar las normas legales que la regulen*” (artículo 19, numeral 21<sup>o</sup>, inciso primero, de la Constitución). Si ello es un requisito general para el funcionamiento de cualquier empresa, con mayor razón lo es para una empresa del Estado que requiere autorizaciones normativas expresas, de conformidad con el artículo 19, numeral 21<sup>o</sup>, inciso segundo, de la Constitución. Una de las mejores expresiones de la licitud de la actividad económica es poseer los títulos habilitantes en el ámbito de las invenciones, patentes y marcas. Si aquello es discutido en el fondo, por ahora, la carencia de la certificación oficial de la titularidad de la patente impide a esta Magistratura reconocer derechos habilitantes vulnerando las competencias de las autoridades técnicas llamadas a autorizarla. Por lo mismo, esta Magistratura no puede sino desestimar la existencia de una vulneración de la libertad económica. Ya lo había acreditado el Tribunal en un caso parcialmente similar, en donde sostuvo que “*el derecho a desarrollar una actividad económica haciendo uso de un derecho de aprovechamiento de aguas, supone necesariamente la adquisición previa de ese derecho. Quien no lo ha obtenido de acuerdo a los procedimientos y requisitos que establece la legislación, no puede invocar un supuesto derecho a ejercer actividades económicas a través de él*” (STC Rol N<sup>o</sup> 513, c. vigesimoprimer). Por tanto, la invocación de la vulneración de la actividad económica requiere, necesariamente, la existencia de los títulos regulares que habilitan para aplicar la técnica inventiva patentada a la actividad minera;

**TRIGESIMOSEGUNDO.** Que, en lo que dice relación con el derecho de propiedad, el requirente argumenta que el artículo 108, literal b), de la Ley de Propiedad Industrial establece un mecanismo confiscatorio y expropiatorio ajeno a lo dispuesto en el artículo 19, numeral 24°, de la Constitución.

Sin embargo, como lo hemos mencionado, las patentes de invención son el mecanismo lícito de explotación y aprovechamiento económico aplicado a las técnicas industriales. Su vulneración, en primer lugar, produce afectaciones a los derechos de sus titulares. En segundo lugar, la titularidad de la patente es un asunto de mera legalidad y sobre el cual no podemos pronunciarnos ni sugerirla, ni menos asignarla arbitrariamente, careciendo de competencias para ello. Tercero, la sola invocación del artículo 108, literal b), de la Ley de Propiedad Industrial, como una libertad del demandante, no lo exonera de su deber de demostrar que el beneficio obtenido por el infractor se ha producido por el uso ilegítimo y antijurídico de su patente vigente, según ya dijimos. Cuarto, que el estatuto naturalmente aplicable, esto es, la propiedad industrial, está sometido a algunas de las reglas básicas del derecho de propiedad, entre ellas, según lo dispone el artículo 19, numeral 25°, inciso final, de la Constitución, el artículo 19, numeral 24°, inciso segundo, en donde se establece la garantía de que “sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que se deriven de su función social”. Esa ley es, justamente, la Ley de Propiedad Industrial que garantiza los derechos sustanciales de propiedad industrial, así como el procedimiento para su reconocimiento y su reivindicación en caso de infracción. Quinto, que una cuestión despejada es que la norma *per se* y bajo una consideración abstracta pueda ser considerada una vulneración del derecho de propiedad. Más bien todo lo contrario, es el mecanismo de reivindicación del derecho de propiedad, pero de su estatuto propio, esto es, el de propiedad industrial. Sin embargo, tal criterio se sustenta en un análisis de la norma interpretada correctamente, cuestión que puede generar aspectos debatibles respecto de su aplicación concreta. Por lo mismo, debemos acreditar que no existe vulneración del derecho de propiedad tal cual lo reconoce la Constitución;

**TRIGESIMOTERCERO.** Que, por consecuencia, no cabe sino desestimar la vulneración del artículo 19, numeral 24°, de la Constitución, puesto que ésta se sostiene y vincula con la eventual afectación del derecho de propiedad, que esta Magistratura ha desechado;

**TRIGESIMOCUARTO.** Que, finalmente, el requirente ha sostenido como infringido el principio de proporcionalidad, que lo asocia a los artículos 1°, 5° y 19, numeral 2°, de la Constitución.

Como es conocido, la Constitución no recoge explícitamente el principio de proporcionalidad, pero los intérpretes constitucionales no pueden

sino reconocer manifestaciones puntuales de este principio que devienen en una consagración general dentro del ordenamiento jurídico. La doctrina ha considerado que este principio se encuentra claramente integrado dentro de los principios inherentes del Estado de Derecho, está en la base de los artículos 6<sup>º</sup> y 7<sup>º</sup> de la Constitución que lo consagran, en la prohibición de conductas arbitrarias (artículo 19, numeral 2<sup>º</sup>) y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos (artículo 19, numeral 26<sup>º</sup>). Asimismo en el debido proceso y en el reconocimiento de la igual repartición de tributos. (ARNOLD, Rainer, MARTÍNEZ, José Ignacio, y ZUÑIGA, Francisco, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, Año 10, N<sup>º</sup> 1, 2012, pp. 86-87). Esta Magistratura ha manifestado su presencia en variados preceptos fundamentales y sin realizar un examen exhaustivo, a lo menos, se ha consagrado en el artículo 18, relativo a la proporcionalidad que ha de existir en el trato igualitario entre candidatos de partidos políticos e independientes (STC Rol N<sup>º</sup> 67). En el artículo 19, numeral 2<sup>º</sup>, como un parámetro de la igualdad para evaluar la diferenciación (STC Rol N<sup>º</sup> 986), como criterio de racionalidad de la diferenciación (STC Rol N<sup>º</sup> 1.448) o como efecto de las consecuencias jurídicas de aplicar determinadas normas (STC Rol N<sup>º</sup> 1.463). En el artículo 19, numeral 3<sup>º</sup>, en lo que dice relación al debido proceso en una aplicación proporcional de penas penales, sanciones administrativas y medidas restrictivas. En el artículo 19, numeral 7<sup>º</sup>, en lo que dice relación con arrestos proporcionales a un objetivo constitucionalmente válido (STC Rol N<sup>º</sup> 1.518). O la proporcionalidad en la determinación de incrementos de los beneficios a los pensionados en relación con el artículo 19, numeral 18<sup>º</sup>, de la Constitución (STC Rol N<sup>º</sup> 790). O variadas sentencias sobre la proporcionalidad de los tributos, propias de los artículos 19, numeral 20<sup>º</sup>, y 65, numeral 1<sup>º</sup>. También, en las limitaciones del derecho de propiedad. A lo anterior se suele agregar que el principio de proporcionalidad es estructurante de los estados de excepción constitucional, según lo disponen los artículos 39 y 44 de la Constitución, entre otros. En fin, resulta claro de un examen preliminar el amplio reconocimiento de este principio;

**TRIGESIMOQUINTO.** Que el análisis de la aplicación de este principio al caso bajo examen debe estar asociado al artículo 19, numeral 2<sup>º</sup>, según la competencia otorgada por el requirente a esta Magistratura y sin que se haya extendido la argumentación a otras vulneraciones posibles.

En este sentido, el artículo 108, literal b), de la Ley de Propiedad Industrial lo hemos interpretado en esta sentencia como un precepto que persigue una finalidad constitucionalmente legítima (evitar la infracción del artículo 19, numeral 25<sup>º</sup>, de la Constitución). Asimismo, cautela la investigación y desarrollo aplicados a la técnica inventiva.

En cuanto a la determinación adecuada e idónea para incentivar la protección del objetivo constitucional, hay que mencionar que el artículo sí cumple cabalmente con tal propósito, puesto que es un mecanismo efectivo contra la vulneración, sea para prevenirla como para resolver el parámetro en caso de infracción.

En cuanto a si es una medida estrictamente necesaria, existiendo otras alternativas de intervención menos restrictivas sobre los derechos fundamentales de CODELCO, parece pertinente a esta Magistratura no realizar un examen hipotético acerca de cuestiones de mérito. En este sentido, recordamos que se trata de restituir los beneficios que causalmente se han generado por la infracción. Puede haber otras medidas, pero en tal juzgamiento esta Magistratura prefiere ser prudente en su estimación, dando por cumplida esta dimensión del test de proporcionalidad;

**TRIGESIMOSEXTO.** Que, finalmente, se trata de aplicar la medida menos lesiva, bajo un criterio de intervención mínima en la dimensión de no afectación de la igualdad ante la ley, que requiere toda medida restrictiva. Esta Magistratura ha sostenido que al sometimiento a la igualdad ante la ley *“debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados”* (STC Rol Nº 1.584, c. decimonoveno).

Esta estimación no la haremos abstractamente en esta sede interpretativa sino que recurriremos a lo sostenido por el propio juez de la instancia en el fallo que aplicó el artículo 108, literal b), de la Ley de Propiedad Industrial.

Lo primero es reconocer en su sentencia una apelación estricta a fallar de conformidad a la ley:

*“(...) Que habiéndose solicitado la reparación de **lucro cesante** en conformidad a lo establecido en la letra b) del artículo 108, recién citado, esto es, en base a las utilidades que haya obtenido el infractor como consecuencia de infracción; y acreditada la vulneración de un derecho de propiedad industrial por parte de la demandada, en los términos descritos precedentemente, corresponde establecer a cuánto asciende la utilidad generada por el uso indebido del procedimiento cuyo titular era el demandante.”* (Considerando 76°, sentencia del 25 de abril de 2012, del 2° Juzgado de Letras de Calama, Rol C-50763-2009, “Astudillo con Corporación Nacional del Cobre de Chile).

Sin embargo, lo esencial es verificar cómo apreció el principio de proporcionalidad en los siguientes términos:

*“(...) Que lo anterior trae aparejado que en la especie no exista correspondencia entre el enriquecimiento del patrimonio del infractor y el empobrecimiento del dueño de la patente infraccionada, existiendo una notable desproporción entre los beneficios obtenidos por el primero y los que previsiblemente hubiera obtenido el segundo; no obstante es la propia ley la que establece la fórmula de cálculo basada en las utilidades mal habidas y no en relación al daño que causó.”* (Considerando



75°, sentencia del 25 de abril de 2012, del Segundo Juzgado de Letras de Calama, Rol C-50763-2009, “Astudillo con Corporación Nacional del Cobre de Chile).

Esta apreciación aparece antecedida de una explicación académica que parecería que se justificara en ese contexto y que esta Magistratura también ha explicado en lo relativo a la naturaleza jurídica de la acción indemnizatoria. Sin embargo, el sentenciador manifiesta claramente que ya no puede reconocer un rango indemnizatorio mayor, expresando que se trata de una acción que excede sus competencias:

*“(…) Que en cuanto al daño moral impetrado, habiendo optado el actor por que la indemnización de perjuicios por este concepto se determinara igualmente en conformidad a lo señalado en el artículo 108, letra b), de la Ley N<sup>º</sup> 19.039, y correspondiendo a la aplicación de la norma citada –en mérito de lo ya expuesto– sólo a la determinación del lucro cesante, no puede el suscrito fijar un monto de dinero como ítem indemnizatorio aparte del lucro cesante ya establecido y asentado en razón de la utilidad generada por la demandada, sin incurrir en vicio de ultrapetita; ya que finalmente no puede pasarse por alto, que circunscribe el actor el monto total requerido por concepto de indemnización, precisamente a aquellas utilidades obtenidas por la demandada y que a juicio del suscrito ya están fijadas dentro del marco respectivo de ganancia de la demanda” (considerando 89°, sentencia del 25 de abril de 2012, del 2° Juzgado de Letras de Calama, Rol C-50763-2009, “Astudillo con Corporación Nacional del Cobre de Chile);*

**TRIGESIMOSEPTIMO.** Que, en concepto de esta Magistratura, ha sido el propio juez de la instancia el que ha apreciado la desproporción de las consecuencias jurídicas en este caso; sin embargo, al carecer de las competencias para resolverlo de manera diferente, ha fallado de conformidad a la ley. En consecuencia, esta Magistratura debe cerrar el test de proporcionalidad en sentido estricto que el juez no podía concluir. Se trata de ponderar el bien jurídico que parece excederse en la estimación de la indemnización, pese a la concurrencia de una vulneración de derechos, hasta ahora consagrada bajo reglas de debido proceso;

**TRIGESIMOCTAVO.** Que esta Magistratura acoge parcialmente el requerimiento basándose en la desproporción de la indemnización resultante de la aplicación de la regla legal del artículo 108, literal b), de la Ley de Propiedad Industrial. Debe excluirse la aplicación de una norma que desmesuradamente acrece, a título de indemnización, beneficios desligados de la relación causal que la debe justificar;

**TRIGESIMONOVENO.** Que en el caso concreto, con la finalidad constitucionalmente legítima de evitar infracciones a la propiedad industrial, asegurada en el artículo 19, N<sup>º</sup> 25°, de la Constitución, el artículo 108, literal b), de la Ley de Propiedad Industrial establece diferenciaciones en el régimen indemnizatorio que, aplicadas a este caso, devienen en consecuencias jurídicas desproporcionadas para el requirente, tal como

lo identificó el juez de fondo. No se trata de cuestionar una sentencia del juez de instancia, sino que apreciar en ella que no puede estimar el efecto inconstitucional por ser ajeno a sus competencias, limitándose a describir el desproporcionado resultado. En definitiva, la aplicación del precepto legal, en el sentido que se ha explicado precedentemente, no supera un examen de proporcionalidad estricta, por cuanto permite, a título indemnizatorio, obtener beneficios desligados de la relación causal entre el uso antijurídico de la propiedad industrial y el enriquecimiento del requirente directamente obtenido por tal uso, provocando en este último resultados gravosos que exceden desproporcionadamente la finalidad legítima de la norma. Por lo mismo, se acoge parcialmente el requerimiento, por vulnerar el principio de proporcionalidad basado en el artículo 19, numeral 2°, de la Constitución.

y **VISTO**, además, lo prescrito en los artículos 5°, 6°, 7° y 19, N<sup>os</sup> 2°, 3°, 21°, 24° y 26°, de la Constitución Política de la República y en las normas pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**Que se acoge el requerimiento deducido a fojas 1, sólo en cuanto se declara inaplicable a la gestión pendiente el artículo 108, letra b), de la Ley N° 19.039, de Propiedad Industrial.**

Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 96. Oficiése al efecto a la Corte de Apelaciones de Antofagasta.

**Los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake e Iván Aróstica Maldonado previenen** que concurren a la sentencia, en relación al rechazo de la impugnación contra el artículo 48 de la Ley de Propiedad Intelectual, cuyo texto consolidado se consagra en el D.F.L. N° 3, del Ministerio de Economía, de 2006, pero sin compartir lo expresado en el considerando vigesimotercero de la sentencia precedente.

**Los Ministros señor Iván Aróstica Maldonado y señora María Luisa Brahm Barril previenen** que concurren a la sentencia, en cuanto declara la inaplicabilidad del artículo 108, letra b), de la Ley de Propiedad Intelectual, porque efectivamente su aplicación resulta en una desproporción, al permitir que acrezcan al demandante, a título de indemnización, beneficios desligados de la relación causal que la debe justificar.

Siendo de añadir que la desproporción se hace todavía más patente, cuando se observa que dicha norma fue aplicada a los solos efectos de fijar el monto o cuantía de una indemnización punitiva, sin contemplar –atendidas las circunstancias del caso– una instancia judicial previa donde

acreditar la comisión de una efectiva “infracción” a la legislación concernida por parte de la demandada (como aquella que prevé la propia Ley de Propiedad Intelectual en su artículo 52, letra d).

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto y Juan José Romero Guzmán**, quienes estuvieron por rechazar en todas sus partes el requerimiento por las consideraciones siguientes:

1°. Que el requerimiento impugna dos preceptos legales: los artículos 48 y 108, letra b), de la Ley N<sup>º</sup> 19.039 sobre Propiedad Industrial. Los Ministros que suscriben este voto disienten sólo de lo resuelto respecto del segundo de los preceptos aludidos. Así, en el presente voto se fundamentará el rechazo del requerimiento en lo concerniente al artículo 108, letra b), para lo cual, en una primera parte, se explicará la racionalidad del sistema de ejecución y cumplimiento de los derechos de propiedad industrial, con especial énfasis en el artículo recién indicado. En la segunda parte, se analizará la compatibilidad con la Constitución del artículo 108 letra b), para lo cual se distinguirán dos temas. Primero, se abordará el asunto relativo a la admisibilidad constitucional de que el artículo 108, letra b), cumpla, también, una función disuasiva. Y, segundo, se examinará el tema de la proporcionalidad de dicho precepto legal, para lo cual se expondrán algunas consideraciones acerca de por qué, en este caso, no existe un problema sobre el particular y, por consiguiente, no hay afectación del derecho a la igualdad ante la ley, del derecho de propiedad y del derecho a la libertad para desarrollar cualquier actividad económica;

#### **I. RACIONALIDAD DEL SISTEMA DE EJECUCIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL Y, EN ESPECIAL, DEL SISTEMA DE TRIPLE CÓMPUTO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 108 DE LA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL**

2°. Que, el impugnado artículo 108, letra b), de la Ley de Propiedad Industrial, consagra, en otras palabras, la obligación a que puede estar sujeto quien viola la ley de pagar una suma de dinero a la víctima del ilícito, por un monto equivalente a los beneficios ilícitamente obtenidos que tengan como causa la infracción cometida;

3°. Que dicho artículo impugnado se enmarca dentro de lo que es el sistema de protección del derecho de propiedad sobre una invención. Sin mecanismos de protección, el importante beneficio que para la sociedad tienen las invenciones se vería desincentivado por la naturaleza no excluible de este tipo de bienes: una vez producido y conocido el invento, cualquiera podría beneficiarse del mismo sin necesidad de remunerar al

autor. Un invento genera externalidades positivas para la sociedad y, por lo mismo, ésta debe proporcionar los incentivos para su producción. Este es un asunto que va más allá de la protección de un bien privado poseído por un individuo;

4°. Que en el centro del diseño legislativo impugnado por el requirente está la idea de lograr la observancia (ejecución y cumplimiento) de la protección legal asignada al inventor. En esta materia no existe un organismo público que fiscalice y persiga el cumplimiento de la ley. El sistema de ejecución y cumplimiento se basa en el esfuerzo de los particulares, no de una entidad pública que busque la aplicación de sanciones públicas a los infractores;

5°. Que, coincidentemente con lo recién manifestado, la opción establecida en dicho artículo se centra, fundamentalmente, en quienes infringen o buscan infringir la ley que protege este tipo de propiedad industrial. En efecto, la norma impugnada pretende no sólo impedir que quien cometió el ilícito pueda aprovecharse de los beneficios derivados de la infracción por él cometida (principio general del derecho de fuerte contenido ético), sino, también, contribuir a la disuasión de conductas violatorias de la ley en este tipo de materias. Por consiguiente, el artículo 108, letra b), consagra la obligación del infractor de pagar una suma de dinero que va más allá de una finalidad meramente compensatoria de los daños que a la víctima pudo ocasionarle la infracción;

6°. Que si el sistema descansara sólo en la compensación precisa del daño, el efecto disuasorio puede ser insuficiente. En efecto, si la compensación del daño fuera inferior a la ganancia esperada o a alguna aproximación de la misma, los potenciales infractores podrían verse incentivados a cometer este tipo de ilícitos. Uno de los objetivos que busca una regla como la del artículo impugnado es evitar (aunque sea en parte) que, por ser los beneficios mayores que los costos, se generen incentivos para violar los derechos de aquellos legalmente protegidos;

7°. Que, por el contrario, si el daño o perjuicio es mayor que la ganancia ilícita (las utilidades que haya obtenido el infractor como consecuencia de la infracción), lo esperable es que el monto del pago se ajuste a algún parámetro de daño, como en el caso de las letras a) y c) del artículo 108 de la Ley de Propiedad Industrial;

8°. Que, a mayor abundamiento, para que el efecto disuasorio sea más efectivo, la letra c) del artículo 106 de la mencionada ley consagra la sanción de publicidad negativa (“la publicación de la sentencia a costa del condenado mediante anuncios en un diario a elección del demandante.”). En este caso, la ley busca disuadir apuntando al menoscabo de la reputación del infractor, con el consiguiente costo involucrado;

9°. Que el Artículo 48, por su parte, brinda seguridad ante la publicidad de las memorias explicativas, dado el riesgo que implica para el

autor del invento el aprovechamiento de su idea por parte de “parásitos” o “free-riders” (es decir, de los que se benefician del esfuerzo ajeno sin pagar). Como se acaba de plantear, sin la existencia de protección legal durante el período de tramitación de la patente, podría existir un aprovechamiento de terceros parásitos que perjudique el goce de los frutos del invento;

10°. Que, en consecuencia, se está en presencia de un sistema que tiene lógica desde el punto de vista de la ejecución y cumplimiento de una legislación que protege no sólo intereses particulares, sino que redundan en beneficios para la sociedad;

## **II. COMPATIBILIDAD CON LA CONSTITUCIÓN DEL ARTÍCULO 108, LETRA b), DE LA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL**

*II.A). Acerca de la admisibilidad constitucional de que el artículo 108, letra b), cumpla una función disuasiva.*

11°. Que es efectivo que la norma impugnada se aleja de los estándares habituales en materia de responsabilidad civil. Sin embargo, esto no transforma en inconstitucional al artículo 108, letra b), de la Ley de Propiedad Industrial;

12°. Que, asimismo, el hecho que una norma tenga, entre otras, una función disuasoria, no la transforma, necesariamente, en una pena. Y, aunque así se considerase, no puede sostenerse que las de carácter civil deben tener el mismo tratamiento constitucional que aquellas de carácter público. Y, aunque así también se estimase, no se aprecia, en este caso concreto, que se afecten las exigencias constitucionales que sobre las penas dispone la Constitución en el artículo 19, N<sup>º</sup> 3°, algo que, además, no se ha alegado en el requerimiento. No consideramos acertado, por último, el planteamiento de que sólo el Estado puede, desde el punto de vista constitucional, imponer y beneficiarse de la aplicación de normas civiles que tengan consecuencias pecuniarias negativas con una finalidad (en parte) disuasoria, como ocurre con la norma impugnada;

13°. Que, por último, tal como se ha manifestado en el voto de mayoría, éstas son materias en las que corresponde tener deferencia con el legislador, más aún cuando éstas constituyen un sistema que no carece de racionalidad, tal como se ha expuesto más arriba;

*II.B). Acerca de la proporcionalidad del artículo 108, letra b), de la Ley de Propiedad Industrial.*

14°. Que, el sustento argumental del requerimiento descansa sobre la alegación de que existe una vulneración al principio de proporcionalidad, lo cual conlleva, según la requirente, a una infracción al derecho constitucional a la igualdad ante la ley (artículo 19, N<sup>º</sup> 2°) y, consiguientemente,

temente, a la libertad para desarrollar una actividad económica (artículo 19, Nº 21°) y al derecho de propiedad (artículo 19, Nº 24°). En tal sentido, parece reconocerse que el mecanismo establecido en el artículo 108, letra b), tiene una finalidad u objetivo legítimo y que, además, es idóneo para cumplir con el objetivo de la norma. No obstante, se plantea que dicho mecanismo no es necesario, pues existiría, al menos, otra alternativa menos intrusiva o intervencionista, y que, en todo caso, el mecanismo legal impugnado da lugar a una intervención de carácter excesivamente grave en relación a la gravedad, urgencia o necesidad del objetivo buscado;

**15°.** Que, en efecto, se plantea por la requirente que la norma impugnada, al fijar como parámetro el beneficio para el infractor y no el daño para la víctima, estaría generando una afectación excesiva para el patrimonio y para el desarrollo de la actividad económica del presunto infractor. Así, para dejar indemne a la víctima se estaría obligando al infractor a pagar una cantidad excesiva. En el mismo sentido, pero desde otra óptica, se critica la ausencia de proporcionalidad entre lo que recibiría la víctima y el *quantum* del daño o perjuicio provocado por la infracción. En último término, se ilustra la gravedad de la intervención por aplicación del artículo 108, letra b), en la no consideración por el juez del fondo de una serie de elementos fácticos, lo cual, como se explicará más adelante, son apreciaciones aún no zanjadas respecto de las cuales no le corresponde a este Tribunal pronunciarse;

**16°.** Que, en opinión de estos Ministros, el análisis que la requirente efectúa acerca de la proporcionalidad de la norma impugnada yerra, debido, en primer lugar, a una equivocada consideración de cuál es la razón de ser de la norma y, en segundo lugar, a una errada apreciación de cuáles son los niveles de deferencia con el juez del fondo subyacentes en una acción de inaplicabilidad como la intentada;

**17°.** Que, en lo que respecta a la equivocada consideración de cuál es la legítima razón de ser de la norma, es posible sostener que la argumentación de la requirente parte de la base de que el artículo 108, letra b), debe analizarse bajo la óptica de los criterios generales de responsabilidad extracontractual, esto es, el cumplimiento de una función compensatoria del daño infligido a la presunta víctima. Por el contrario, y tal como se ha explicado previamente, el artículo impugnado tiene, primordialmente, una doble función: (i) remediar la situación de enriquecimiento ilegítimo del infractor por medio de la restitución de los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción cometida, evitándose, así, que quien comete un ilícito saque provecho de su comportamiento reprochable; y (ii) disuadir o desincentivar la comisión de actos violatorios de los derechos que protegen al inventor de una patente;

**18°.** Que al sostenerse equivocadamente, en nuestra opinión, que la racionalidad del sistema opcional del artículo 108 descansa en la satisfac-

ción de un imperativo meramente compensatorio o reparatorio, se da lugar a conclusiones como las del voto de mayoría, el cual señala que la aplicación del precepto legal impugnado “no supera un examen de proporcionalidad estricta, por cuanto permite, a título indemnizatorio, obtener beneficios desligados de la relación causal entre el uso antijurídico de la propiedad industrial y el enriquecimiento del requirente directamente obtenido por tal uso, provocando en este último resultados gravosos que exceden desproporcionadamente la finalidad legítima de la norma.” (c. trigesimonoveno);

**19º.** Que, en lo concerniente a la errada apreciación de cuáles son los niveles de deferencia con el juez del fondo subyacentes en una acción de inaplicabilidad como la intentada, es posible advertir que la argumentación de la requirente funda gran parte de la severidad del impacto negativo (gravedad de la intervención) en eventuales errores del juez del fondo en la interpretación de la norma impugnada y en la apreciación de los hechos. Así, pues, se argumenta a favor de la requirente que “salta a la vista que la determinación del daño basada en las utilidades obtenidas por el infractor, pasa por alto el hecho de que dichas utilidades pueden originarse en un conjunto de actividades, y no sólo en la infracción de una patente. Tal es el caso de lo ocurrido en el asunto que nos ocupa, y no considerar este hecho conlleva una evidente desproporción en sentido estricto en la intervención del principio de igualdad ante la ley, del derecho a desarrollar actividades económicas y del derecho de propiedad de Codelco” (fojas 514 y, en el mismo sentido, ver, también, lo expuesto a fojas 19);

**20º.** Que en opinión de estos Ministros dicha argumentación, en primer lugar, pasa por alto el texto íntegro de la norma impugnada, en la cual se dispone que la indemnización podrá determinarse según “[l]as utilidades que haya obtenido el infractor como consecuencia de la infracción” (énfasis agregado). Y, en segundo lugar, en el evento de que el juez del fondo no haya considerado el hecho de que las utilidades obtenidas por el infractor pueden originarse en un conjunto de actividades y no sólo en la infracción de una patente, se estaría ante un tema de interpretación de la norma aplicada o ante un asunto de apreciación de la prueba sobre los hechos, situaciones, ambas, que son de exclusiva competencia de los jueces del fondo y cuya determinación final se encuentra aún pendiente. En este sentido, la afirmación del Juez de la instancia de que existe “una notable desproporción entre los beneficios obtenidos por el primero y los que previsiblemente hubiera obtenido el segundo” (considerando 75º de la sentencia, Rol N<sup>º</sup> C-50763-2009, del Segundo J.L. de Calama) es un juicio de valor emitido sobre la base de un cálculo monetario aún en discusión y que no constituye un parámetro en base al cual deba apreciarse la proporcionalidad.

**21º.** Que, tal como lo ha manifestado esta Magistratura, “no le corresponde [al Tribunal Constitucional], en el examen que debe realizar de esta ac-

*ción [de inaplicabilidad], emitir pronunciamiento alguno respecto de las decisiones adoptadas por el tribunal que conoció o está conociendo de la gestión, ni en torno a las consideraciones que el juez a quo tuvo al resolver un asunto, por equivocadas que éstas pudieran haber sido.”* (STC, Rol N° 1.564, c. octavo). Lo que evalúa esta Magistratura, en definitiva, no es la eventual aplicación incorrecta o abusiva de la norma impugnada que pudiese efectuar el juez del fondo, lo que corresponderá ser corregido a través de los diversos recursos que contemplan las leyes del procedimiento (STC, Rol N° 1.416). El examen relevante es si el precepto legal impugnado, rectamente aplicado, infringe o no la Constitución (STC, rol N° 1.849);

**22°.** Que, por tanto, consideramos que el precepto legal impugnado no atenta en contra del derecho constitucional: a que la ley no establezca diferencias arbitrarias (artículo 19, N° 2°), a la libertad para desarrollar actividades económicas (artículo 19, N° 21°), y a la integridad patrimonial o derecho de propiedad (artículo 19, N° 24°). Consiguientemente, si la norma impugnada no vulnera los derechos constitucionales recién aludidos, tampoco se vislumbra una infracción a los otros artículos de la Constitución cuya infracción se alega (artículos 1°, 5° y 19 N° 26), mas no se fundamenta;

**23°.** Que, en consecuencia, en mérito de todo lo anterior y de lo preceptuado, además, en los incisos primero, número 6°, e inciso decimoprimero, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal, estos Ministros están por rechazar en todas sus partes el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas 1, disintiendo, parcialmente, de lo resuelto.

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Carlos Carmona Santander y Domingo Hernández Emparanza,** quienes estuvieron por rechazar el presente requerimiento por las siguientes razones:

**1°.** Que en el presente requerimiento CODELCO solicita la inaplicabilidad de dos preceptos de la Ley de Propiedad Industrial (artículos 48 y 108, letra b), en el marco de un juicio por indemnización de perjuicios iniciado en su contra. El tribunal de primera instancia acogió la demanda, condenando a la requirente a pagar la suma de catorce millones de dólares. La causa se encuentra apelada por CODELCO.

CODELCO sostiene que las normas cuestionadas son una verdadera confiscación de utilidades, en que la patente objeto de la controversia en la gestión pendiente, no estuvo involucrada. Los preceptos impugnados, afirma, generan un efecto desproporcionado y retroactivo;

**2°.** Que para estos disidentes, no hay un problema de constitucionalidad involucrado en el presente requerimiento, sino que uno de legalidad definido por el marco jurídico aplicable a la patente de invención objeto de la controversia.



En efecto, recordemos que la patente de invención se pidió en mayo de 2002, y se concedió en junio de 2009. En el año 2005, se dictó la Ley N<sup>º</sup> 19.996, que introdujo importantes cambios a la Ley de Propiedad Industrial.

El artículo 48 de la Ley de Propiedad Industrial establece que la protección de la patente se otorga a contar de la fecha en que se presentó la solicitud. Esta norma estaba en el texto original de la Ley N<sup>º</sup> 19.039.

Por su parte, el artículo 108 vigente, fue introducido por la Ley N<sup>º</sup> 19.996, publicada en el Diario Oficial el 11 de marzo de 2005, y permite demandar de indemnización de perjuicios si el titular de la patente de invención se considera lesionado, por las *“utilidades que el titular hubiera dejado de percibir como consecuencia de la infracción”*;

3°. Que el problema se torna relevante atendido que mientras se encontraba en curso el procedimiento administrativo destinado a obtener la patente, se dictó una ley. Antes de esa ley el sistema de protección de la patente era la exclusividad para producir, vender o comercializar el invento (artículo 49) y las multas a beneficio fiscal para quienes maliciosamente fabriquen, utilicen, ofrezcan, un invento patentado, o imiten o hagan uso de él (artículo 52). La Ley N<sup>º</sup> 19.966 agregó a este sistema de protección las demandas civiles para que cese el uso ilegítimo (artículo 106), para obtener medidas cautelares (artículo 112, 113) y para obtener indemnización de perjuicios (artículo 108);

4°. Que consideramos que existen dos maneras de definir el régimen jurídico que resuelve el problema planteado.

Una fórmula de resolver el conflicto, es la que siguió el juez de instancia. Este hizo un distingo. Para los efectos del plazo de duración de la patente, y para la formalidad de los actos que recaen sobre la patente, aplicó el estatuto de 1991. A esa época las patentes duraban 15 años y se necesitaba escritura pública para dichos actos. Sin embargo, para los efectos del sistema de protección, aplicó el estatuto del 2005, modificado por la Ley N<sup>º</sup> 19.996.

Esto último lo hace sobre el siguiente razonamiento. Como la protección de la patente es *“a contar de la fecha en que se presenta la solicitud”* (artículo 48), y el artículo 108 introducido por la Ley N<sup>º</sup> 19.996 es parte de ese régimen de protección, este también se aplica desde la fecha de la solicitud.

En el caso concreto, eso significa que se aplica el régimen indemnizatorio introducido el 2005, a contar del 2002;

5°. Que otra fórmula de resolver el conflicto, es construir el régimen jurídico aplicable a la situación, no a partir del artículo 48, sino a partir de las normas de transición de la Ley N<sup>º</sup> 19.996.

En efecto, el artículo 2° transitorio de dicho cuerpo legal, establece la transición aplicable a las normas que contiene.

Esa transición se construye sobre la base de un distingo. Por una parte, para las solicitudes en trámite, se aplican las normas vigentes al momento de su presentación. Por la otra, para las nuevas solicitudes, se aplican las nuevas disposiciones.

La primera regla se encuentra establecida en el inciso primero del artículo 2° transitorio de la Ley N° 19.996. Dicho precepto establece: “*las solicitudes de registro de marcas, patentes, modelos de utilidad y diseños industriales presentadas con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, continuarán su tramitación de acuerdo con las normas vigentes al momento de su presentación*”.

Por su parte, el inciso tercero de dicho artículo transitorio, dispone: “*No obstante, dentro de los 120 días siguientes a la entrada en vigencia de esta ley, los solicitantes de registro de marcas, patentes sin oposición pendiente, modelos de utilidad o diseños industriales, podrán formular una nueva solicitud que se ajustará a las disposiciones de la presente ley, la cual mantendrá la prioridad de la solicitud original.*”;

**6°.** Que, como se observa, el inciso primero del artículo 2° transitorio, señala que el marco jurídico que rige a las solicitudes en trámite, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 19.966, son “*las normas vigentes al momento de su presentación*”. El mandato legal abarca las normas sustantivas y procesales;

**7°.** Que la importancia de dicha regla es que conforme a ella deba aplicarse el artículo 108, que introduce a la ley de Propiedad Industrial.

La consecuencia práctica de lo anterior, es que el artículo 108 no se aplica conforme a la regla del artículo 48, sino de acuerdo a lo establecido en dicha disposición transitoria. Lo contrario implicaría introducir un régimen retroactivo no previsto en el régimen transitorio de la Ley N° 19.966;

**8°.** Que, entonces, existen dos interpretaciones posibles para la aplicación del artículo 108 al caso en cuestión. Una, es hacerlo en base al artículo 48; la otra es hacerlo conforme al artículo 2° transitorio. Hay, por tanto, un problema de legalidad, propio de los jueces del fondo;

**9°.** Que el problema de constitucionalidad alegado por CODELCO se construye sobre la aplicación retroactiva y desproporcionada del artículo 108. Sin embargo, existe una interpretación que no hace aplicable dicho precepto, como ya se demostró.

Al ser así, de un lado, el juez del fondo tiene alternativas interpretativas disponibles para una solución justa aplicable al caso. Optar por una implica introducirse en las facultades propias de dichos jueces. Del otro, hay una interpretación que hace conciliable el precepto impugnado con la Constitución. Rige, en consecuencia, plenamente el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes. Ello hace inviable acoger la inaplicabilidad por no ser un medio necesario para resolver el fondo de la controversia;

**10°.** Que, en mérito de lo anterior, estos disidentes consideran que debe rechazarse el presente requerimiento, por existir un conflicto de interpretación y aplicación de leyes en el tiempo, más que un problema de constitucionalidad.

Redactó la sentencia el Ministro señor Gonzalo García Pino; las prevenciones, los Ministros que, respectivamente, las suscriben; la primera disidencia, el Ministro señor Juan José Romero Guzmán, y la segunda, el Ministro señor Carlos Carmona Santander.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N<sup>º</sup> 2.365-2012**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora Marisol Peña Torres, y por los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza y Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

**ROL N<sup>º</sup> 2.366-2012**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 565 Y 561,  
EN LA PARTE QUE INDICA, Y DEL ARTÍCULO 569,  
INCISO PRIMERO, TODOS DEL CÓDIGO  
DE PROCEDIMIENTO CIVIL, DEDUCIDO POR  
SOCIEDAD CONTRACTUAL MINERA BOREAL**

Santiago, veintiséis de diciembre de dos mil doce.

Proveyendo a lo principal de fojas 65, téngase presente; al primer otrosí, téngase presente al resolver acerca de la admisibilidad del requerimiento, y al segundo otrosí, téngase presente y a sus antecedentes, y al tercer otrosí, téngase presente.

Proveyendo a fojas 73, téngase por cumplido lo ordenado y a sus antecedentes.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1°. Que, con fecha 5 de diciembre de 2012, Antonio Urrutia Aninat, en representación de Sociedad Contractual Minera Boreal, ha deducido requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 565, 561 y 569, inciso primeros, en las partes que se indica, todos del Código de Procedimiento Civil, en la causa sobre denuncia de obra nueva caratulada “*Sociedad Contractual Minera Boreal con Compañía Minera Teck Quebrada Blanca S.A.*”, de que conoce el Juzgado de Letras de Pozo Almonte bajo el Rol N° 453-2012;

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 decimoprimerero 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 Constitucional del Tribunal Constitucional. 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”;*

**4º.** Que, por otra parte, el artículo 84 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*

*6º 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.”;*

**5º.** Que esta Magistratura Constitucional, en oportunidades anteriores y atendido el mérito de cada caso particular, ha determinado que un requerimiento de inaplicabilidad interpuesto puede adolecer de vicios o defectos tales que hagan imposible que pueda prosperar, siendo, así, pertinente que la Sala respectiva efectúe un examen previo de admisión a trámite y procediendo que la misma declare derechamente la inadmi-

sibilidad de la acción deducida (entre otras, STC roles N<sup>os</sup> 1.890, 1.878, 1.860, 1.789, 1.834, 1.828, 1.788, 1.771 y 1.749);

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 objetados 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.”* (entre otras, STC roles N<sup>os</sup> 482, 483, 484, 485, 490, 491, 492 y 494);

7°. Que, del estudio del requerimiento interpuesto, esta Sala ha llegado a la convicción de que él no cumple con la exigencia constitucional y legal de encontrarse fundado razonablemente, ya que no indica claramente cómo se producirían, en el caso concreto, las infracciones constitucionales alegadas, concurriendo por tanto, a su respecto, la causal de inadmisibilidad contenida en el N<sup>o</sup> 6° del artículo 84 de la citada ley orgánica constitucional;

8°. Que, por lo expuesto, la acción de inaplicabilidad deducida en autos no puede prosperar, motivo por el cual deberá ser declarada derechamente inadmisibile.

Y TENIENDO PRESENTE lo establecido en el artículo 93, inciso primero, N<sup>o</sup> 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política y en el N<sup>o</sup> 6° del artículo 84 y demás normas citadas y pertinentes de la Ley N<sup>o</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

**Que se declara inadmisibile el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas uno.** Téngase por no presentado para todos los efectos legales. Al primer otrosí, a sus antecedentes; al segundo otrosí, estése a lo resuelto en lo principal; al tercer otrosí, téngase presente y a sus antecedentes, y al cuarto otrosí, téngase presente.

Notifíquese por carta certificada.

Comuníquese al tribunal que conoce de la gestión judicial pendiente. Archívese.

**Rol N<sup>o</sup> 2.366-2012**

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente subrogante, Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake, y por los Ministros señores Francisco Fernández Fredes, Iván Aróstica Maldonado y Domingo Hernández Emparanza.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

## ROL N<sup>º</sup> 2.367-2012

### REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 3<sup>º</sup> DEL PROYECTO DE LEY QUE CREA EL MINISTERIO DEL DEPORTE, DEDUCIDO POR UN GRUPO DE DIPUTADOS, QUE REPRESENTAN MÁS DE LA CUARTA PARTE DE LOS MIEMBROS EN EJERCICIO DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS

Santiago, dieciséis de enero de dos mil trece.

#### VISTOS:

Con fecha 6 de diciembre de 2012, 54 señores Diputados, que constituyen más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de dicha Corporación, en su calidad de órgano legitimado, designando como representante para estos efectos al Diputado Gabriel Silber, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup>, e inciso cuarto, de la Constitución Política, han deducido ante esta Magistratura un requerimiento de inconstitucionalidad respecto del artículo 3<sup>º</sup> del proyecto de ley que crea el Ministerio del Deporte (Boletín 8085-29).

El texto de la disposición reprochada es del siguiente tenor:

*“Artículo 3<sup>º</sup>. La Organización del Ministerio será la siguiente:*

- 1. El Ministro del Deporte.*
- 2. La Subsecretaría del Deporte.*

*Un reglamento determinará la distribución temática en las divisiones del Ministerio, de conformidad a lo señalado en la ley N<sup>º</sup> 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado ha sido fijado mediante el decreto con fuerza de ley N<sup>º</sup> 1, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.*

*En la Organización del Ministerio del Deporte no tendrá aplicación lo dispuesto en el artículo 26 de la ley N<sup>º</sup> 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sis-*

*tematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.”.*

Alegan los diputados que la disposición transcrita es inconstitucional, toda vez que vulnera la reserva legal que establecen los artículos 63, N° 14°, y 65, inciso tercero, e inciso cuarto, N° 2°, de la Constitución Política.

Argumentan al respecto que del análisis armónico de las reseñadas disposiciones se desprende que es materia de reserva legal tanto la estructura interna de un servicio público o Ministerio como las atribuciones de sus cargos y empleos. Y precisan que la disposición cuestionada vulnera esa reserva legal por dos órdenes de razones.

Primero, porque, de conformidad a todo lo señalado, se colige que la distribución temática de las divisiones de un Ministerio es materia de reserva legal y el artículo 3° del proyecto de ley establece que será el reglamento el que determinará la distribución temática en las divisiones del Ministerio del Deporte.

Segundo, porque también, de conformidad a todo lo señalado, se colige que la estructura interna de un Ministerio debe ser determinada por el legislador y el inciso final del artículo impugnado, al establecer que no se aplicará a la organización del Ministerio del Deporte lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley N° 18.575, hace que sea el reglamento el que determine la estructura de ese Ministerio.

Precisan al efecto que, según el citado artículo 26, en la orgánica de todo Ministerio sólo podrán existir cuatro niveles jerárquicos –a saber, división, departamento, sección y oficina–, salvo que la ley, por motivos excepcionales, establezca otros niveles.

En la especie, en el proyecto de ley que crea el Ministerio del Deporte, no se menciona ninguna circunstancia especial para no aplicar la citada estructura jerárquica y, por otra parte, tampoco se establece en él una estructura distinta, por lo que puede desprenderse que ésta será fijada por el reglamento, vulnerándose así la reserva legal que mandata la Constitución.

Aducen que el reproche planteado en autos ha tenido acogida en la sentencia Rol N° 319 del Tribunal Constitucional. Recuerdan que en ese pronunciamiento se declaró la inconstitucionalidad del artículo 20 del proyecto de ley del deporte, que entregaba al Director del Instituto Nacional del Deporte las atribuciones de determinar la organización interna de ese servicio y de asignarle funciones a su personal. El Tribunal resolvió su inconstitucionalidad teniendo en consideración que ello vulneraba la reserva legal dispuesta en los artículos 63 y 65 de la Constitución Política.

Finalmente, argumentan que la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República se enmarca en el pronunciamiento citado, toda vez que ha dejado sin efecto diversos intentos de reestructuración interna del Instituto Nacional del Deporte en atención a que la estructura interna de un servicio pertenece a la reserva legal.



Por resolución de 27 de diciembre de 2012, el Pleno del Tribunal admitió a tramitación el requerimiento. Por resolución de la misma fecha lo declaró admisible y ordenó que se pusiera en conocimiento del Presidente de la República, del Senado y de la Cámara de Diputados, en su calidad de órganos constitucionales interesados, a efectos de que pudieran formular sus observaciones y presentar antecedentes.

Mediante presentación de 2 de enero de 2013, encontrándose dentro de plazo, el Presidente de la República, señor Sebastián Piñera Echenique, formuló sus observaciones al requerimiento, solicitando que fuera rechazado en todas sus partes, por cuanto el artículo impugnado se ajusta a la Constitución.

Expone el Presidente que, de la lectura de las disposiciones constitucionales que se estiman transgredidas, resulta evidente que sólo el legislador puede crear un órgano administrativo, como lo es un Ministerio, y determinar cuáles son sus potestades y atribuciones.

No obstante, de ello no puede interpretarse que la organización interna del ente administrativo esté completamente vedada a la potestad reglamentaria, en aquellos casos en que es la misma ley la que fija claramente los márgenes de discrecionalidad para la autoridad de la administración.

A juicio del Presidente, el proyecto de ley ha fijado con claridad esos márgenes, por los siguientes tres motivos.

En primer lugar, esgrime que el artículo 3<sup>º</sup>, al entregar al reglamento la determinación de la distribución temática en las divisiones del Ministerio del Deporte, no vulnera la reserva legal que establecen los artículos 63 y 65 de la Constitución.

Lo anterior, desde el momento que la distribución temática no importa crear un servicio público, determinar sus atribuciones, ni fijar su estructura interna, competencias que, según las citadas disposiciones constitucionales, sólo pertenecen al legislador.

En efecto, el Ministerio del Deporte es creado por el artículo 1<sup>º</sup> del proyecto de ley. De esta manera, la creación del organismo público al interior del cual se distribuirán las temáticas no se efectuará a través del reglamento.

Por otra parte, las atribuciones del Ministerio del Deporte vienen establecidas en el artículo 2<sup>º</sup> del proyecto de ley. Por consiguiente, es el legislador el que confiere a aquel Ministerio sus potestades y atribuciones, y el reglamento simplemente viene a distribuirlas, mas no a crearlas.

A su vez, tampoco puede suponerse que un reglamento fijará la estructura interna del Ministerio del Deporte. Lo anterior, desde el momento que el impugnado artículo 3<sup>º</sup> señala que un reglamento determinará la distribución temática en las divisiones de ese Ministerio de conformidad a lo señalado en la Ley N<sup>º</sup> 18.575. Ello significa que rige para el Ministerio del Deporte la estructura orgánica que establece para los Ministerios

el artículo 27 de la Ley N<sup>o</sup> 18.575, a saber, la existencia de divisiones, departamentos, secciones y oficinas. Por consiguiente, no se entrega al reglamento la creación de una estructura organizacional, sino que tan sólo se le delega la distribución de atribuciones al interior de una estructura ya creada por el legislador.

Así las cosas, resultaría evidente que el artículo 3<sup>o</sup> impugnado no invade la reserva legal, toda vez que sólo encarga al reglamento la distribución temática de potestades que han sido creadas por ley respecto de un organismo creado asimismo por ley y cuya estructura interna se encuentra fijada también en la ley.

Precisa el Presidente que la distribución temática simplemente significa denominar las divisiones de un Ministerio y distribuir entre ellas las funciones y atribuciones que previamente le confirió el legislador. Por ejemplo, denominar a una división como división de gestión deportiva, división de alto rendimiento. Es decir, importa la distribución de la carga de trabajo. Y la distribución temática es un complemento necesario para la ejecución de la ley, que se ha encargado al reglamento por razones de eficiencia y eficacia.

Por lo mismo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional reconoce la constitucionalidad de la colaboración ley-reglamento en aquellas materias relacionadas con la organización de un determinado servicio público y respecto de las cuales la Constitución no haya establecido una reserva legal absoluta.

En ese contexto, el artículo 3<sup>o</sup> utiliza una técnica que no es innovadora, pues se ha aplicado en reiteradas ocasiones. En efecto, diversos preceptos en el ordenamiento jurídico entregan al reglamento la tarea de distribuir las temáticas en las divisiones de un Ministerio, bastando citar al efecto que normas similares a la impugnada en autos se encuentran en los artículos 9<sup>o</sup> y 74 de la ley que creó el Ministerio del Medio Ambiente, en el artículo 4<sup>o</sup> de la ley que regula el Ministerio de Desarrollo Social, en el artículo 5<sup>o</sup> de la ley que regula el Ministerio de Energía, entre otras disposiciones que rigen a diversos servicios públicos.

En segundo lugar, el Presidente de la República alega que el inciso tercero del artículo impugnado, que prescribe que en la organización del Ministerio del Deporte no se aplicará lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley N<sup>o</sup> 18.575, no vulnera la reserva legal establecida por los artículos 63 y 65 de la Constitución.

Recuerda que ese artículo sólo señala que los Ministerios se desconcentrarán territorialmente mediante Secretarías Regionales Ministeriales, con las excepciones que contemple la ley.

De esta manera, cuando el artículo 3<sup>o</sup> dice que no se le aplicará al Ministerio del Deporte el reseñado artículo 26, simplemente quiere estatuir que esa Secretaría de Estado no se desconcentrará en secretarías regiona-

les, tal como ocurre, por ejemplo, con el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, con el Ministerio de Relaciones Exteriores, con el Ministerio de Hacienda, entre otros.

No significa entonces, como alegan los requirentes, que el Ministerio del Deporte no se sujetará a la estructura organizacional del artículo 27 de la Ley N<sup>º</sup> 18.575, el que, como se dijo, establece la existencia de divisiones, departamentos, secciones y oficinas en los Ministerios.

Finalmente, el Presidente de la República se hace cargo de la jurisprudencia constitucional y administrativa citada por los requirentes para sustentar su cuestionamiento, aduciendo que ésta no resulta aplicable al asunto de marras.

Respecto de la sentencia Rol N<sup>º</sup> 319, indica que sus fundamentos jurídicos y fácticos difieren del caso de autos, por lo que no pueden constituir un antecedente útil. Lo anterior, desde el momento que en esa sentencia se declaró la inconstitucionalidad del precepto que facultaba al director de un servicio para establecer su estructura interna, en circunstancias que la norma reprochada no remite al reglamento el establecimiento de la estructura interna del Ministerio del Deporte, sino sólo le delega la determinación de la distribución temática en las divisiones de ese Ministerio, cuya estructura se encuentra dispuesta en el artículo 27 de la Ley N<sup>º</sup> 18.575.

Respecto a la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, expresa que los dictámenes citados por los requirentes no hacen otra cosa que reforzar la idea de que la autoridad administrativa, en uso de su potestad organizatoria, puede distribuir las funciones y labores que la ley previamente le ha atribuido al organismo administrativo que dirige.

Por todas las argumentaciones anteriores solicita que el requerimiento sea rechazado en su totalidad.

Con fecha 3 de enero de 2013, el Presidente del Tribunal ordenó traer los autos en relación y colocarlos en el Rol de Asuntos en Estado de Tabla.

Con fecha 8 de enero de 2013 se procedió a realizar la vista de la causa, a la que concurrieron a alegar la abogada Alejandra Miranda, por los diputados requirentes, y el abogado Jorge Bermúdez, por el Presidente de la República.

#### CONSIDERANDO:

### I LA IMPUGNACIÓN

**PRIMERO.** Que un grupo de Diputados, que representa más de un cuarto de los miembros en ejercicio de dicha Cámara, ha presentado un requerimiento ante este Tribunal Constitucional, en ejercicio de la facul-

tad que le confiere el artículo 93, N° 3, de la Constitución, objetando parte del artículo 3° del proyecto de ley que crea el Ministerio del Deporte (Boletín 8085-29), actualmente en segundo trámite constitucional, en el H. Senado;

**SEGUNDO.** Que el artículo en que se encuentran los preceptos impugnados, es el siguiente:

*“Artículo 3°. La Organización del Ministerio será la siguiente:*

*1. El Ministro del Deporte*

*2. La Subsecretaría del Deporte*

*Un reglamento determinará la distribución temática en las Divisiones del Ministerio, de conformidad a lo señalado en la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado ha sido fijado mediante el decreto con fuerza de Ley N° 1, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.*

*En la organización del Ministerio del Deporte no tendrá aplicación lo dispuesto en el artículo 26 de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.”;*

**TERCERO.** Que los requirentes impugnan los incisos segundo y tercero de dicho artículo, en base a los siguientes argumentos.

La convocatoria al reglamento se cuestiona señalando, en primer lugar, que se entrega a la Administración una materia de ley, como es definir la organización interna del Ministerio. En segundo lugar, es contradictoria esta convocatoria a la norma administrativa con lo resuelto por esta Magistratura en la STC Rol N° 319. En dicha sentencia, se objetó la posibilidad de que el Director del Instituto Nacional del Deporte pudiera definir la estructura interna de dicho servicio, porque ello era materia propia de ley. En tercer lugar, se arguye que dicha remisión afecta la seguridad jurídica, pues introduce un grado de incertidumbre sobre el tipo de organización que pueda tener un Ministerio. La estructura del Ministerio que establece el proyecto es mínima, ya que se limita a señalar que los órganos del Ministerio son dos: el Ministro y el Subsecretario. Finalmente, se sostiene que la convocatoria a normas reglamentarias en otros Ministerios creados por el legislador, se hace con mucha mayor precisión, pues se indican las áreas en que la Administración puede intervenir.

Respecto de la objeción al inciso tercero, se cuestiona que el proyecto no establezca que el Ministerio se desconcentre territorialmente a través de secretarías regionales ministeriales, pues esa decisión no se explica claramente ni en el Mensaje ni durante su discusión;

## II ANTECEDENTES

**CUARTO.** Que, antes de entrar a examinar el cuestionamiento, es necesario considerar una serie de antecedentes para una adecuada contextualización de lo que esta Magistratura va a decidir;

### 1. El proyecto en que se inserta la norma impugnada

**QUINTO.** Que, en primer lugar, el proyecto de ley en que se inserta la norma impugnada, crea el Ministerio del Deporte. En la actualidad, la institucionalidad del deporte está constituida por el Instituto Nacional del Deporte, servicio público descentralizado, que se relaciona con el Gobierno a través del Ministerio Secretaría General de Gobierno (artículo 10, Ley N<sup>º</sup> 19.712). A este organismo, a cargo de un Director, que tiene rango de Subsecretario (artículo 19), le corresponde proponer la política nacional del deporte (artículo 11) y fiscalizar las organizaciones deportivas (artículo 14). Esta repartición se desconcentra territorialmente a través de direcciones regionales (artículo 21).

El proyecto mantiene el Instituto Nacional del Deporte, pero lo transforma en un órgano ejecutor de las políticas que va a definir el Ministerio del Deporte. El personal del nuevo Ministerio se regirá por el Estatuto Administrativo y, en materia remuneratoria, por la Escala Única de Sueldos (artículo 5<sup>º</sup>);

**SEXTO.** Que el proyecto establece un conjunto de normas transitorias destinadas a regular la creación del Ministerio. Así, entrega a un decreto con fuerza de ley fijar la planta de personal, traspasar personal del Instituto Nacional del Deporte al Ministerio del Deporte, fijar dotaciones máximas, traspasar bienes, determinar la vigencia de la ley;

### 2. Los precedentes del Tribunal respecto de la potestad organizatoria en los jefes de servicio

**SÉPTIMO.** Que el segundo antecedente que es necesario tener en cuenta, es la STC Rol N<sup>º</sup> 319. Esta sentencia ejerció el control preventivo de lo que se transformó en la Ley N<sup>º</sup> 19.712, que creó el Instituto Nacional del Deporte.

El artículo 20 de dicho proyecto contemplaba las atribuciones propias del Director Nacional. Entre ellas, se lo facultaba para establecer la organización interna del servicio y asignarle funciones;

**OCTAVO.** Que el Tribunal Constitucional, en dicha sentencia, objetó esta facultad. Consideró que esas materias sólo podían establecerse por ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Eran, por tanto, propias de la reserva legal, lo que excluía la posibilidad de que fueran

reguladas por la autoridad superior de un servicio. Declaró, en consecuencia, inconstitucional el precepto respectivo;

**NOVENO.** Que este mismo criterio lo reiteró esta Magistratura en la STC Rol N° 358, respecto del proyecto que creaba el Servicio Nacional del Adulto Mayor; y en la STC Rol N° 443, en que se pronunció sobre un proyecto que facultaba al Intendente para proponer al Consejo Regional la organización interna del servicio administrativo del Gobierno Regional;

### 3. La historia de la organización ministerial

**DÉCIMO.** Que la Constitución de 1980 establece, en su artículo 33, inciso segundo, lo siguiente:

*“La ley determinará el número y organización de los Ministerios, como también el orden de precedencia de los Ministros titulares.”;*

**DECIMOPRIMERO.** Que el antecedente de esta norma hay que buscarlo en la Constitución de 1833. El artículo 84 de dicha Carta establecía: *“El número de los Ministros i sus respectivos Departamentos serán determinados por la ley.”*. La Constitución del 25 establecía lo mismo, en el artículo 73 (*“El número de los Ministros y sus respectivos Departamentos serán determinados por la ley”*).

Como se observa, los textos constitucionales de 1980 y los de 1833 y 1925 no son iguales, porque la Carta de 1980 agrega, como materia de ley, dos aspectos que no eran contemplados en sus predecesoras. En primer lugar, el que la ley debe determinar *“la organización de los Ministerios”*. En segundo lugar, el que la ley debe precisar *“el orden de precedencia de los Ministros titulares.”*

El sentido de remitir al legislador los aspectos organizativos fue que si la Constitución definía éstos, se rigidizaba el sistema. De ahí que se prefiriera entregarlos a la esfera legislativa (Silva Bascañán, Alejandro; Tratado de Derecho Constitucional, tomo V, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 103);

**DECIMOSEGUNDO.** Que las constituciones anteriores a la de 1833 establecían ellas mismas el número de secretarios de Estado. Así, la de 1812 hablaba de dos (artículo XIV), las de 1818 (artículo 10), de 1822 (artículo 124), de 1823 (artículo 21) y de 1828 (artículo 26) hablaban de tres;

**DECIMOTERCERO.** Que, como consecuencia del mandato que establecía la Constitución de 1833, se dictaron dos leyes de Ministerios.

La primera, en 1837, estableció que los Secretarios de Despacho serían cuatro (Interior; Justicia, Culto e Instrucción Pública; Hacienda; Guerra y Marina). Dicha disposición no se refirió a la organización interna de los Ministerios. Sí, en cambio, definió las plantas de personal para cada una de estas Carteras (artículo 8°).

La segunda se expidió en 1887. Para esa fecha había siete Ministros de Despacho (Interior; Relaciones Exteriores y Culto; Justicia e Instrucción

Pública; Hacienda; Guerra; Marina, y de Industria y Obras Públicas. La misma ley establecía que los Departamentos de Guerra y Marina debían ser desempeñados por un solo Ministro). Esta ley siguió la misma estructura de la anterior, listando las funciones de los siete Ministerios. Pero, en el Título Tercero, se refirió a la organización. Por una parte, regulando las tareas de los subsecretarios (artículos 13 y siguientes). Por la otra, estableciendo una estructura tipo. En efecto, el artículo 17 establecía que en cada Ministerio, además del subsecretario, debían existir “*jefes de sección, oficiales de partes, archiveros, y oficiales de número de primera y segunda clase.*”. Luego, esta ley definía las tareas de cada uno de esos cargos (artículos 18 y siguientes);

**DECIMOCUARTO.** Que, bajo la Constitución de 1925, se dictó, en 1927, el D.F.L. N<sup>º</sup> 7.912, que organizó las Secretarías de Estado. A esa fecha había nueve Ministerios (Interior; Relaciones Exteriores; Hacienda; Educación Pública; Justicia; Guerra, Marina; Fomento, y Bienestar Social).

Esta ley listó las funciones de los Ministerios y se refirió también a la organización de los mismos. Para ello, de un lado, señaló las funciones de los subsecretarios (artículo 14). Del otro, permitió que los Ministerios “*dictaran los decretos correspondientes de organización o reorganización de los servicios que de ellos dependan, de acuerdo con las disposiciones del presente decreto*” (artículo 18);

**DECIMOQUINTO.** Que bajo la Constitución de 1980 se dicta, en 1986, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante LOCBGAE).

Esta ley, a diferencia de las anteriores, se dicta por encargo expreso del artículo 38 de la Constitución, en virtud del cual una ley orgánica constitucional debe determinar “*la organización básica de la administración pública.*”.

Cabe señalar que esta ley no fija, como lo hacían sus predecesoras, las funciones específicas de cada cartera, sino que establece la función común de los Ministerios en el artículo 22. Dicha disposición establece, por una parte, que “*los Ministerios son los órganos superiores de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración de sus respectivos sectores, los cuales corresponden a los campos específicos de actividades en que deben ejercer dichas funciones.*” Por la otra, que en cumplimiento de ese rol, les corresponde “*proponer y evaluar las políticas y planes correspondientes, estudiar y proponer las normas aplicables a los sectores a su cargo, velar por el cumplimiento de las normas dictadas, asignar recursos y fiscalizar las actividades del respectivo sector.*”.

Enseguida, esta normativa se refiere a la organización de los Ministerios. Por de pronto, porque fija la labor de los Ministros (artículo 23) y de los Subsecretarios (artículos 24 y 25). También, porque permite que la ley pueda desconcentrar territorialmente a los Ministerios, mediante Secretarías Regionales Ministeriales. Además, porque establece la estruc-

tura tipo de un Ministerio, la que puede ser modificada por otra ley. Esa estructura tipo la establece el artículo 27, en los siguientes términos: “*En la organización de los Ministerios, además de las Subsecretarías y de las Secretarías Regionales Ministeriales, podrán existir sólo los niveles jerárquicos de División, Departamento, Sección y Oficina, considerando la importancia relativa y el volumen de trabajo que signifique la respectiva función.*”;

**DECIMOSEXTO.** Que el sentido de la LOCBGAE debe buscarse en dos aspectos. Por una parte, el propósito ordenador de la Administración que buscaron sus disposiciones. Así, un autor señala: “*Ha sido una antigua aspiración de los administrativistas el que se estableciera un verdadero estatuto básico de la Administración del Estado, como remedio eficaz para poner término definitivamente a un régimen anárquico, caracterizado por una gran confusión en cuanto al rol de los órganos con función administrativa, por una tipología asistemática y obsoleta de los servicios públicos, por una distorsión del rol de los Ministerios, por una situación de permanentes conflictos de competencia y, en general, por una falta de reglas claras y coherentes reguladoras de la organización y funcionamiento del aparato administrativo del Estado*” (Aylwin, Arturo; Principios de la ley orgánica de la administración del Estado y pautas para el análisis de su título I; en Revista Chilena de Derecho, Volumen 16 N<sup>o</sup> 2, 1989, p. 395. En el mismo sentido, Daniel, Manuel; Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica Constitucional de la Administración del Estado, en Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, 1986, p. 435).

Por otro lado, el sentido de esta ley debe buscarse en el que sea una ley de bases. De este modo, la ley sólo puede referirse a las normas fundamentales o generales, sin que pueda entrar a los detalles relacionados con la administración (Silva Bascuñán, A.; ob. cit., p. 188). Al ser básica y general, debe limitarse a “*sistematizar los principios y normas fundamentales que desarrollan directa e inmediatamente los preceptos constitucionales*” (Cea, José Luis; Contribución al estudio de la ley orgánica sobre administración del Estado; en Revista de Derecho Universidad Católica, 1983, p. 639). “*La ley no puede incursionar en un desarrollo amplio de las estructuras y demás elementos de organización administrativa, porque básico es, semánticamente, lo que sustenta o es el apoyo fundamental de una cosa. Son, pues, los cimientos en que estribarán los elementos orgánicos de la Administración los que deben ser establecidos en esta ley. El ejercicio de las potestades legislativa ordinaria y reglamentaria, en sus respectivos dominios, completará el edificio.*” (Daniel, M.; ob. cit., p. 437);

**DECIMOSEPTIMO.** Que, asimismo, esta ley sólo debe contener el estatuto básico y común de la Administración, no sólo porque así lo establece el artículo 38 de la Constitución, sino también por otras varias razones.

Por de pronto, porque buena parte de los órganos que integran el complejo orgánico de la Administración tienen una regulación básica en la propia Constitución. Enseguida, porque el propio constituyente esta-



blece que varias de estas entidades y órganos administrativos deben regularse también por leyes orgánicas especiales (Cordero, Eduardo; La Ley N<sup>º</sup> 18.575 ante la doctrina y la jurisprudencia, a veinte años de su entrada en vigencia; en Estudios sobre la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; editado por la Universidad de Antofagasta, Antofagasta, 2008, p. 10-11). Asimismo, porque al tener que abordar sólo las bases, se entrega a la ley común el resto de la regulación. Por lo mismo, la ley orgánica no puede exceder su ámbito, invadiendo el espacio de dicha ley (Daniel, Manuel; ob. Cit.; p. 437). Finalmente, porque los órganos de la administración del Estado son heterogéneos. En su seno conviven entidades de distinta naturaleza, a las cuales no se les puede aplicar más que una normativa básica;

**DECIMOCTAVO.** Que, por otra parte, no obstante que la Constitución encomienda a la ley crear los Ministerios, varios preceptos de la Constitución hacen alusión directa o indirecta a algunos de ellos. Así, por ejemplo, aluden al Ministerio del Interior y Seguridad Pública los artículos 24, 101, 106, 111 y la disposición decimoséptima transitoria. Respecto del Ministerio de Defensa, se refieren a él los artículos 101, 106 y la disposición decimoséptima transitoria. El Ministerio de Economía, Fomento y Turismo es aludido en el artículo 106. Lo mismo sucede con el Ministerio de Hacienda en los artículos 106, 32, N<sup>º</sup> 20, y 67;

**DECIMONOVENO.** Que en el derecho comparado no necesariamente se exige ley para la creación de los Ministerios. Así, en España, la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado establece, en su artículo 8.2, que “*la determinación del número, la denominación y el ámbito de competencia respectivo de los ministerios y las Secretarías de Estado se establecen mediante Real Decreto del Presidente del Gobierno.*”. Lo mismo sucede en Francia, en que el número y las atribuciones de los Ministerios derivan del poder reglamentario del Presidente (Chapus, René; Droit Administratif général, T. 1, 15<sup>a</sup> ed., Ediciones Montchrestien, París, 2001, p. 211). Ello lleva a que el número de Ministerios varíe con cada Gobierno. Así, en un listado de algunos Primeros Ministros, se observa lo siguiente: con Rocard, hubo 43 Ministerios; con Baladour, 30; con Juppé, 43 y luego 33; con Jospin, 27 y luego 33; con Raffarin, 38; y con Fillon, 31. (Morand-Deviller, Jacqueline; Curso de Derecho Administrativo; Ediciones Universidad Externado de Colombia; traducción de la décima edición; Bogotá, 2010, p. 113);

### III

#### LA POTESTAD ORGANIZATORIA EN LOS MINISTERIOS

**VIGÉSIMO.** Que la Administración es una organización o un complejo organizacional cuyo fin es colaborar con el Presidente de la República

en el gobierno y la administración. Ello implica que “*la actividad administrativa se desarrolla en y a través de organizaciones*” (Schmidt-Assmann, Eberhard; La teoría general del derecho administrativo como sistema; Ediciones Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 251). “*El Estado, como toda entidad social, es exclusivamente una unidad de orden y acción, por lo que existe sólo en cuanto a organización y únicamente puede actuar a través de órganos. De donde se sigue que el ejercicio del poder organizatorio es presupuesto y al mismo tiempo contenido necesario de la actividad estatal* (Parejo Alfonso, Luciano; Organización y poder de organización; Editorial Istel, Madrid, 2009, p. 76). “*En cualquier organización, sea cual sea su naturaleza y constitución interna, todas y cada una de sus partes son al mismo tiempo expresiones de la organización y sedes de poder organizativo*” (Parejo Alfonso, L.; ob. cit., p. 19-20).

Los órganos de la administración del Estado operan a través de unidades o centros que imputan su actividad a la entidad jurídica de la que forman parte. Por eso, el órgano es “*una unidad estructural y abstracta, creada y regulada por normas jurídicas, que agrega un conjunto de medios o elementos personales o materiales y, sobre todo, un haz de funciones o competencias y cuya actuación produce efectos jurídicos de cualquier tipo, ya sean ad extra o internos*” (Sánchez Morón, Miguel; Derecho Administrativo, Editorial Tecnos, Madrid, 2005, p. 237);

**VIGESIMOPRIMERO.** Que la organización de un órgano de la Administración supone que éste ya fue creado por la autoridad correspondiente. Por lo mismo, organizarlo es adecuar los medios necesarios para su funcionamiento (Marienhoff, Miguel; Tratado de Derecho Administrativo, tomo II; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, 1993, p. 101).

De ahí que el proceso de organización tenga tres momentos ideales. En primer lugar, la creación de la organización. Ésta consiste en la decisión del poder público competente de que una determinada función o conjunto de funciones sea realizado por un aparato orgánico que a tal fin se establece. En segundo lugar, viene el establecimiento o configuración de la organización. Ésta supone la determinación concreta de la estructura interna, el detalle de sus funciones y potestades, y su distribución entre los diferentes órganos de la Administración. Y, en tercer lugar, está la puesta en marcha o funcionamiento de la organización, que implica la dotación efectiva de los elementos personales y materiales, la designación del personal, el acondicionamiento del lugar en que funcionará, del mobiliario, etc. De las tres fases indicadas, las dos primeras son fenómenos jurídicos; en cambio, la última tiene aspectos jurídicos y aspectos de hecho (Santamaría Pastor, Juan Alfonso; Fundamentos de Derecho Administrativo; Editorial Ceura, Madrid, 1991, p. 906);

**VIGESIMOSEGUNDO.** Que, sin embargo, lo que caracteriza al poder de organización cuando se aplica a estructuras de naturaleza pública, es que constituye siempre una potestad de actuación conferida por el orde-

namiento jurídico, que ha de ejercitarse dentro de los límites y con los condicionamientos que este último impone (Muñoz Machado, Santiago; Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general; tomo III, Editorial Iustel, Madrid 2009, p. 612).

Ello nos lleva a la potestad organizatoria. Es decir, a la atribución que el ordenamiento jurídico entrega a ciertas autoridades para intervenir en el diseño de la organización. La potestad organizatoria se refiere, en el derecho comparado, a *“la creación, la configuración y la conservación de la organización estatal o, en otros términos, la creación, modificación, articulación, determinación de las competencias y, en su caso, la estructura y el funcionamiento internos de centros titulares de funciones, que operan como unidades de actuación de un todo que justamente se manifiesta y hace efectivo en ellos.”* (Böckenförde, E.W.; Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung; Editorial Kuncker & Humblot, Berlin, 1998, 2<sup>a</sup> edición, p. 75);

**VIGESIMOTERCERO.** Que esta potestad se caracteriza, por de pronto, por ser una atribución que entrega el ordenamiento jurídico. No se trata de un título originario que tenga algún poder del Estado. Históricamente, en Alemania, se sostuvo que la potestad organizatoria pertenecía a la Administración y su forma de manifestación era el reglamento administrativo. Se afirmaba que las disposiciones organizativas no inciden en la *“libertad y propiedad de las personas”*, ni entregan nuevas atribuciones, limitándose a determinar los órganos competentes para ejercer las facultades ya existentes; por lo mismo, no eran controlables jurisdiccionalmente (Parejo Alfonso, L., ob. cit., p. 68). Frente a esos reglamentos, existían los reglamentos jurídicos, que sí afectaban a los particulares, y que sí eran controlables jurisdiccionalmente. Ese distingo hoy se encuentra superado, pues todo reglamento es jurídico, ya que ejercita una potestad conferida por el ordenamiento jurídico. Enseguida, no tiene una identidad propia y contenido homogéneo, como puede ser la potestad expropiatoria o sancionadora. Se trata de un concepto síntesis, que engloba bajo un solo rótulo todas aquellas potestades que permiten crear, configurar, poner en marcha y modificar una organización (Santamaría Pastor, J.A.; ob. cit., p. 907-908). Finalmente, se trata de una potestad que se encuentra repartida entre la Constitución, la ley y la potestad reglamentaria;

**VIGESIMOCUARTO.** Que la Constitución abarca la potestad organizatoria de dos maneras diferentes. En primer lugar, crea directamente algunos órganos de la administración del Estado. Así sucede con el Presidente de la República (artículo 24), con la Contraloría General de la República (artículo 98), con los gobiernos regionales (artículo 111), con los municipios (artículo 118). En segundo lugar, convoca a la ley para definir dicha organización.

La intervención de la ley en materia organizatoria de los órganos de la Administración del Estado, origina dos tipos de reserva de ley. Por

un lado, están los casos de ley orgánica constitucional. Así sucede con la organización básica de los órganos de la administración (artículo 38), con la Contraloría General de la República, cuya ley orgánica debe abordar, entre otros aspectos, su organización (artículo 99); con el Banco Central, en que la ley orgánica debe regular también su “organización” (artículo 108); y con los concejos municipales, cuya ley orgánica debe regular la organización de éstos (artículo 119). Por el otro, están los casos de ley simple (artículo 65, inciso cuarto, Nº 2). En esta categoría incluso cabe el decreto con fuerza de ley. Este no puede abordar lo que tenga que ver con la “organización, atribuciones y régimen de los funcionarios del Poder Judicial, del Congreso Nacional, del Tribunal Constitucional ni de la Contraloría General de la República” (artículo 64, inciso tercero). Por lo mismo, en todos los otros órganos de la Administración, cabe el decreto con fuerza de ley;

**VIGESIMOQUINTO.** Que, tratándose de los Ministerios, la ley debe determinar su “organización” (artículo 33, inciso segundo). Se trata, como se observa, de una ley simple.

Sin embargo, como la misma Constitución establece que es materia de ley orgánica constitucional determinar “la organización básica de la administración pública”, hay aspectos de la organización que se insertan dentro del ámbito competencial de este tipo de leyes;

**VIGESIMOSEXTO.** Que, por otra parte, la misma Constitución establece la potestad reglamentaria del Presidente de la República (artículo 32, Nº 6). Esta está concebida “para la ejecución de las leyes”.

Por lo mismo, la existencia de una materia reservada a la ley, no excluye la intervención del reglamento en la medida que se limite a pormenorizar o detallar lo establecido en un precepto legal.

La doctrina se muestra partidaria para obrar en tal sentido. Así, bajo la Constitución del 25, Patricio Aylwin señalaba: “Cuando la ley crea el servicio, además establece las bases fundamentales de su organización, cuyas normas complementarias o de detalle son materia de reglamento. La organización del servicio es, pues, compartida entre la ley y el reglamento.” (Derecho Administrativo, tomo I; Editorial Universitaria, Santiago 1962, p. 96).

Bajo la vigencia de la Constitución de 1980, en el mismo sentido se expresa Jorge Bermúdez, para quien “no obstante quedar reservada la creación, estructura y atribución de competencias de un órgano de la Administración del Estado a la ley, es esta propia norma la que puede entregar a la Administración poderes de autoordenación interna, que permitirán configurar la distribución del trabajo al interior de la misma.” (Derecho Administrativo General; Editorial Abeledo-Perrot, Santiago, 2011, p. 320). Lo mismo hace Enrique Rajevic, para quien el hecho de que la Constitución haya entregado a la ley orgánica constitucional del artículo 38 establecer sólo la organización básica de la Administración permite un campo a la regulación por la potestad

reglamentaria del Presidente de la República (La potestad organizatoria en el derecho chileno. Teoría y práctica; en Estudios sobre la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; ob. cit., p. 173 y siguientes).

Como señala Schmidt-Assmann, *“la organización administrativa es impenable sin normas legales que la estructuren y le den estabilidad. La ley es, también en este campo, el garante de la racionalidad y la sistematización y proporciona legitimidad democrática.”* Sin embargo, *“la organización es la esencia de la administración y, en consecuencia, no puede estar totalmente en manos ajenas a la propia administración.”* (Schmidt-Assmann, Eberhard; ob. cit., p. 267).

De ahí que, en cierto sentido, la organización administrativa sea definida heterónomamente; pero también se autoorganiza, conforme a ciertos límites (Coscolluela, Luis; Manual de Derecho Administrativo; Editorial Civitas, Madrid, 1991, p. 137).

En nada obsta a lo anterior, el que la regulación básica esté establecida en una ley orgánica. Como ha dicho esta Magistratura, *“estas leyes, si bien deben abordar ciertas materias y, en tal sentido, se rigen por el principio de competencia, y están sujetas a una superlegalidad de forma, por requerir un quórum más alto de aprobación que las leyes comunes, y estar sujetas al control preventivo de constitucionalidad de esta Magistratura, no dejan de ser leyes, pues emanan de la potestad legislativa. En tal sentido, pueden requerir de pormenorización o detalle a cargo de una normativa secundaria”* (STC Rol N<sup>º</sup> 2.324);

**VIGESIMOSÉPTIMO.** Que cabe señalar que el artículo 33, inciso segundo, no habla de que sea materia de ley “crear” un Ministerio. Sí emplea la Constitución esta expresión cuando se refiere a los servicios públicos (artículo 65, inciso cuarto, N<sup>º</sup> 2). Pero, en este último caso, entrega a la ley “crear nuevos servicios públicos” y “determinar sus funciones o atribuciones”, sin emplear la Constitución la palabra “organización”.

Sin embargo, una interpretación sistemática de ambas disposiciones debe llevar a la conclusión de que el artículo 33, inciso segundo, cuando señala que es materia de ley determinar “el número”, la “organización” y “el orden de precedencia de los Ministros titulares”, comprende la atribución de crearlos. No se puede organizar una entidad sin antes haberla creado.

De este modo, la creación de un Ministerio, al igual que de los servicios públicos, es un acto legislativo, y se hace por ley o decreto con fuerza de ley;

**VIGESIMOCTAVO.** Que el hecho de que el artículo 65, inciso cuarto, número 2, no se refiera a la organización, llevó a la doctrina a entender que la creación de un servicio era un concepto amplio que la comprendía, haciéndolas casi sinónimas. Así, *“organizar un servicio público es formular las reglas generales y particulares a que este servicio habrá de ceñirse; más concretamente la determinación de la naturaleza del servicio, la dotación de su personal,*

*los recursos de que dispondrá y las normas a que habrá de sujetarse en materia de fiscalización*” (Silva Cimma, Enrique; Derecho Administrativo chileno y comparado. El servicio público; Edit. Jurídica; Santiago, 1995; p. 72);

**VIGESIMONOVENO.** Que crear un Ministerio significa que un determinado sector del gobierno y de la administración pasa a estar a cargo de esta nueva entidad, para lo que se le asignan funciones y atribuciones y se le dota de recursos humanos, presupuestarios y de bienes;

**TRIGÉSIMO.** Que, por su parte, la Constitución distingue, en varias de sus disposiciones, la organización de otros elementos. En primer lugar, lo hace al determinar el ámbito de las leyes orgánicas de una serie de entidades creadas por el constituyente. Así, la Constitución distingue entre la organización y las atribuciones (artículos 77, 84, 99, 108); y entre la organización y el funcionamiento (artículos 92, 95, 99, 108, 119). Los mismos distinguos hace la Constitución cuando regula el decreto con fuerza de ley (artículo 64). En segundo lugar, la Constitución también distingue entre la organización y el establecimiento de las funciones o atribuciones (artículo 65, inciso cuarto, N° 2). En tercer lugar, la Constitución diferencia la organización del procedimiento (artículo 63, N° 18). En cuarto lugar, la Constitución distingue la organización de las plantas de personal (artículo 63, inciso cuarto, N° 2). Finalmente, distingue la organización del presupuesto (artículos 65, inciso segundo, y 67), del estatuto de personal (artículos 65, inciso cuarto, N° 2, y 63, N° 4), del régimen de remuneraciones (artículo 62, inciso cuarto, N° 4).

Por lo mismo, la organización no tiene que ver con las atribuciones, con el procedimiento, con las plantas de personal, con el presupuesto, con el estatuto de personal, con el régimen de remuneraciones. Tiene que ver con la estructura interna de la entidad, con las unidades que tiene y con la jerarquía de las mismas, con la forma en que se ordenan y se relacionan.

De este modo, en el lenguaje constitucional crear un órgano de la Administración es más amplio que organizarlo; abarca más aspectos, como definir funciones y atribuciones, el régimen de recursos humanos, de bienes y presupuestarios. Sin embargo, habitualmente las leyes que crean los órganos, los organizan;

#### IV LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN

**TRIGESIMOPRIMERO.** Que, siguiendo con nuestro razonamiento, es necesario establecer los criterios de interpretación que vamos a utilizar para examinar el cuestionamiento formulado;

**TRIGESIMOSEGUNDO.** En primer lugar, la Administración tiene una finalidad. A ello se refiere el artículo 3° de la LOCBGAE, al señalar:

*“La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confieren la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal.”.*

Por lo mismo, la organización debe adecuarse a dicha finalidad. Lo contrario implicaría restar racionalidad y flexibilidad a la organización para cumplir tales propósitos. Como señala Schmidt-Assmann, *“una vez asegurado que el Derecho Administrativo limita y racionaliza el poder, se trata más bien de garantizar la acción administrativa y su eficacia. En suma, pues, el Derecho Administrativo ha de satisfacer una doble finalidad: la ordenación, disciplina y limitación del poder, al tiempo que la eficacia y efectividad de la acción administrativa. Ello obliga, entre otras consecuencias, no sólo a utilizar el canon de la prohibición de exceso (principio de proporcionalidad), sino también el de la prohibición de defecto. Y es que en un Derecho Administrativo enmarcado en una Constitución de las libertades habrá de tener también su sitio la idea de la eficacia, de la funcionalidad, de la capacidad de actuación efectiva.”* (Schmidt-Assmann, E.; ob. cit., p. 26);

**TRIGESIMOTERCERO.** Que, en segundo lugar, este Tribunal ha considerado que es posible y lícito que la Administración pueda regular, mediante normas administrativas, 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) (STC Rol N<sup>º</sup> 1.669) (STC Rol N<sup>º</sup> 2.069).

Dicha colaboración reglamentaria la ha permitido en materia de propiedad (STC Rol N<sup>º</sup> 370), en materia de sanciones penales (STC Rol N<sup>º</sup> 468), en el ámbito de las sanciones administrativas (STC Rol N<sup>º</sup> 480), en materia tributaria (STC roles N<sup>os</sup> 718, 759, 773 y 1.234), en materia de subvención educacional (STC Rol N<sup>º</sup> 771);

**TRIGESIMOCUARTO.** Que, en tercer lugar, la interpretación del Tribunal debe ser sistémica. La Constitución, ha dicho, 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, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia a algún precepto de la misma (por ejemplo, STC Rol N<sup>º</sup> 254);

V

LAS RAZONES PARA ABANDONAR LAS SENTENCIAS PREVIAS

**TRIGESIMOQUINTO.** Que, después de todo lo anterior, estamos en condiciones de entrar al fondo del asunto. Para ello, en primer lugar, debemos hacernos cargo de los precedentes establecidos en las sentencias roles N<sup>os</sup> 319, 358 y 443.

Como ya indicamos en otra parte de esta sentencia, en dichas resoluciones este Tribunal consideró que facultar a una autoridad administrativa para regular la organización interna del servicio, violaba la Constitución porque era una materia de ley, de iniciativa exclusiva del Presidente;

**TRIGESIMOSEXTO.** Que este Tribunal tiene la doctrina de que es conveniente “*mantener la razón decisoria contemplada en fallos anteriores del Tribunal Constitucional en relación a una materia determinada, que ello crea la certeza y seguridad jurídica necesarias para todos aquellos a quienes pueda interesar y/o afectar lo que éste resuelva sobre el punto.*” (STC Rol N<sup>o</sup> 171). Por lo mismo, “*los cambios de doctrina jurídica por lo general deben producirse siempre que existan motivos o razones fundamentales que los justifiquen.*” (STC Rol N<sup>o</sup> 171). La misma doctrina ha establecido en las STC roles N<sup>os</sup> 1.508 y 1.572;

**TRIGESIMOSÉPTIMO.** Que consideramos que debemos cambiar la doctrina sentada en dichos fallos. Varias razones nos mueven a ello.

En primer lugar, dicha jurisprudencia se enmarca en un período en que esta Magistratura tenía una mirada estricta de la reserva de ley. Por lo mismo, miraba con recelo cualquier colaboración reglamentaria que el Presidente de la República pudiera hacer en la materia. Dicha doctrina se encuentra superada. En la medida que el reglamento no innove o adicione aspectos que el legislador no previó, sino que pormenorice detalles, situaciones que la ley no puede abordar por la generalidad o abstracción que le es propia, es plenamente posible su intervención regulatoria. Sólo en la medida que la regulación aborde derechos, la convocatoria que hace la ley al reglamento debe ser determinada y específica (STC Rol N<sup>o</sup> 235) y la ley debe abordar los aspectos esenciales de la regulación, entregando al reglamento los aspectos de detalles (STC Rol N<sup>o</sup> 370);

**TRIGESIMOCTAVO.** Que, en segundo lugar, la interpretación que queremos cambiar, no miró con detención espacios que esta Magistratura había validado en materia de organización administrativa. Así, en la propia LOCBGAE, se encarga al Subsecretario “ejercer la administración interna del Ministerio” (artículo 24) y a los jefes de servicio les corresponde “organizar y administrar el correspondiente servicio” (artículo 31, inciso segundo). Por su parte, en materia municipal, la Ley Orgánica de Municipalidades contempla una serie de flexibilidades organizatorias. Entre otras, la de refundir en una sola unidad dos o más funciones genéricas, cuando las necesidades y características de la comuna respectiva así lo re-



quieran (artículo 17); también la de compartir entre Municipalidades una misma unidad (artículo 18); la de crear, por acuerdo del Concejo, a proposición del alcalde, el cargo de administrador municipal (artículo 30); la de que dos o más municipalidades puedan convenir que un mismo funcionario ejerza, simultáneamente, labores análogas en todas ellas (artículo 44); y que la organización interna del municipio, así como las funciones específicas que se asignen a la unidad respectiva, deben ser reguladas mediante un reglamento municipal, dictado por el alcalde, con acuerdo del concejo (artículo 31). En materia de gobierno y administración regional, corresponde al Intendente proponer al Consejo Regional la organización de los servicios administrativos del Gobierno Regional (artículo 27);

**TRIGESIMONOVENO.** Que, en tercer lugar, la LOCBGAE, en su texto original, no permitía establecer niveles jerárquicos distintos o adicionales, así como denominaciones diferentes, a la estructura tipo diseñada en el artículo 27 de ese cuerpo legal. Dicha estructura es que en la organización de los Ministerios, además de las Subsecretarías y de las Secretarías Regionales Ministeriales, *“podrán existir sólo los niveles jerárquicos de División, Departamento, Sección y Oficina, considerando la importancia relativa y el volumen de trabajo que signifique la respectiva función.”*.

Tal posibilidad fue incorporada por la Ley N<sup>º</sup> 18.891, que agregó un inciso segundo al artículo 27, del siguiente tenor: *“No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, en circunstancias excepcionales la ley podrá establecer niveles jerárquicos distintos o adicionales, así como denominaciones diferentes.”*. Dicha incorporación tuvo por objeto eliminar cierta rigidez conceptual, permitiendo la flexibilidad necesaria para acoger la tradición y la costumbre en el funcionamiento y nomenclatura de una estructura tan compleja como la administración. Se prefirió, dejando el marco global como norma base, establecer dicha excepción, entregando al legislador la calificación de las circunstancias excepcionales para apartarse de esa estructura tipo (Historia de la Ley N<sup>º</sup> 18.891; Biblioteca del Congreso Nacional);

**CUADRAGÉSIMO.** Que, finalmente, tenemos en consideración que hace una década el país inició un intenso proceso de reforma del Estado. En virtud de ese proceso, se dictaron una serie de normativas para la Administración. Así, se dictó la Ley N<sup>º</sup> 19.653, de Probidad Administrativa; la Ley N<sup>º</sup> 19.880, sobre Procedimiento Administrativo; la Ley N<sup>º</sup> 19.886, sobre Contratación Pública; la Ley N<sup>º</sup> 19.882, que creó la Alta Dirección Pública; la Ley N<sup>º</sup> 20.285, de Acceso a la Información Pública; la Ley N<sup>º</sup> 20.500, de Participación Ciudadana en la Gestión Pública.

Toda esa normativa obliga a reinterpretar la organización administrativa desde la óptica de los resultados. Más todavía si se establecen asignaciones de modernización (Ley N<sup>º</sup> 19.553), si los altos directivos públicos deben celebrar convenios de gestión (Ley N<sup>º</sup> 19.882), si se debe supervisar el cumplimiento de objetivos y metas (Ley N<sup>º</sup> 19.646) y si se deben

evaluar resultados de ciertos programas presupuestarios (D.L. N° 1.263, artículo 52, inciso tercero).

En esa óptica, establecer una reserva absoluta de ley en materia organizatoria no es una interpretación adecuada ni lógica;

## VI

### NO VULNERA LA CONSTITUCIÓN QUE EL PROYECTO NO ESTABLEZCA SECRETARIOS REGIONALES MINISTERIALES

**CUADRAGESIMOPRIMERO.** Que, como ya se indicó, el proyecto establece, en el inciso tercero de su artículo 3°, que “*en la organización del Ministerio del Deporte no tendrá aplicación lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley N° 18.575*”.

El artículo 26 de la Ley N° 18.575 establece lo siguiente: “*Los Ministerios, con las excepciones que contemple la ley, se desconcentrarán territorialmente mediante Secretarías Regionales Ministeriales, las que estarán a cargo de un Secretario Regional Ministerial.*”.

Los requirentes sostienen que la falta de secretario regional ministerial no se encuentra debidamente fundada;

**CUADRAGESIMOSEGUNDO.** Que lo primero que debemos señalar es que las secretarías regionales ministeriales son órganos desconcentrados territorialmente de los Ministerios.

Su regulación fundamental se encuentra en la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional (en adelante, LOC-GAR) (artículos 61 y siguientes);

**CUADRAGESIMOTERCERO.** Que los secretarios regionales ministeriales tienen vínculo con el Ministerio en que se insertan, con el Intendente y con el Gobierno Regional.

Con el Ministerio, el vínculo está dado porque tienen la “*condición de representante del o de los Ministerios respectivos en la región*” (artículo 62). En tal virtud, tienen tareas propias, que la ley les asigna, y tareas delegadas. Entre las primeras, deben “*ajustarse a las instrucciones de carácter técnico y administrativo que impartan los correspondientes ministerios*” (artículo 63); deben “*llevar a cabo las tareas que sean propias de su respectivo ministerio*” (artículo 63); realizar “*tareas de coordinación, supervigilancia o fiscalización sobre todos los organismos de la administración del Estado que integran su respectivo sector*” (artículo 64). Del mismo modo, los secretarios regionales ministeriales pueden ejercer “*las atribuciones que se les deleguen por los Ministros respectivos*” (artículo 64).

Con el Intendente, el secretario ministerial es su “*colaborador directo*” (artículo 62). Y le está subordinado “*en todo lo relativo a la elaboración, ejecución y coordinación de las políticas, planes, presupuestos, proyectos de desarrollo y demás materias que sean de competencia del gobierno regional*” (artículo 62).

Con el Gobierno Regional, finalmente, el secretario regional debe informarlo permanentemente del cumplimiento del programa de trabajo del respectivo sector (artículo 64, letra d). Asimismo, al Gobierno Regional le corresponde proponer a la autoridad competente la localidad en que deberán radicarse las secretarías regionales ministeriales y las direcciones regionales de los servicios públicos, sin perjuicio de los traslados transitorios a otras localidades de la región (artículo 17, f);

**CUADRAGESIMOCUARTO.** Que, enseguida, señalemos que los secretarios regionales ministeriales son cargos creados no por la Constitución, sino que por el legislador. La Constitución no se refiere a ellos ni los menciona. Por lo mismo, son de libre configuración por la ley;

**CUADRAGESIMOQUINTO.** Que tanto es así, que el artículo 61 de la LOCGAR establece que cuatro carteras no tienen secretario regional ministerial: Interior, Secretaría General de la Presidencia, Defensa Nacional y Relaciones Exteriores.

Asimismo, es posible que un mismo funcionario ejerza dos o más cargos de Seremi (artículo 62). Tal posibilidad fue incorporada por la Ley N<sup>º</sup> 20.035. Por lo mismo, el legislador puede decidir crear las secretarías regionales ministeriales en todas las regiones o en algunas;

**CUADRAGESIMOSEXTO.** Que, incluso, en algunas oportunidades, el legislador le ha dado un rol mucho más fuerte a los secretarios regionales ministeriales, entregándoles más atribuciones que las generales. Así sucede, por ejemplo, con los de Salud, que son la autoridad sanitaria en la respectiva región (artículo 12, D.F.L. N<sup>º</sup> 1, Salud, 2005);

**CUADRAGESIMOSÉPTIMO.** Que el hecho de que el proyecto no contemple secretarios regionales ministeriales para el Ministerio del Deporte, no debe considerarse una vulneración del mandato de que la administración del Estado “*será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada, en su caso*”, que establece el artículo 3<sup>º</sup>, inciso segundo, de la Constitución, pues dicho mandato debe cumplirse “*de conformidad a la ley*”. Por lo mismo, es el legislador el que debe definir las maneras en que se produce esta descentralización o desconcentración;

**CUADRAGESIMOCTAVO.** Que en el caso que analizamos, con el Ministerio del Deporte se relacionará el Instituto Nacional del Deporte. Este es un organismo desconcentrado, que cuenta con direcciones regionales.

El proyecto ha optado por potenciar estas direcciones regionales, en vez de establecer secretarías regionales ministeriales, pues permite que los directores regionales se integren al gabinete regional. Este es un órgano auxiliar del Intendente (artículo 65, LOCGAR), compuesto por miembros de pleno derecho e invitados. Los de pleno derecho son los gobernadores y los secretarios regionales ministeriales. El Intendente, sin embargo, puede disponer que integren este gabinete o que concurran a él, como invitados, jefes regionales de organismos de la administración del Estado (artículo 65, LOCGAR).

La integración al gabinete regional de un director regional de servicio no es una innovación, pues también integra este organismo por derecho propio el Director Regional del Servicio Nacional de la Mujer (artículo 65 LOCGAR);

**CUADRAGESIMONOVENO.** Que es a través de dichas direcciones regionales, entonces, que el Ministerio tendrá presencia regional;

**QUINCUAGÉSIMO.** Que no consideramos, en consecuencia, que la ausencia de secretarios regionales ministeriales sea una decisión infundada del legislador, pues se trata de una decisión consciente, fundada en el potenciamiento de las direcciones regionales del Instituto Nacional del Deporte.

Al momento de analizar la eventual arbitrariedad del legislador, lo relevante es que las razones que tuvo en cuenta existan, sean suficientes y consistentes con la decisión adoptada (STC Rol N° 1.295);

## VII

### LA REMISIÓN AL REGLAMENTO PARA LA DISTRIBUCIÓN TEMÁTICA DE LAS DIVISIONES NO VULNERA LA CONSTITUCIÓN

**QUINCUAGESIMOPRIMERO.** Que la segunda norma impugnada en el presente requerimiento, es aquella que remite a un reglamento determinar la distribución temática en las Divisiones del Ministerio, de conformidad a lo establecido en la LOCBGAE;

**QUINCUAGESIMOSEGUNDO.** Que, al respecto, lo primero que tenemos que puntualizar es lo que la norma no hace.

En primer lugar, la norma impugnada no otorga funciones ni competencias al Ministerio o a sus órganos. Éstas se encuentran establecidas en otras disposiciones del proyecto.

En segundo lugar, la norma no se refiere al personal que puede integrar el Ministerio del Deporte. La norma, en todo caso, no permite reorganizar ni hacer cesar en funciones, ni rebajar remuneraciones, ni menoscabar a los funcionarios. No es que otras normas del proyecto lo permitan. Al contrario, el proyecto regula minuciosamente las garantías para los funcionarios en los decretos con fuerza de ley que deben dictarse. Así, el personal que es traspasado del Instituto Nacional de Deportes al Ministerio, lo hace en el mismo grado y calidad que tenía a la fecha de traspaso. Tampoco, la fijación de la planta, el traspaso de personal y el encasillamiento que se practiquen, pueden tener como consecuencia ni pueden ser considerados como causal de término de servicio, supresión de cargos, cese de funciones o término de la relación laboral. Tampoco puede significar cambio de residencia habitual de los funcionarios, ni puede significar pérdida del empleo, cesación de funciones, disminución

de remuneraciones ni la modificación de derechos previsionales (artículo 1<sup>º</sup> transitorio). Por tanto, la flexibilidad organizacional del proyecto no afecta ni puede afectar derechos laborales del personal del Instituto Nacional de Deportes.

En tercer lugar, tampoco la norma impugnada faculta a la autoridad administrativa para crear órganos desconcentrados. Es decir, entidades con poder decisorio propio. La desconcentración sólo opera por ley, no por acto administrativo (artículo 33, LOCBGAE).

En cuarto lugar, la norma sólo permite la distribución temática de la tarea del Ministerio en las distintas Divisiones. Por lo mismo, estas Divisiones están creadas por el propio legislador, sin precisar sus funciones específicas;

**QUINCUAGESIMOTERCERO.** Que, enseguida, es necesario puntualizar que el Ministerio del Deporte se crea por ley. Ese es el sentido final del proyecto. El proyecto, además, fija sus dos órganos principales: el Ministro y el Subsecretario. Asimismo, adecua la inserción del Instituto Nacional del Deporte en este nuevo Ministerio. Y, finalmente, regula la transición (artículo 1<sup>º</sup> transitorio);

**QUINCUAGESIMOCUARTO.** Que el precepto impugnado es consistente con el artículo 27 de la LOCBGAE, que establece la estructura organizativa tipo de los Ministerios.

En este artículo se establece, por una parte, una estructura organizativa mínima de un Ministerio que debe disponer la ley: el Ministro, el o los Subsecretarios y las Secretarías Regionales Ministeriales. Por la otra, establece, como acabamos de señalar, una orgánica flexible “*considerando la importancia relativa y el volumen de trabajo que signifique la respectiva función*”.

Dicho artículo 27 cumple la siguiente funcionalidad en el sistema. Por de pronto, cumple el mandato del artículo 38 de la Constitución en orden a que la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado debe determinar sólo “*la organización básica de la administración*”. Por lo mismo, junto con definir el ámbito de la ley orgánica, entrega un margen de operación a la potestad reglamentaria del Presidente. En las leyes de bases, el espacio a la normativa administrativa es mayor (STC Rol N<sup>º</sup> 325). Enseguida, busca establecer cierta uniformidad en el aparato administrativo ministerial. Es decir, formas forzosas de organización. Pero la misma norma permite que el legislador, en circunstancias excepcionales, pueda establecer “*niveles jerárquicos distintos o adicionales, así como denominaciones diferentes*” (artículo 27, inciso segundo, LOCBGAE). A continuación, dicho precepto no obliga a crear todos los niveles jerárquicos que ahí se señalan. Es decir, los de División, Departamento, Sección u Oficina, pues la norma establece que el legislador debe ponderar “*la importancia relativa y el volumen de trabajo que significa la respectiva función*” para decidirlo. Finalmente, la norma enmarca la potestad organizatoria de la Administración;

**QUINCUAGESIMOQUINTO.** Que dicho encuadre se produce, por una parte, porque la Administración no puede crear otros niveles jerárquicos distintos. Esa es una decisión del legislador. Por la otra, debe respetar rigurosamente las denominaciones que el artículo 27 establece para designar las unidades internas que establezca en el proceso organizativo;

**QUINCUAGESIMOSEXTO.** Que es cierto que el legislador se detiene en el proceso organizativo al establecer sólo los órganos de Ministro y Subsecretario.

Sin embargo, eso no significa que el Ministerio carezca de organización.

En primer lugar, porque ya vimos cómo el legislador opta por prescindir de las secretarías regionales ministeriales, aprovechando las direcciones regionales del Instituto Nacional del Deporte.

En segundo lugar, porque la funcionalidad del artículo 27 de la LOCBGAE, a la cual se remite el precepto impugnado, es completar la regulación del legislador, en el sentido de que si no se dice nada, la estructura organizativa es la que él mismo establece. Se trata, por tanto, de una norma supletoria de la organización dispuesta por el legislador;

**QUINCUAGESIMOSEPTIMO.** Que hay que considerar también que el proyecto de ley encarga a un decreto con fuerza de ley fijar la planta del personal del Ministerio del Deporte. Y las plantas, conforme al artículo 5º del Estatuto Administrativo, tienen cinco niveles: los de Directivos, de Profesionales, de Técnicos, de Administrativos y de Auxiliares.

En tal sentido, será este D.F.L. el que establezca la cantidad de Divisiones que debe tener el Ministerio, por la vía de establecer el número de cargos directivos.

Por lo mismo, no es que la autoridad, al determinar la distribución temática, pueda crear libremente las Divisiones que quiera. Estas estarán predefinidas en el D.F.L. de plantas.

De ahí que el orden lógico y normativo de dictación de las disposiciones sea, primero, dictar el D.F.L. de plantas, y luego dictar el reglamento de organización.

Las normas transitorias permiten perfectamente establecer este orden cronológico, puesto que los D.F.L. que deben dictarse, de conformidad al artículo 1º transitorio, deben *“determinar una fecha única para la entrada en vigencia de la ley”*;

**QUINCUAGESIMOCTAVO.** Que el hecho de que el precepto impugnado no aluda a las áreas temáticas que deben abordar las Divisiones, como se hizo con el Ministerio de Energía, creado por la Ley Nº 20.402; con el Ministerio del Medio Ambiente, creado por la Ley Nº 20.417; y con el Ministerio de Interior y Seguridad Pública, creado por la Ley Nº 20.502, no es un reproche de constitucionalidad.

En primer lugar, porque la fijación de las áreas temáticas sólo implica establecer las materias que las Divisiones del Ministerio deben asu-

mir. Pero no determina organización, pues el reglamento o la resolución puede agrupar como estime conveniente dichas áreas, en las unidades divisionales que se establezcan. En otras palabras, orienta pero no predetermina la organización.

En segundo lugar, ninguna de dichas leyes se refiere a los otros niveles jerárquicos de organización que no sea el de División. Se deja entregado a la autoridad administrativa definir las tareas de los Departamentos, Secciones y Oficinas;

**QUINCUGESIMONOVENO.** Que no cabe, entonces, sostener que el proyecto no tenga una remisión adecuada al reglamento. Este tiene variables indisponibles para la autoridad administrativa, establecidas por el legislador. Por una parte, las unidades permitidas por el artículo 27 de la LOCBGAE. Por la otra, el D.F.L. de plantas que debe dictar el Presidente de la República.

No hay, por tanto, una deslegalización como una cláusula abierta o una excesiva discrecionalidad, que son los criterios con los que esta Magistratura ha enjuiciado la densidad que debe tener la ley que convoca al reglamento para establecer su ilegitimidad (STC Rol N<sup>º</sup> 370).

No cabe aquí adelantarse respecto del ejercicio que pueda hacer el Presidente al dictar el reglamento y enjuiciar acá dicho acto. En esta oportunidad el Tribunal está enjuiciando un proyecto de ley, no un reglamento. Este no ha sido dictado. Por lo demás, es otra la facultad para enjuiciar este tipo de actos por parte del Tribunal (artículo 93, N<sup>º</sup> 16). Aquí estamos ejerciendo la facultad del artículo 93, N<sup>º</sup> 3;

**SEXAGÉSIMO.** Que cuando el Tribunal ha enjuiciado la ley que convoca al reglamento, lo ha hecho utilizando varios criterios.

En primer lugar, la ley debe contener los aspectos esenciales de la regulación (STC Rol N<sup>º</sup> 370). En el proyecto que se analiza, esto se cumple porque lo que se analiza es un proyecto de ley. A su vez, éste se enmarca en una ley vigente (artículo 27, LOCBGAE) y en un decreto con fuerza de ley relativo a las plantas del personal del Ministerio que se crea, que debe dictarse antes de la emisión del reglamento del Presidente de la República.

En segundo lugar, la ley debe indicar de manera precisa las medidas que pueden adoptarse mediante el reglamento (STC Rol N<sup>º</sup> 235). Hay que considerar que este test fue diseñado para el caso que hubiera compromiso de derechos. En cambio, aquí estamos frente a un proceso organizativo. En todo caso, el reglamento es convocado únicamente para determinar la distribución temática en las Divisiones, de las funciones y atribuciones que la ley establece. Es, por tanto, un llamado concreto, preciso. El reglamento debe limitarse a denominar las Divisiones y a repartir entre ellas dichas funciones y atribuciones. No puede establecer nuevas atribuciones ni afectar los derechos del personal; no puede significar crear empleos ni fijar remuneraciones;

**SEXAGESIMOPRIMERO.** Que, por tanto, no consideramos que el inciso segundo del artículo 3° del proyecto vulnere la Constitución.

Y **TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en los artículos 63, N° 14°, 65, incisos tercero y cuarto, N° 2°, y 93, inciso primero, N° 3°, 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:**

**Deséchase en todas sus partes el requerimiento de fojas uno.**

**Los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios e Iván Aróstica Maldonado** concurren a la sentencia, teniendo únicamente presente la relación armónica entre las normas invocadas en los considerandos décimo (artículo 33, inciso segundo, de la Constitución), decimoquinto (artículo 27, inciso primero, de la Ley N° 18.575), vigesimocuarto (artículo 65, inciso cuarto, N° 2, de la Constitución) y decimocuarto (artículos 14, inciso segundo, y 18 del D.F.L. N° 7.912, de 1927) de la sentencia que antecede. En definitiva, es la ley delegada que fijará la planta del Ministerio de que se trata, la que determinará el número de sus divisiones internas, cuyas denominaciones y cometidos subalternos o auxiliares puede acotar un reglamento. La ley vendría exigida sólo en el evento de que a dichas divisiones se asignaran potestades decisorias, por desconcentración y de conformidad con el artículo 3°, inciso segundo, constitucional, lo que no acontece en este caso.

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake y Francisco Fernández Fre-des,** quienes estuvieron por acoger parcialmente el requerimiento, sólo respecto del inciso segundo del artículo 3° del proyecto de ley, por las siguientes consideraciones:

1°. Que, de conformidad con lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 33 de la Constitución, es al legislador a quien corresponde regular la organización de los Ministerios, materia que debe entenderse referida a la determinación de las unidades o segmentos orgánicos en que se estructura internamente el respectivo Ministerio.

En efecto, por “organización” ha de entenderse, para estos efectos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, la definición de los niveles jerárquicos que integrarán la estructura interna del Ministerio, entre los cuales dicha norma señala, además de las Subsecretarías y de las Secretarías Regionales Ministeriales, los de División, Departamento, Sección y Oficina.



2°. Que, en consecuencia, por mandato constitucional, es materia reservada a la ley la determinación de esas unidades orgánicas que compondrán el Ministerio que se crea, al menos hasta el nivel jerárquico de división, con indicación de sus correspondientes funciones, no pudiendo deferirse esta determinación a la regulación reglamentaria, como lo hace el precepto impugnado.

3°. Que, en opinión de estos disidentes, tal regulación legal debe comprender, al menos, hasta el nivel jerárquico de división, toda vez que ello puede entenderse comprendido en la definición de la estructura básica del Ministerio, que es el ámbito material que, en relación al conjunto de la Administración Pública, el inciso primero del artículo 38 constitucional reserva a la regulación legal.

4°. Que, por lo demás, dicho criterio es el que nuestro legislador ha observado en diversas leyes orgánicas de Ministerios, en todas las cuales se contempla en su propio articulado la determinación de las divisiones respectivas, con indicación de sus correspondientes funciones y atribuciones.

Tales son los casos de, verbigracia:

a) La Ley N<sup>º</sup> 18.993, que crea el Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República (artículos 3° y 5° y siguientes).

b) El D.F.L. N<sup>º</sup> 1 de 1992, del Ministerio Secretaría General de Gobierno, que modifica la organización de dicho Ministerio (artículos 1°, 3°, 4° y 5°).

c) Ley N<sup>º</sup> 20.424, que establece el estatuto orgánico del Ministerio de Defensa Nacional (artículos 16 y 23).

5°. Que, en cambio, los Ministros que suscriben este voto comparten el criterio de la mayoría en cuanto a desestimar la impugnación de los requirentes respecto del resto del artículo 3° de la iniciativa legal, toda vez que su inciso primero, en sus dos numerales, contempla los órganos de Ministro del Deporte y de la Subsecretaría del ramo, y su inciso tercero, que excluye la existencia de Secretarías Regionales Ministeriales en este Ministerio, guarda perfecta concordancia con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 3° constitucional (conforme al cual la desconcentración territorial de la Administración del Estado se hará de conformidad a la ley) y con lo que a su turno prescribe el artículo 26 de la Ley N<sup>º</sup> 18.575, que habilita a la ley para exceptuar a algunos Ministerios de la desconcentración en Secretarías Regionales Ministeriales.

Redactó la sentencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander; la prevención, el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y la disidencia, el Ministro señor Francisco Fernández Fredes.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N<sup>º</sup> 2.367-2012**

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

## ROL Nº 2.368-2012

### REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY Nº 18.020 Y DEL ARTÍCULO 151, INCISO PRIMERO, DE LA LEY Nº 18.834, DEDUCIDO POR SONIA RÍOS REINOSO

Santiago, tres de septiembre de dos mil trece.

#### VISTO:

Con fecha 6 de diciembre de 2012, el abogado Alfredo Boettiger Bagigalupo, en representación judicial de doña Sonia Aurora Ríos Reinoso, ha deducido un requerimiento ante esta Magistratura Constitucional a fin de que declare la inaplicabilidad del artículo 15 de la Ley Nº 18.020 y del inciso primero del artículo 151 de la Ley Nº 18.834, Estatuto Administrativo, por ser contrarios a lo dispuesto en los numerales 2º y 21º del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Los preceptos legales impugnados disponen:

Artículo 15º de la Ley Nº 18.020:

*“Los trabajadores de la Administración Civil del Estado que se rigen por las normas del decreto ley 2.200, de 1978, y sus disposiciones complementarias, que se encuentren en la situación prevista en la letra c) del artículo 233º del decreto con fuerza de ley 338, de 1960, incurrirán en causal de caducidad del contrato sin derecho a indemnización.”*

Artículo 151 de la Ley Nº 18.834, Estatuto Administrativo:

*“El Jefe superior del servicio podrá considerar como salud incompatible con el desempeño del cargo, haber hecho uso de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años, sin mediar declaración de salud irrecuperable.”*

*No se considerará para el cómputo de los seis meses señalado en el inciso anterior, las licencias otorgadas en los casos a que se refiere el artículo 115 de este Estatuto y el Título II, del Libro II, del Código del Trabajo.”*

La solicitud se plantea en el marco de la gestión pendiente que consiste en el juicio seguido ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, por despido injustificado, nulidad del despido y cobro de prestaciones, caratulado “RÍOS REINOSO, SONIA AURORA, CON I. MUNICIPALIDAD DE CONCEPCIÓN”, RIT O-382-2012, que se encuentra en actual tramitación, con audiencia de juicio pendiente y con el procedimiento suspendido por resolución de este Tribunal.

Como antecedente señala que la actora se desempeñaba como asistente de la educación, conforme a la denominación que le asignó el artículo 1<sup>º</sup> N<sup>º</sup> 1 de la Ley 20.244, y prestó servicios como auxiliar de servicios menores en el establecimiento Escuela Blanca Estela, dependiente de la Dirección de Educación Municipal de Concepción, desde el 2 de octubre de 1989 hasta que fue desvinculada por Decreto Alcaldicio DEM-PER N<sup>º</sup> 0477-12, que declaró vacante el cargo que servía a partir del 27 de marzo del año 2012, invocándose al efecto la letra a) del artículo 147 de la Ley 18.883, decreto que fue rectificado posteriormente por el DEM-PER 641-12, de 30 de marzo de ese mismo año, reemplazando la referida disposición por el artículo 151 de la Ley 18.834, impugnado en el presente requerimiento.

Sostiene la requirente que la cuestión debatida en la gestión pendiente discurre sobre la legalidad de la causal invocada y si es jurídicamente lícito para el Alcalde declarar vacante el cargo por haber incurrido la trabajadora en la causal de caducidad prevista en el artículo 151 del Estatuto Administrativo, lo anterior, en razón de que la requirente se encuentra sujeta al régimen estatutario establecido en el artículo 4<sup>º</sup>, inciso primero, del D.F.L. N<sup>º</sup> 1-3.063, de 1980, del Ministerio del Interior, sustituido íntegramente por el artículo 15 de la Ley 18.196, publicada en el Diario Oficial de 29 de diciembre de 1982, que establece:

*“El personal perteneciente al organismo o entidad del sector público que se haya traspasado o se traspase a la Administración Municipal y el que posteriormente se contrate para este servicio por la municipalidad, no será considerado dentro de la dotación fijada para el municipio respectivo. Dicho personal se regirá en todo por las normas laborales, de remuneraciones y de previsión aplicables al sector privado.”*

Agrega que el inciso segundo de dicho artículo refuerza el concepto al disponer:

*“al personal a que se refiere el inciso anterior, no le serán aplicables las normas de la legislación actual o futura que rijan las remuneraciones del sector público.”*

Y añade que en agosto del año 1996 se publicó la Ley N<sup>º</sup> 19.464, “que estableció normas y concedió aumento de remuneraciones para personal

no docente de los establecimientos educacionales que indicaba” –calidad que, como se ha señalado, poseía la demandante en la gestión pendiente, de conformidad con el artículo 1° N° 1 de la Ley N° 20.244, del año 2008–, que en su artículo 4° repetiría la referencia al régimen estatutario aplicable a estos trabajadores al señalar:

*“El personal de asistentes de la educación, de los establecimientos educacionales administrados directamente por las municipalidades o por corporaciones privadas sin fines de lucro creadas por éstas, no obstante regirse por el Código del Trabajo, estará afecto en cuanto a permisos y licencias médicas, a las normas establecidas en la Ley N° 18.883 y sus remuneraciones se reajustarán en los mismos porcentajes y oportunidades en que se reajusten las remuneraciones del sector público, siendo dicho reajuste de cargo de su entidad empleadora.”*

Señala que, no obstante lo anterior, todos los fallos dictados en las causas conocidas por el Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción han sido resueltos en contra de las pretensiones de los trabajadores y los recursos de nulidad y de protección de que ha conocido la Corte de Apelaciones de Concepción han seguido igual suerte, por lo que estima, es de presumir que los tribunales mantendrán el criterio interpretativo, dando validez a las normas invocadas por el municipio, aplicándolas al caso *sub lite*.

Transcribe más adelante el dictamen de la Contraloría General de la República N° 20.662, de 5 de marzo del año 2011, que, en lo pertinente, establece que de conformidad con el artículo 4° de la Ley 19.464, los asistentes de la educación se rigen por las normas del Código del Trabajo, con excepción de las materias relativas a permisos y licencias médicas, que están afectas a las disposiciones de la Ley N° 18.883.

Agrega el dictamen referido que la remisión legal es de aplicación excepcional a permisos y licencias médicas, por lo que debe ser entendida de manera restringida, no pudiendo hacerse extensiva a otras disposiciones de dicho texto estatutario, señalando más adelante que la interesada del caso en cuestión ingresó a la Municipalidad regida por el Código del Trabajo, para cumplir las labores que desarrolló hasta el término de su relación laboral, por lo que no le son aplicables las normas estatutarias sobre expiración de funciones del antiguo Estatuto Administrativo, D.F.L. N° 338, de 1960, como sucede con el personal traspasado desde organismos o entidades del sector público a las municipalidades en virtud del artículo 4° del D.F.L. N° 1- 3.063, de 1980, del Ministerio del Interior, que ordenó el traspaso del servicio de educación desde el sector público central al municipal.

En cuanto a la infracción constitucional denunciada, la parte requirente sostiene que la preceptiva aplicable al proceso de traspaso de la educación pública se fundó en la paridad de esfuerzos públicos y privados, que fue complementado con un sistema de financiamiento del Esta-

do tanto para los sostenedores públicos como para los privados, basado en el criterio de evitar discriminaciones arbitrarias establecidas por ley, así como bajo la inspiración del conocido principio del Estado empresario contenido en el N<sup>º</sup> 21<sup>º</sup> del artículo 19 de la Carta Fundamental. La idea indica, era que la actividad quedara sujeta a las mismas normas, de modo que no se generara discriminación alguna.

Sin embargo, manifiesta, en el caso que motiva el presente requerimiento existiría una diferencia arbitraria entre los sostenedores municipales y los sostenedores privados ya que los primeros pueden actuar con requisitos diferentes a los de estos últimos, puesto que, en la especie, al invocar la causal impugnada se deja sin aplicación el Código del Trabajo, que es el régimen estatutario que le corresponde a la trabajadora, con lo que estarían en una condición de evidente ventaja, al quedar liberados de cumplir sus obligaciones indemnizatorias a causa de la terminación contractual, por los mismos hechos que los privados debieran solventar y pagar en idéntica situación.

En otras palabras, señala, el fundamento de la aplicación de la causal sólo procede en razón de la calidad del personal, ya que de ser sostenedor privado debiera aplicarse, para proceder al término de la relación laboral, la causal de necesidades de la empresa o de invalidez, previstas en los artículos 161 ó 161 bis del Código del Trabajo, respectivamente, lo que afecta la igualdad de emprendimiento de los agentes económicos y la equidad de la libre competencia, por la interpretación que han hecho los tribunales de justicia.

Por otro lado, sostiene que la Ley N<sup>º</sup> 18.020 no es de quórum calificado, por lo que no reúne la exigencia para establecer la facultad discriminatoria y privilegiada para el Estado.

En razón de lo anterior, la requirente estima vulnerados los numerales 2<sup>º</sup> y 21<sup>º</sup> del artículo 19 de la Constitución Política por la aplicación de las normas impugnadas, por lo que solicita se declare su inaplicabilidad por inconstitucionalidad, con costas.

Por resolución de fecha 19 de diciembre del año 2012, escrita a fojas 20 y siguientes, la Primera Sala de esta Magistratura admitió a tramitación el requerimiento y decretó la suspensión del procedimiento en que incide y, posteriormente, por resolución de fecha 17 de enero del año en curso, escrita a fojas 83 y siguientes, lo declaró admisible con el voto en contra de los Ministros señores Fernández y Hernández, quienes fueron de parecer de declararlo inadmisibles por falta de fundamento razonable, al pretender un pronunciamiento sobre si la gestión pendiente debe resolverse conforme al Código del Trabajo o al Estatuto Administrativo, lo que envuelve un conflicto de interpretación de la ley y no de constitucionalidad.

Pasados los autos al Pleno, por resolución de fecha 21 de enero de 2013, escrita a fojas 89 y siguiente, el Tribunal, de conformidad con lo

dispuesto en el artículo 86 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, ordenó practicar las comunicaciones pertinentes a los órganos constitucionales interesados y a la Municipalidad de Concepción, en su calidad de parte en la gestión pendiente, para que formularan observaciones y acompañaran los antecedentes que estimaran pertinentes, trámite que no fue evacuado.

Por resolución de fecha 26 de febrero de 2013, escrita a fojas 97, se ordenó traer los autos en relación y la agregación de la causa al Rol de Asuntos en Estado de Tabla.

Con fecha 11 de junio del año en curso se llevó a efecto la vista de la causa y, atendido que no se anunciaron abogados para alegar, previa la relación correspondiente, la causa quedó en estado de acuerdo.

**CONSIDERANDO:**

**I**  
**LA IMPUGNACIÓN**

**PRIMERO.** Que, en el marco de un juicio seguido ante un juzgado laboral, en contra de la Municipalidad de Concepción, por nulidad de despido, despido injustificado y pago de prestaciones, la requirente, no docente de la Municipalidad de Concepción, impugna dos preceptos. Por una parte, el artículo 15 de la Ley N° 18.020. Por la otra, el inciso primero del artículo 151 de la Ley N° 18.834.

El primero de los preceptos impugnados establece lo siguiente:

*“ARTICULO 15. Los trabajadores de la Administración Civil del Estado que se rigen por las normas del decreto ley 2.200, de 1978, y sus disposiciones complementarias, que se encuentren en la situación prevista en la letra c) del artículo 233° del decreto con fuerza de ley 338, de 1960, incurrirán en causal de caducidad del contrato sin derecho a indemnización.”.*

La segunda de las normas impugnadas señala:

*“Artículo 151. El Jefe superior del servicio podrá considerar como salud incompatible con el desempeño del cargo, haber hecho uso de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años, sin mediar declaración de salud irrecuperable.”.*

El origen del juicio laboral obedece a que la requirente trabajó para el municipio desde el 2 de octubre de 1989, como Auxiliar de Servicios Menores en la Escuela Blanca Estela, dependiente de la Dirección Municipal de Educación de Concepción. En marzo del año 2012 dicho municipio declaró vacante su cargo por salud incompatible con el mismo, al haber hecho uso de licencias médicas por más de 390 días en los últimos dos años.

Este juicio, que constituye la gestión pendiente, se encuentra actualmente para audiencia de juicio;

**SEGUNDO.** Que la requirente sostiene que ambos preceptos, de un lado, establecen un atentado contra el artículo 19, N<sup>º</sup> 21<sup>º</sup>, de la Constitución. A su juicio, los sostenedores municipales tienen una ventaja respecto de los sostenedores privados, porque no están obligados a pagar una indemnización por término contractual en caso de que se termine la relación laboral por razones de salud. Por otra parte, se vulnera la igualdad ante la ley, porque no tiene derecho a una indemnización, que, ante iguales circunstancias fácticas, sí tienen los trabajadores particulares;

## II

### EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS NO DOCENTES

**TERCERO.** Que la requirente pertenece al personal denominado “no docente”. Se denomina así a quienes cumplen con ciertos elementos caracterizadores que señala la Ley N<sup>º</sup> 19.464. Desde luego, se trata de personal asistente de la educación en los establecimientos educacionales. Enseguida, es personal que tiene contrato de trabajo. Y, finalmente, es un personal que cumple ciertas funciones. Estas funciones son de tres tipos. En primer lugar, está el personal de carácter profesional que no realiza labores docentes. En segundo lugar, el personal de para docencia. Y, finalmente, está el personal de servicios auxiliares;

**CUARTO.** Que para entender adecuadamente la impugnación es imprescindible examinar el régimen jurídico que regula a los no docentes.

Comencemos por señalar que, como producto de la autorización para traspasar funciones administrativas del nivel central a los municipios, contenida en el D.L. N<sup>º</sup> 3.063, de 1979, varias tareas fueron asumidas por los municipios. Dichos traspasos fueron regulados por el D.F.L. N<sup>º</sup> 1/3063, de 1980. El traspaso de servicios podía tener el carácter de provisorio o definitivo, e implicaba la celebración de un convenio entre el Ministerio o entidad pública concernida y el respectivo municipio. En dicho convenio, se debía individualizar el servicio que la municipalidad asumía, los bienes que se traspasaban y la nómina del personal que se transfería. Dicho convenio debía aprobarse por decreto supremo. El artículo 4<sup>º</sup> del D.F.L. recién citado establecía que el personal traspasado “*se regirá en todo por las normas laborales, de remuneraciones y de previsión, aplicables al sector privado*”. Asimismo, “*no les serán aplicables las normas de la legislación actual o futura que rijan las remuneraciones del sector público*.”. En dicho personal se incluía a los no docentes.

En virtud de estas facultades, los municipios asumieron los consultorios o la red de atención primaria en salud, los establecimientos de educación básica y media, los cementerios y el cobro del impuesto territorial por las tesorerías municipales;

**QUINTO.** Que, no obstante que el personal traspasado quedó sujeto a la legislación común aplicable al sector privado, con posterioridad el legislador dictó estatutos especiales para el personal docente y para el personal que se desempeña en consultorios.

El primero se encuentra regulado actualmente en el D.F.L. N° 1, Mineduc, 1996. El Estatuto Docente se aprobó por la Ley N° 19.070, del año 1991. En 1987, la Ley N° 18.602 todavía señalaba que la relación laboral de los docentes siempre se consideraba de derecho privado, salvo texto legal expreso; y que no se le aplicaba ninguna disposición relativa a los funcionarios o empleados públicos o municipales.

El Estatuto Docente define su ámbito de aplicación en base a dos variables. Por una parte, se aplica a los profesionales de la educación. Estos son definidos como *“las personas que posean título de profesor o educador, concedido por Escuelas Normales, Universidades o Institutos Profesionales. Asimismo se consideran todas las personas legalmente habilitadas para ejercer la función docente y las autorizadas para desempeñarla de acuerdo a las normas legales vigentes.”* (Artículo 2°). Por la otra, se aplica *“a los profesionales de la educación que prestan servicios en los establecimientos de educación básica y media, de administración municipal o particular reconocida oficialmente, como asimismo en los de educación pre-básica subvencionados conforme al decreto con fuerza de ley N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación, así como en los establecimientos de educación técnico-profesional administrados por corporaciones privadas sin fines de lucro, según lo dispuesto en el decreto ley N° 3.166, de 1980, como también quienes ocupan cargos directivos y técnico-pedagógicos en los departamentos de administración de educación municipal que por su naturaleza requieran ser servidos por profesionales de la educación.”* (Artículo 1°). Como se observa, no quedan comprendidos aquí los no docentes. Y no se aplica al personal docente el artículo 15 de la Ley N° 18.020 (dictamen 018707/92).

En materia de consultorios, la Ley N° 19.378 se aplica, fundamentalmente, a todo el personal que se desempeñe en los establecimientos municipales de atención primaria de salud. Estos son definidos como *“los consultorios generales urbanos y rurales, las postas rurales y cualquier otra clase de establecimientos de salud administrados por las municipalidades o las instituciones privadas sin fines de lucro que los administren en virtud de convenios celebrados con ellas.”* (Artículo 2°).

Dichos estatutos regulan la relación laboral, la carrera funcionaria, así como los derechos y deberes del respectivo personal;

**SEXTO.** Que, sin embargo, los trabajadores no docentes siguieron rigiéndose por el Código del Trabajo. Ello fue reafirmado por la Ley N° 18.196, que en su artículo 5° estableció que dicho personal *“se regirá en todo por las normas laborales, de remuneraciones y de previsión aplicables al sector privado”,* sin que le sean aplicables *“las normas de la legislación actual o futura que rijan las remuneraciones del sector público”*.



En el antiguo Estatuto Administrativo (D.F.L. N<sup>º</sup> 338), este personal estaba regido por sus normas (artículo 242);

**SÉPTIMO.** Que, no obstante regirse por el Código del Trabajo, diversas normas legales les han conferido ciertos derechos propios de los funcionarios regidos por estatutos típicos.

Así, en primer lugar, la Ley N<sup>º</sup> 18.020 les permitió el uso de las licencias médicas, con goce de remuneraciones. Pero estableció que caducaba el contrato, sin derecho a indemnización, cuando se declarare su salud irrecuperable.

En segundo lugar, la Ley N<sup>º</sup> 19.464 les atribuyó una serie de derechos propios de los funcionarios no sujetos al Código del Trabajo. Por de pronto, el goce de permisos y licencias médicas (artículo 4<sup>º</sup>). Enseguida, el que sus remuneraciones se reajusten en los mismos porcentajes y oportunidades en que se reajustan las remuneraciones del sector público (artículo 4<sup>º</sup>). También les entregó la posibilidad de crear asociaciones de funcionarios (artículo 6<sup>º</sup>). Asimismo, les otorgó ciertas asignaciones (artículo 12). También les permitió el derecho a negociar colectivamente (artículo 14).

En tercer lugar, la Ley N<sup>º</sup> 20.244 les concedió un bono para los que resulten calificados como de excelente desempeño (artículos 2<sup>º</sup> y 3<sup>º</sup>) y les entregó la posibilidad de optar a un retiro voluntario con una bonificación (artículo 12<sup>º</sup> transitorio);

**OCTAVO.** Que en la década del noventa se intentó, mediante un proyecto de ley, establecer un estatuto especial para el personal no docente (Boletín 1046-04, Mensaje del Ejecutivo enviado al H. Congreso Nacional el 27 de julio de 1993). Sin embargo, ello no prosperó. Se consideró que era conveniente *“no crear más estatutos especiales, menos aún para la administración municipal, de por sí ya recargada ante la aplicación que debe efectuar de numerosas y diferentes normas producto de la gran cantidad de trabajadores que de ella dependen”* (Mensaje del Ejecutivo, Boletín N<sup>º</sup> 1741-04, que se transformó en la Ley N<sup>º</sup> 20.464);

**NOVENO.** Que, de este modo, en la actualidad, el personal no docente se rige por el Código del Trabajo. Ese es su estatuto jurídico base. Sin embargo, por mandato del legislador, en algunos aspectos específicos, se le aplican normas propias de los funcionarios públicos afectos a un Estatuto Administrativo clásico.

Ello determina que este personal tenga un estatuto jurídico mixto;

**DÉCIMO.** Que ello no implica que no sean funcionarios municipales. Lo que pasa es que no se rigen simplemente por el estatuto típico de los funcionarios municipales, sino por el Código del Trabajo. Así, por lo demás, lo ha resuelto la Contraloría General de la República (dictamen 009391/91). Este organismo introdujo el concepto de *“noción institucional”* de estatuto administrativo, que comprende cualquier cuerpo estatutario que rija las relaciones entre un órgano de la Administración y

su personal (dictámenes 15412/1948; 27438/1957; 23482/1990). En esa noción, cabe perfectamente el Código del Trabajo;

### III LAS NORMAS IMPUGNADAS

**DECIMOPRIMERO.** Que, como ya se indicó, la requirente impugna dos normas. La primera –el artículo 15 de la Ley Nº 18.020– establece que respecto del personal regido por el Código del Trabajo cuya salud sea declarada irrecuperable, su contrato caduca sin derecho a indemnización.

El precepto hace referencia a dos normas ya derogadas. De un lado, hace referencia al D.L. Nº 2.200. Este fue sustituido por el actual Código del Trabajo. Del otro, hace alusión al D.F.L. Nº 338, del año 1960, que es el antiguo Estatuto Administrativo. Éste fue sustituido por la Ley Nº 18.834 y, en materia municipal, por la Ley Nº 18.883. Por lo mismo, hay una doble evolución. Una es aquella que tiene que ver con los equivalentes actuales del D.L. Nº 2.200 y del D.F.L. Nº 338. Otra es la evolución de regulación que tienen las actuales normas. En este segundo sentido, la Contraloría General de la República ha entendido que el antiguo artículo 233 del D.F.L. Nº 338 equivale al actual artículo 151 de la Ley Nº 18.834 (dictamen 60614/2008), no siendo aplicable el artículo 152 del mismo cuerpo legal (dictamen 025341/2011). Asimismo, ha dicho que el antiguo artículo 233, letra c), del D.F.L. 388 equivale al actual artículo 148 de la Ley Nº 18.883 (dictamen 19.857/2013).

La norma debe contextualizarse de la siguiente manera. En primer lugar, los funcionarios deben tener salud compatible con el desempeño del cargo (artículo 12, letra c), Ley Nº 18.834; artículo 10, Ley Nº 18.883). En segundo lugar, la salud incompatible puede declararse por la autoridad cuando la persona hace uso de una licencia médica, en los últimos dos años, por un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses (artículos 151, Ley Nº 18.834, y 148, Ley Nº 18.883).

La disposición es la consecuencia del estatuto mixto al que se encuentra sujeto el personal no docente. Por una parte, porque la regla general es que al personal no docente se le aplica el Código del Trabajo. Por lo mismo, el término de la relación laboral debe ajustarse a éste. Por la otra, porque tiene derecho a permisos y licencias, conforme a la Ley Nº 18.883 (artículo 4º, Ley Nº 19.464). Como consecuencia de eso, se le aplica la regulación que establece la declaración de salud irrecuperable en el desempeño del cargo. De ahí que esté expuesto a que se le caduque su contrato, sin derecho a indemnización (artículo 15, Ley Nº 18.020), si su salud es considerada como incompatible con el desempeño del cargo.

Si se rigiera íntegramente por las normas del Código del Trabajo, no tendría el derecho a permisos y licencias en los términos de la Ley Nº

18.883 o de la Ley N<sup>º</sup> 18.834, y cualquier despido vinculado a eso podría generar los efectos jurídicos que dicho cuerpo legal establece.

El propósito de la norma impugnada fue evitar el abuso de licencias médicas, concedidas sin causa que las justificara. Por falta de una adecuada regulación, se sostuvo, siguen en sus cargos quienes han perdido la salud compatible con la función o servicio que desempeñan (Biblioteca del Congreso Nacional, Historia fidedigna, Ley N<sup>º</sup> 18.020);

**DECIMOSEGUNDO.** Que la otra norma que el requirente impugna es el artículo 151 del Estatuto Administrativo (Ley N<sup>º</sup> 18.834). Esta disposición equivale al artículo 148 de la Ley N<sup>º</sup> 18.883. Dicha equivalencia, como ya indicamos, ha sido ratificada por la Contraloría (dictamen 19.857/2013).

La referida norma ya estaba prevista en el artículo 233, letra c), del antiguo Estatuto Administrativo (D.F.L. N<sup>º</sup> 338/1960). Ahí se facultaba a la autoridad para pedir la renuncia no voluntaria al empleo *“cuando, como consecuencia de haber sido su salud declarada irrecuperable, el empleado deba retirarse de la administración”*.

El precepto permite que el Jefe Superior del Servicio pueda considerar como salud incompatible con el desempeño del cargo, y en consecuencia declarar la vacancia del cargo, hacer uso de licencia médica por más de seis meses en un lapso de dos años. Esta disposición no venía de esta manera en el texto original de la Ley N<sup>º</sup> 18.834. Su actual contenido fue introducido por la Ley N<sup>º</sup> 18.899. El texto primitivo no otorgaba la facultad al jefe de servicio para calificar la salud incompatible; se limitaba a definir cuándo había dicha salud incompatible.

Por ello, la sola circunstancia de hacer uso de seis meses de licencia durante dos años, no trae aparejada necesariamente la declaración de vacancia, pues compete al Jefe de Servicio resolver si esta situación justifica o no su permanencia en actividad. La declaración de vacancia es una facultad privativa del jefe de servicio. Así lo ha resuelto la Contraloría (dictámenes 17480/92; 10664/95; 17419/96);

**DECIMOTERCERO.** Que este Tribunal, siguiendo lo establecido en el ordenamiento jurídico (por ejemplo, artículo 11, Ley N<sup>º</sup> 18.834), ha señalado que la licencia médica es un derecho de los funcionarios (STC Rol N<sup>º</sup> 1.801). El régimen de las licencias forma parte del ámbito de la seguridad social, tendiente a permitir enfrentar adecuadamente las enfermedades (STC Rol N<sup>º</sup> 1.801). La licencia permite reducir o ausentarse de la jornada laboral con derecho a remuneración (STC Rol N<sup>º</sup> 1.801). Específicamente, sobre la declaración de salud incompatible, ha señalado tres cosas que interesa destacar aquí. Por de pronto, que en ello no se efectúa reproche alguno de antijuridicidad a la conducta del funcionario, sino, únicamente, se constata que ya no reúne un requisito indispensable para el cumplimiento de una función pública (STC Rol N<sup>º</sup> 2.024). Ense-

guida, dicha declaración representa el ejercicio de una potestad administrativa, no jurisdiccional (STC Rol Nº 2.024). Finalmente, ha señalado que la eventual aplicación abusiva de esta potestad da lugar a los recursos que permite la ley (STC Rol Nº 2.024);

IV

NO SE AFECTA EL ARTÍCULO 19, Nº 21º, DE LA CONSTITUCIÓN

**DECIMOCUARTO.** Que la requirente sostiene que el hecho de que se la pueda despedir por tener más de seis meses de licencia en los dos últimos años, genera una discriminación respecto de los establecimientos educacionales privados. Sostiene que mientras los establecimientos educacionales municipales pueden despedir por esta causal sin derecho a indemnización, los privados deben pagarla;

**DECIMOQUINTO.** Que, en consecuencia, el alegato de la requirente implica partir de la base de que los establecimientos educacionales trasladados a los municipios se enmarcan dentro del artículo 19, Nº 21º, de la Constitución, lo cual está lejos de ser correcto;

**DECIMOSEXTO.** Que, en efecto, cabe señalar, en primer lugar, que los establecimientos educacionales municipales no realizan una actividad empresarial, aunque pueden acogerse al beneficio de la subvención (artículo 4º, D.F.L. Nº 2, Mineduc, 1996), ostentando la calidad de sostenedores. Los titulares del reconocimiento oficial pueden ser personas jurídicas de derecho público, como las municipalidades, y personas jurídicas de derecho privado, cuyo objeto social único sea la educación (artículo 46, letra a), Ley General de Educación). Una cosa es que los municipios puedan ser sostenedores y otra, que ejerzan una actividad lucrativa. Los municipios administran un servicio público que les fue traspasado por el gobierno central. En tal sentido, no llevan a cabo una actividad lucrativa. Su labor se enmarca dentro del derecho de la educación, pues al ser la educación básica y media obligatorias, el Estado o sus órganos deben tener los establecimientos necesarios para cumplir dicho mandato, sin perjuicio de la existencia de establecimientos privados, subvencionados o no;

**DECIMOSÉPTIMO.** Que, en segundo lugar, la Ley Orgánica de Municipalidades distingue claramente lo que tiene que ver con la actividad empresarial del municipio (artículo 11), de la actividad vinculada a los servicios de salud, educación y demás incorporados a la gestión municipal (artículo 23). Estos últimos se gestionan como parte de las funciones propias del municipio. Por lo mismo, son configuradas como potestades o competencias propias de éste;

**DECIMOCTAVO.** Que, en tercer lugar, en materia de asociación con privados, lo máximo que la ley ha permitido es la existencia de corporaciones municipales a cargo de la administración de los servicios traspasa-

dos (artículo 23, inciso final, Ley Orgánica de Municipalidades). Este Tribunal objetó en su momento la posibilidad de crear estas corporaciones (STC Rol N<sup>º</sup> 50). Si bien la Constitución en la actualidad permite que los municipios creen o integren corporaciones o fundaciones de derecho privado sin fines de lucro, cuyo objeto sea la promoción y difusión del arte, la cultura y el deporte, o el fomento del desarrollo comunal y productivo (artículo 118), la propia Ley Orgánica de Municipalidades señala que “*entre los fines artísticos y culturales que se proponga la entidad, en ningún caso se comprenderán la administración y la operación de establecimientos educacionales o de atención de menores*” (artículo 131).

Por lo mismo, si no cabe la creación de este tipo de corporaciones, mal puede concebirse que los establecimientos municipales operen bajo lógica empresarial;

**DECIMONOVENO.** Que, finalmente, el propio legislador tuvo que crear, en 1996, a través de la Ley N<sup>º</sup> 19.464, una subvención especial destinada a aumentar las remuneraciones del personal asistente de la educación;

**VIGÉSIMO.** Que, por tanto, mal puede encuadrarse la actividad de los establecimientos educacionales que administran los municipios en el artículo 19 N<sup>º</sup> 21<sup>º</sup> de la Constitución;

## V

### NO SE AFECTA LA IGUALDAD ANTE LA LEY

**VIGESIMOPRIMERO.** Que la requirente sostiene, como segundo reproche, que las normas impugnadas afectan la igualdad ante la ley. Sostiene que mientras el resto de las trabajadoras que laboran para establecimientos educacionales privados, recibe indemnización, ella, por trabajar en un establecimiento educacional municipal, no;

**VIGESIMOSEGUNDO.** Que en el alegato de la requirente en realidad no se plantea sólo una mera inaplicabilidad, sino que un cambio de régimen jurídico. Lo que pide es que después de haber disfrutado de las licencias como si fuera funcionaria, se le retorne al régimen del Código del Trabajo, para pedir una indemnización.

Para analizar el alegato de igualdad, debemos examinar las variables que este Tribunal ha definido para este propósito (STC roles N<sup>OS</sup> 1.365 y 1.584);

**VIGESIMOTERCERO.** Que, al respecto, cabe señalar, en primer lugar, que efectivamente hay una diferencia entre el personal de ambos tipos de establecimientos. Mientras el personal no docente de los establecimientos educacionales privados se rige por el Código del Trabajo, el personal no docente de los establecimientos educacionales municipales tiene un régimen mixto. Su régimen general es el del Código del Trabajo;

pero se le aplican algunas normas propias de los funcionarios públicos regidos por un sistema estatutario;

**VIGESIMOCUARTO.** Que debemos examinar, en segundo lugar, si dicha distinción es razonable.

A la requirente se le caducó su contrato por uso de licencias por más de seis meses en los últimos dos años. El estatuto jurídico que rige al no docente en materia de licencia, es el que le dan el artículo 15 de la Ley N<sup>o</sup> 18.020 y el artículo 4<sup>o</sup> de la Ley N<sup>o</sup> 19.464. De este derecho de licencias médicas y permiso con goce de remuneraciones, no gozan los funcionarios privados.

Pero este derecho en materia de licencias nació condicionado, pues está sujeto a que no se haga uso del derecho a licencia por más de seis meses en los dos últimos años;

**VIGESIMOQUINTO.** Que el trabajador no docente tiene derecho a todas las indemnizaciones que contempla el Código del Trabajo. Pero, en materia de licencia, no se rige por dicho Código, sino por normas especiales.

Mientras en el resto de sus derechos y obligaciones es igual que un trabajador no docente de un establecimiento educacional privado, en materia de licencia tiene un régimen jurídico distinto. Tiene derecho a licencia, con goce total de remuneraciones, pero se expone a que se caduque su contrato, sin indemnización, si las licencias exceden de seis meses en dos años;

**VIGESIMOSEXTO.** Que, asimismo, cabe considerar que en el Código del Trabajo existe una serie de situaciones que no dan lugar a indemnización (artículo 160). Por lo mismo, el legislador, dentro de ciertos límites, puede consagrar esta situación. De hecho, algunas de estas causales pueden asimilarse a la que se analiza;

**VIGESIMOSÉPTIMO.** Que, además, la requirente omite compararse con el resto del personal que labora para un municipio, afecto a la Ley N<sup>o</sup> 18.883, que no tiene derecho a indemnización en el caso de que se den las causales de cesación en el cargo;

**VIGESIMOCTAVO.** Que el distingo, entonces, es razonable, toda vez que mientras no exceda ese máximo de duración de las licencias, el trabajador no docente tiene un régimen más favorable si trabaja en un establecimiento municipal, que en uno privado. Y en relación a la indemnización, el Código del Trabajo contempla causales de despido sin indemnización, que perfectamente pueden homologarse a la salud incompatible;

**VIGESIMONOVENO.** Que nos queda por examinar el tercer elemento del test de la igualdad, es decir, si ese régimen es intolerable para el afectado.

No consideramos que dicho régimen sea gravoso. En primer lugar, porque la norma no opera automáticamente, pues es necesario que la

autoridad municipal califique que la salud del trabajador se ha vuelto irrecuperable, para que pueda declarar la vacancia. Recordemos que el Estatuto Administrativo contenido en la Ley N<sup>º</sup> 18.834, en su texto original, no contemplaba esta posibilidad.

En segundo lugar, en todas las otras causales de despido el trabajador puede alegar la indemnización, en la medida que el Código del Trabajo la contemple. Por eso, el artículo 15 de la Ley N<sup>º</sup> 18.020 es una norma complementaria y compatible con el Código del Trabajo. De este modo, el trabajador no docente está expuesto a dos tipos de causales de despido: las que contempla el Código del Trabajo y la señalada en la norma impugnada.

En tercer lugar, el plazo de licencias válidas es considerable: seis meses de ausencia del trabajo en dos años. Es decir, tiene que haber trabajado 18 meses de los 24. Tiene que haber estado fuera medio año. Después de ese plazo, la ley entiende que el funcionario no está en condiciones de seguir prestando de manera personal y continua su trabajo, que ha perdido la salud compatible con el cargo.

En cuarto lugar, la ausencia de indemnización se ve compensada con la existencia del derecho a usar la licencia, con pleno goce de remuneraciones. Es decir, la norma tiene una cara positiva; pero también tiene una cara negativa. No se puede pedir la aplicación de las normas más favorables y rechazar las menos favorables.

Finalmente, hay que considerar que la Contraloría General de la República ha interpretado que no cabe hacer uso de esta facultad si el afectado inició sus trámites de jubilación por invalidez (dictámenes 48742/09; 013255/2011). Y que no opera respecto de licencias maternas ni por licencias no laborales (dictamen 039049/2012), tal como lo establece el inciso segundo del artículo 151 de la Ley N<sup>º</sup> 18.834.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en los artículos 19, N<sup>os</sup> 2<sup>o</sup> y 21<sup>o</sup>, y 93, N<sup>º</sup> 6<sup>o</sup>, de la Carta Fundamental, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**Que se rechaza el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas 1.**

Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada por resolución de fojas 20 y siguientes. Oficiese al efecto al Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción.

No se condena en costas a la requirente por estimarse que tuvo motivos plausibles para deducir su acción.

**Acordado el rechazo del presente requerimiento con la prevención de la señora Ministra Marisol Peña Torres y de los Ministros señores Francisco Fernández Fredes, Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza,** fundado en las siguientes consideraciones de forma:

1°. Que la causa se origina en la desvinculación de doña Sonia Ríos Reinoso de sus funciones de Auxiliar de Servicios Menores en la Escuela Blanca Estela, establecimiento dependiente de la Dirección Municipal de Educación de Concepción. Mediante sendos decretos alcaldicios se especificaron las razones que justificaban el despido, invocándose, en definitiva, el artículo 151 de la Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo, que dispone la facultad del Jefe Superior del Servicio para considerar como salud incompatible con el cargo el haber hecho uso de licencias médicas por un lapso superior a seis meses en los últimos dos años;

2°. Que la gestión pendiente consiste en un juicio laboral sobre despido injustificado, nulidad del despido y cobro de prestaciones (RIT O-382-2012), caratulado “Ríos Reinoso, Sonia, con I. Municipalidad de Concepción”;

3°. Que las normas impugnadas por la requirente son el aludido artículo 151 de la Ley N° 18.834 y el artículo 15 de la Ley N° 18.020 que establece el estatuto funcionario de los trabajadores de la Administración Civil del Estado que se rigen por las normas del Decreto Ley N° 2.200, y sus disposiciones complementarias, que se encuentren en la situación prevista en la letra c) del artículo 233 del Decreto con Fuerza de Ley N° 338, de 1960, incurriendo en la causal de caducidad del contrato sin derecho a indemnización, cuando por consecuencia de haber sido su salud declarada irrecuperable, el empleado deba retirarse de la Administración del Estado;

4°. Que la naturaleza del requerimiento de inaplicabilidad exige dejar sin efecto la disposición de una norma legal, para un caso particular, cuando es manifiesta su inaplicabilidad por inconstitucionalidad, basada en fundamentos que se derivan del Texto Fundamental. Por lo mismo, no es resorte de esta Magistratura verificar el efecto contrario, esto es, identificar cuál es la norma aplicable en un conflicto interpretativo de colisión entre normas de igual rango infraconstitucional;

5°. Que, justamente, el propósito del requerimiento en el presente proceso constitucional es señalar la concurrencia de las reglas aplicables en este caso laboral. A lo largo del requerimiento se sostiene la voluntad de encontrar la regla *decisoria litis* en la interpretación de la norma legalmente aplicable al caso. Así, por ejemplo, se deduce, a juicio de la requirente, que el objetivo de la I. Municipalidad de Concepción, al contestar la demanda en el juicio laboral, sería que ésta pretende dejar “*sin aplicación al Código del Trabajo, aceptando que esta causal exógena a dicho cuerpo legal se encuentra bajo las facultades del Alcalde y, por consecuencia, la recurrente quedaría sin las indemnizaciones que conforme a su régimen estatutario –el Código*”



*del Trabajo– les correspondería”* (fs. 4 vta.). Asimismo, y fundamentando que se trataría de normas legales que vulneran los principios del Estado Empresario recogidos en el artículo 19, numeral 21<sup>º</sup>, de la Constitución, la requirente sostiene que *“la cláusula de legislación común o sistema de derecho común que en principio rige el actuar de las actividades económicas públicas, constituye asimismo una adecuada medida regulatoria, pues busca garantizar que la operación de empresas públicas y privadas en el mercado se realice en igualdad de condiciones, vulnerada por la aplicación de los artículos 15 de la Ley N<sup>º</sup> 18.020 y 151 de la Ley 18.834”* (fs. 5 y 5 vta.);

6<sup>º</sup>. Que es facultad de los jueces de fondo, en sede laboral en este caso, determinar la naturaleza del estatuto funcionario aplicable, la concurrencia de la causal de despido, su adecuada calificación y, en general, todos los derechos que se deduzcan de la interpretación de los contratos en el marco de la realidad de los hechos de la causa. Por tanto, no se puede deducir del presente rechazo al requerimiento ninguna estimación o desestimación de alguno de los elementos que determinan el presente conflicto normativo. Éste se encuentra, definitivamente, en la órbita de la esfera del juez ordinario, sin necesidad de recurrir a una inaplicabilidad de algún precepto legal;

7<sup>º</sup>. Que, por tanto, rechazamos el presente requerimiento por tratarse de un conflicto de interpretación jurídica de leyes. La calificación de este caso como un asunto de mera legalidad tiene características que es necesario precisar. Primero, se trata de un conflicto en donde todas las opciones interpretativas están disponibles para el juez de fondo. Por tanto, asumir que un asunto es de estricta legalidad importa no ejercer el criterio de una interpretación conforme a la Constitución, excluyendo otras posibles interpretaciones inconstitucionales, puesto que todas se manifiestan en el mismo nivel. Segundo, que para que opere el mecanismo de inaplicabilidad hay que probar que se produce un efecto inconstitucional, que puede ser resuelto mediante la inaplicabilidad de un precepto legal, siempre que se funde en una vulneración clara de una norma constitucional. En este caso, una fundamentación sostenida en el estatuto del Estado Empresario, adaptado a la situación jurídica de un establecimiento municipal de educación, implica un principio de débil conexión del caso al texto constitucional. Y, por último, porque esta Magistratura, en el ejercicio de sus competencias constitucionales, está igualmente sometida a los exigentes parámetros que se deducen de la aplicación de los diversos test con los que resuelve los asuntos sometidos a su decisión. La calificación de un asunto como cuestión de mera legalidad implica que la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal no es el mecanismo idóneo, necesario y proporcional para la resolución del caso y que puede encontrar en las vías de interpretación ordinaria la solución justa aplicable al mismo.

**Se previene que el Ministro señor Juan José Romero Guzmán concurre al fallo, con excepción de lo argumentado en su acápite IV, relativo al artículo 19, N° 21, de la Constitución, en razón de lo siguiente:**

1°. Que, en síntesis, el fallo sostiene, en la parte sobre la cual se difiere, que *“mal puede encuadrarse la actividad de los establecimientos educacionales que administran los municipios en el artículo 19, N° 21°, de la Constitución”* (considerando vigésimo). En efecto, se plantea que los establecimientos educacionales municipales no realizan una actividad empresarial, sino que administran un servicio público que no implica actividad lucrativa alguna (considerando decimosexto);

2°. Que, a diferencia de lo manifestado por el fallo, según lo recién expuesto, este Ministro previene que los establecimientos educacionales municipales sí realizan una actividad económica y, al mismo tiempo, una actividad empresarial. La existencia de una actividad económica ocurre, como en la especie, en la medida en que se ofrezcan bienes o servicios en el mercado, independiente de si se trata de una actividad lucrativa o no, o de cuál sea la naturaleza jurídica de la entidad. En el mismo sentido, una actividad empresarial o emprendimiento constituye una actividad económica, la cual se realiza no ya como persona natural, sino bajo alguna forma jurídica;

3°. Que, no obstante lo manifestado precedentemente, este Ministro sostiene que, en este caso, no se infringe el artículo 19, N° 21°, de la Constitución, aunque por razones diferentes de las esgrimidas en el fallo;

4°. Que la parte requirente argumenta que los establecimientos educacionales municipales, a diferencia de lo señalado en la segunda parte del inciso segundo del artículo 19, N° 21°, de la Constitución, no se encuentran sujetos a las mismas reglas que los establecimientos privados, lo cual le afecta negativamente, constituyendo, por ende, una vulneración a la aludida garantía constitucional. Sin embargo, y más allá de cualquier otra consideración, este Ministro sostiene que no se vulnera el artículo 19, N° 21°, de la Carta Fundamental, ya que el interés de la actora en este requerimiento de inaplicabilidad no puede identificarse con el de la entidad para la cual presta servicios, quien sería, si es que fuese el caso, la agravada por la supuesta vulneración constitucional.

Redactó la sentencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander, la primera prevención, el Ministro señor Gonzalo García Pino, y la segunda, su autor.

Notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 2.368-2012**

Se certifica que el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado no firma, no obstante haber concurrido al acuerdo, por encontrarse enfermo.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora Marisol Peña Torres, y por los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

### ROL N<sup>º</sup> 2.369-2012

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY  
N<sup>º</sup> 18.020 Y DEL ARTÍCULO 151, INCISO PRIMERO,  
DE LA LEY N<sup>º</sup> 18.834, DEDUCIDO POR MARÍA INÉS ROA ARCE

SENTENCIA DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2013, EN EL MISMO  
SENTIDO QUE LA RECAÍDA EN ROL N<sup>º</sup> 2.368-2012

### ROL N<sup>º</sup> 2.370-2012

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY  
N<sup>º</sup> 18.020 Y ARTÍCULO 151, INCISO PRIMERO, DE LA LEY  
N<sup>º</sup> 18.834, DEDUCIDO POR MARÍA CECILIA DÍAZ CUEVAS

SENTENCIA DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2013, EN EL MISMO  
SENTIDO QUE LA RECAÍDA EN ROL N<sup>º</sup> 2.368-2012

## ROL N° 2.371-2012

### REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 139, INCISO FINAL, DEL CÓDIGO DE AGUAS, DEDUCIDO POR MINERA EL TESORO

Santiago, cuatro de noviembre de dos mil catorce.

#### VISTOS:

Con fecha 7 de diciembre de 2012, a fojas 1, Minera El Tesoro deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso final del artículo 139 del Código de Aguas, en la causa sobre recurso de reclamación, caratulada “*Minera El Tesoro con Dirección General de Aguas*”, que se encuentra pendiente ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta, bajo el Rol N° 980-2012.

#### **Preceptiva legal cuya aplicación se impugna.**

El precepto legal impugnado dispone, en sus incisos primero y segundo, que:

*“Las resoluciones de la Dirección General de Aguas se notificarán en el domicilio del afectado en la forma dispuesta en los artículos 44, inciso 2° y 48, del Código de Procedimiento Civil. Estas notificaciones las efectuará el funcionario que se designe en la respectiva resolución, quien tendrá el carácter de Ministro de Fe para esa actuación y todos sus efectos.*

*En la primera presentación el interesado deberá designar un domicilio dentro de los límites urbanos del lugar en que funcione la oficina donde se haya efectuado la presentación, designación que se considerará subsistente mientras no haga otra, aun cuando de hecho lo haya cambiado.”*

Y en su inciso final, impugnado de inaplicabilidad, establece que:

*“Si no se hace esta designación la resolución se entenderá notificada desde la fecha de su dictación.”*

#### **Gestión pendiente invocada y antecedentes de hecho.**

Como antecedentes de la gestión en que incide el requerimiento deducido, conforme consta en autos, cabe consignar que, en abril de 2011, CODELCO-Chile, División Chuquicamata, solicitó a la Dirección General de Aguas la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas a extraer desde dos pozos ubicados en la Pampa Cere, comuna de Calama, abriéndose al efecto el expediente administrativo ND-0202-5066.

Dentro del plazo legal, Minera El Tesoro se opuso a la solicitud, fundando su alegación en aspectos técnicos que la hacían improcedente; en que Minera El Tesoro era dueña de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en la misma cuenca en que recaía la solicitud de CODELCO, y en que dicha solicitud afectaba a Minera el Tesoro en sus derechos de aprovechamiento.

La Dirección Regional de Aguas de Antofagasta, por resolución exenta N<sup>º</sup> 360, de 12 de junio de 2012, rechazó la oposición, comunicándolo mediante oficio N<sup>º</sup> 595, de fecha 11 de julio de 2012, a Minera El Tesoro, el que se entendió notificado con fecha 17 de julio del mismo año, de acuerdo a la Ley N<sup>º</sup> 19.880.

Luego, con fecha 14 de agosto de 2012, Minera El Tesoro dedujo ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta recurso de reclamación conforme al artículo 137 del Código de Aguas, constituyendo ésta la gestión judicial actualmente pendiente ante dicho tribunal de alzada bajo el Rol N<sup>º</sup> 980-2012.

Solicitado en dicha gestión informe a la Dirección General de Aguas, ésta, por presentación de 11 de septiembre de 2012, señaló que el acto administrativo impugnado fue sólo comunicado a la minera requirente, ya que se entendió notificado desde su dictación el día 12 de junio de 2012, debido a que la minera opositora *“no designó domicilio dentro de los límites urbanos del lugar en que funciona la oficina donde se efectuó la presentación de acuerdo al inciso final del artículo 139 del Código de Aguas”*.

Por resolución de la Primera Sala de este Tribunal Constitucional, de 20 de diciembre de 2012 (fojas 22), la gestión judicial aludida fue suspendida en su tramitación.

### **Carácter decisivo de la normativa legal cuestionada y disposiciones constitucionales que se estiman infringidas por su aplicación.**

Señala la requirente que la aplicación del precepto legal impugnado es de total relevancia para la decisión de la gestión pendiente, toda vez que –como señaló la Dirección General de Aguas–, de aplicarse el artículo 139 del Código de Aguas, la reclamación sería extemporánea. En consecuencia, de declararse su inaplicabilidad, la reclamación se entendería presentada dentro de plazo, resguardándose debidamente los derechos fundamentales de la actora.

En cuanto al conflicto constitucional y a las infracciones a la Carta Fundamental invocadas, sostiene la requirente que, en la especie, el artículo 139 del Código de Aguas infringe el artículo 19, N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup>, inciso quinto (léase sexto), de la Constitución, que dispone que el legislador debe garantizar un procedimiento racional y justo, garantía que no se condice con la notificación ficticia establecida en el artículo 139.

Es irracional e injusto que opere una supuesta notificación por el solo hecho de dictarse la resolución, sin que realmente se conozca su conteni-

do ni se puedan hacer valer oportunamente las alegaciones e impugnaciones por la actora, en circunstancias que uno de los principios más relevantes del debido proceso legal viene dado por la noticia al demandado del procedimiento que lo afecta, esto es, la notificación. Más aun, el justo y racional procedimiento determina que no basta la mera notificación si el interesado –en los términos del artículo 21 de la Ley N° 19.880– no toma conocimiento efectivo e íntegro de su contenido, como dispone el artículo 45 de esa misma ley.

Asimismo, estima que la aplicación del artículo 139 conculca el artículo 19, N° 26°, de la Carta Fundamental, desde que la notificación es un elemento de la esencia del debido proceso.

En otro orden de consideraciones, sostiene la requirente que, en el caso *sub lite*, corresponde la aplicación de los artículos 45 y 46 de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos (N° 19.880), referidos a la necesidad y manera de notificar los actos administrativos, normas que son aplicables a los procedimientos concesionales de derechos de aguas tanto por su supletoriedad como por la derogación tácita de las disposiciones que contrarían derechos y garantías de la misma ley aludida, conforme a su artículo 1°. Así, esta ley ha venido en derogar tácitamente la notificación ficta del inciso final del artículo 139 del Código de Aguas, por su contradicción con los principios del debido proceso contenidos en la misma Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos.

No obstante ello, indica que el artículo 139, impugnado, sigue vigente y ha sido invocado por la Dirección General de Aguas ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta, lo que hace necesaria su declaración de inaplicabilidad por este Tribunal Constitucional, que hasta ahora no ha revisado su constitucionalidad.

#### **Admisión a trámite y admisibilidad.**

La Primera Sala de esta Magistratura, por resoluciones de 20 de diciembre de 2012 (fojas 22) y 10 de enero de 2013 (fojas 118), respectivamente, admitió a trámite y declaró admisible el requerimiento, el que, a continuación, fue puesto en conocimiento de los órganos constitucionales interesados y de la Dirección General de Aguas, en su calidad de parte en la gestión *sub lite*.

#### **Observaciones de fondo de las demás partes en el proceso constitucional.**

Mediante presentación de fecha 13 de febrero de 2013 (fojas 156), el abogado jefe de la División Legal de la Dirección General de Aguas formula dentro de plazo las siguientes observaciones al requerimiento:

Parte por señalar que la acción de inaplicabilidad intentada por Minera El Tesoro no se encuentra fundada razonablemente, pues no se vislumbra en el requerimiento la forma en que se infringiría el artículo 19, N<sup>os</sup> 3<sup>o</sup> y 26<sup>o</sup>, de la Constitución. Asimismo, carece de razonabilidad el argumento de la derogación del inciso final del artículo 139 del Código de Aguas por la Ley N<sup>º</sup> 19.880.

Agrega que el artículo 139, inciso final, impugnado, se encuentra en perfecta concordancia con los incisos anteriores del mismo precepto. Así, el inciso primero dispone la obligación del Servicio de notificar adecuadamente las resoluciones que dicte, conforme a los artículos 44, inciso segundo, y 48 del Código de Procedimiento Civil. Luego, a efectos de dar cumplimiento a lo anterior, el inciso segundo establece una carga legal al interesado, consistente en designar en su primera presentación un domicilio dentro de los límites urbanos del lugar en que funcione la oficina respectiva. Enseguida, el inciso final dispone que si no se hace esta designación, el efecto será que la resolución se entenderá notificada desde la fecha de su dictación.

En la especie, la minera requirente se opuso dentro de plazo en el procedimiento administrativo, pero no cumplió con el deber de designar el domicilio aludido.

Esta carga legal, establecida dentro del procedimiento administrativo, encuentra su fundamento en el artículo 49 del Código de Procedimiento Civil, de modo que se vincula con las cargas procesales aplicables a los procedimientos judiciales, siendo, además, una carga conocida de la requirente, quien no puede alegar desconocimiento de la ley.

Por otra parte, indica que la sola existencia de una forma especial de notificación no trae aparejada la infracción del debido proceso, toda vez que el legislador, en el Código de Aguas y en otros cuerpos legales, puede establecer la obligación de designar domicilio para esos efectos y la consecuencia de que, en caso de no cumplirse dicha obligación, la notificación se entienda practicada desde la fecha de dictación de la resolución, sin que por ello el procedimiento deje de ser racional y justo. Así lo ha declarado este Tribunal Constitucional en STC Rol N<sup>º</sup> 1.368, reconociendo que la existencia de notificaciones especiales no impide el conocimiento oportuno de la acción y el uso de los medios de defensa.

Además, el procedimiento de notificación establecido en el artículo 139 en comento no impide el debido emplazamiento, ni la oportunidad de defenderse y deducir recursos. Así, este Tribunal Constitucional, en STC Rol N<sup>º</sup> 2.053, declaró que el legislador puede fijar distintas formas de notificación atendiendo a la naturaleza del proceso. Por su parte, la Corte Suprema, respecto del artículo 139 impugnado, ha señalado que la consecuencia jurídica del incumplimiento de la carga procesal de fijar

domicilio, no puede ser desconocida, por estar expresamente señalada en la ley, sin que pueda vislumbrarse por ello una contravención al principio de publicidad o que se coarte el derecho a defensa.

Por otro lado, fue la falta de diligencia o la desidia de la requirente la que determinó la extemporaneidad de su reclamación, debiendo tenerse presente que el plazo de 30 días para interponer la reclamación venció 9 días después de que la requirente argumentara haber sido notificada, quedando así de manifiesto que aun después de recibida la comunicación de la resolución, contaba la minera requirente con el tiempo suficiente y razonable para reclamar dentro del plazo legal. En consecuencia, en ningún caso puede alegar indefensión.

En cuanto a la derogación tácita del inciso final del artículo 139, indica la Dirección General de Aguas que este argumento cae por la propia letra del artículo 1° de la Ley N° 19.880, que dispone que en caso de que una ley establezca procedimientos administrativos especiales, la Ley N° 19.880 tendrá carácter supletorio, esto es, sólo es aplicable para llenar vacíos legales de la regulación especial. En la especie, precisamente, el Código de Aguas contempla una regulación especial para la obtención de derechos de aprovechamiento y para la impugnación de las resoluciones que dicte el Director General de Aguas. Luego, la Ley N° 19.880 no resulta aplicable al caso *sub lite*. Lo anterior consta de la historia fidedigna de la Ley N° 19.880, de la doctrina y de los dictámenes de la Contraloría General de la República que se citan.

### **Vista de la causa.**

Por resolución de 7 de marzo de 2013 (fojas 184), se ordenó traer los autos en relación e incluirlos en el Rol de Asuntos en Estado de Tabla, agregándose la presente causa para su vista conjunta con la causa Rol N° 2.372 en la tabla de Pleno del día 27 de junio de 2013, fecha en que tuvo lugar la vista conjunta de ambas causas, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados Alejandro Vergara Blanco, por la requirente, y Jaime García Parodi, por la Dirección General de Aguas.

### **CONSIDERANDO:**

#### **I**

### **EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL PLANTEADO ANTE ESTA MAGISTRATURA**

**PRIMERO.** Que, en estos autos constitucionales, la Sociedad Minera El Tesoro ha requerido la inaplicabilidad de la norma contenida en el inciso final del artículo 139 del Código de Aguas, que indica textualmente: “*Si no se hace esta designación (de un domicilio dentro de los límites urbanos del*



*lugar en que funcione la oficina donde se haya efectuado la presentación) la resolución se entenderá notificada desde la fecha de su dictación.”;*

**SEGUNDO.** Que la declaración de inaplicabilidad se solicita en el recurso de reclamación Rol N<sup>º</sup> 980-2012, caratulado “Minera El Tesoro con Dirección General de Aguas”, pendiente ante la Il<sup>ta</sup>m. Corte de Apelaciones de Antofagasta y actualmente suspendido por resolución de la Primera Sala de esta Magistratura, de 20 de diciembre de 2012, en el cual es parte la requirente;

**TERCERO.** Que la impugnación constitucional que se somete a la decisión de este Tribunal se hace consistir, en primer término, en una infracción al derecho al debido proceso, consagrado en el inciso sexto del número 3<sup>º</sup> del artículo 19 de la Carta Fundamental. Ello, por cuanto, a juicio de la requirente, la aplicación de la norma cuestionada sería contraria a la garantía de un “procedimiento racional y justo”, en la medida que entiende notificadas las resoluciones de la Dirección General de Aguas sin que medie una real y efectiva comunicación de ellas a quienes sean interesados en el respectivo procedimiento administrativo y en términos que les permita tomar conocimiento efectivo del acto y del contenido del mismo (fojas 4).

Asimismo, sostiene que la aplicación del inciso final del artículo 139 del Código de Aguas vulneraría, en su aplicación en la gestión pendiente, la norma del artículo 19, N<sup>º</sup> 26<sup>º</sup>, de la Constitución Política, debido a que la notificación sería un elemento de la esencia del debido proceso, lo que permitiría configurar, en la especie, una infracción a la protección de la esencia del derecho garantizada por la aludida norma fundamental (fojas 4 vuelta);

## II

### CUESTIÓN SOBRE LA QUE EL TRIBUNAL NO SE PRONUNCIARÁ

**CUARTO.** Que la requirente ha sostenido, como parte de sus alegaciones, que, en el caso *sub lite*, corresponde la aplicación de los artículos 45 y 46 de la Ley N<sup>º</sup> 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado, referidos a la necesidad y manera de notificar los actos administrativos, normas que serían aplicables en forma supletoria y como consecuencia de la derogación tácita que se habría operado respecto del artículo 139 del Código de Aguas. Lo anterior, producto de que del artículo 1<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 19.880 se desprende que se establecieron las bases de una nueva regulación normativa;

**QUINTO.** Que la aludida alegación debe ser necesariamente desechada pues, como lo ha señalado reiteradamente este sentenciador, la determinación de qué norma legal debe prevalecer en una determinada

gestión judicial es una decisión que no incumbe a esta Magistratura sino que a los jueces del fondo (STC roles N<sup>os</sup> 1.034, c. decimoquinto, y 1.344, c. décimo);

### III DEBIDO PROCESO Y NOTIFICACIÓN

**SEXTO.** Que, en diversas ocasiones, este Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el alcance y significado del derecho al debido proceso legal asegurado en el inciso sexto del artículo 19, N<sup>o</sup> 3<sup>o</sup>, de la Carta Fundamental, según el cual: *“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.”*

Desde luego, ha indicado que *“el artículo 19, número 3<sup>o</sup>, inciso quinto (hoy sexto), de la Constitución establece el derecho a las garantías de un racional y justo procedimiento, que se traducen conjuntamente con el derecho a la acción y a la legalidad del juzgamiento, en el logro de la tutela judicial efectiva.”* (STC Rol N<sup>o</sup> 1.130, c. sexto).

En el mismo sentido, ha afirmado que si bien la Constitución no definió el alcance del derecho al debido proceso legal, *“a través de la historia fidedigna de la disposición constitucional es posible comprender, en primer lugar, que se estimó conveniente otorgar un mandato al legislador para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso, sin perjuicio de dejar constancia que algunos de dichos elementos decían relación con el oportuno conocimiento de la acción y bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal, imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador.”* (STC roles N<sup>os</sup> 478, c. decimocuarto; 529, c. decimocuarto; 1.518, c. vigesimotercero; 1.907, c. quincuagesimoprimer; 2.053, c. vigésimo, y 2.381, c. decimosegundo, entre otras);

**SÉPTIMO.** Que, en definitiva, puede sostenerse que la importancia del derecho al debido proceso radica en la necesidad de cumplir ciertas exigencias o estándares básicos, dentro del procedimiento o de la investigación, en su caso, a objeto de que el derecho a la acción no se torne ilusorio y que la persona que lo impetre no quede en un estado objetivo de indefensión;

**OCTAVO.** Que, como se ha señalado, entre los elementos que integran el debido proceso se encuentra la bilateralidad de la audiencia. Esta Magistratura ha recordado que *“doctrinariamente se acepta que la contradicción (o bilateralidad de la audiencia) tiene distintos grados, según la naturaleza de la acción ejercitada, y que no se identifica necesariamente con un momento*

*determinado del proceso. Su intensidad no es la misma en un juicio de lato conocimiento que en uno ejecutivo y su expresión aparece postergada en las acciones propiamente cautelares.*” (STC roles N<sup>OS</sup> 1.200, c. quinto; 2.002, c. quinto; 2.053, c. vigesimoquinto; 1.239, c. quinto, y 1.201, c. quinto). Las diversas manifestaciones del principio de la bilateralidad de la audiencia tienen importancia por lo que más adelante se argumentará;

**NOVENO.** Que la doctrina ha sostenido, por su parte, que las notificaciones constituyen una expresión significativa del principio de la bilateralidad de la audiencia, en la medida que materializan el derecho de las partes a ser oídas en el proceso y a que se reconozca su igualdad en lo referente al ejercicio de las facultades en el proceso (Orellana Torres, Fernando. *Manual de Derecho Procesal*. Tomo II. Procedimientos civiles ordinarios y especiales. Editorial Librotecnia, Santiago, 2013, p. 84).

A su vez, las notificaciones han sido entendidas como “*aquellas actuaciones judiciales efectuadas en la forma que establece la ley, cuya finalidad esencial es dar eficacia a las resoluciones judiciales y comunicar éstas a las partes o a terceros*” (Mario Mosquera Ruiz). De la Colina expresa, a su vez, que “*la notificación toma diferentes nombres, según el objeto de la resolución. Es requerimiento, si se manda a hacer o entregar alguna cosa; citación, si se llama al litigante a la presencia judicial; emplazamiento, si es para contestar la demanda.*” (Vargas Miranda, Rafael. *De las notificaciones y Resoluciones Judiciales*. Serie Doctrina y Jurisprudencia. Editorial Metropolitana, Santiago, 2013, pp. 192-193);

**DÉCIMO.** Que la importancia de la notificación radica, entonces, en que las partes tomen debido conocimiento de las alegaciones vertidas en el proceso, así como de las resoluciones del tribunal, a objeto de que puedan articular una defensa adecuada a sus pretensiones.

En el entendimiento que acaba de anotarse, esta Magistratura ha señalado que la forma de practicar la notificación es competencia del legislador, pues la Constitución no contiene reglas específicas sobre el particular. Concretamente, ha indicado que “*en ejercicio de su competencia, el legislador podrá, entonces, fijar el modo de notificar a una persona de una demanda, para lo cual es aceptable que tenga en cuenta la naturaleza del conflicto que ha dado origen a la demanda y los datos relativos a la persona a quien se busca notificar.*” (STC Rol N<sup>º</sup> 1.388, c. séptimo).

Por ello ha determinado la conformidad con la Constitución de la norma de la Ley N<sup>º</sup> 18.101 que establece una forma especial de notificación al demandado en los juicios de arrendamiento de bienes raíces urbanos (STC Rol N<sup>º</sup> 1.368) y del artículo 171 del Código Tributario que señala una forma especial de emplazamiento en el procedimiento ejecutivo que persigue el pago del impuesto territorial (STC Rol N<sup>º</sup> 2.259);

**DECIMOPRIMERO.** Que, en consecuencia, la determinación de si una determinada forma de notificación satisface el estándar constitucional del derecho al debido proceso debe examinarse, necesariamente, a

la luz de dos tipos de elementos: a) La naturaleza del proceso de que se trate y b) La persona a quien se pretende poner en conocimiento de la resolución de que se trate. Ambos elementos serán analizados a continuación a propósito del control concreto de constitucionalidad que importa el conflicto planteado en esta oportunidad al Tribunal;

#### IV

#### INFRACCIÓN AL DEBIDO PROCESO EN EL CASO CONCRETO

**DECIMOSEGUNDO.** Que la norma impugnada en el presente proceso consigna dos formas de notificación de las resoluciones que expide la Dirección General de Aguas.

La primera de esas modalidades es la que se establece en el inciso primero del artículo 139 del Código de Aguas y consiste en la notificación de las resoluciones respectivas por el funcionario que se designe en la correspondiente resolución, quien actúa en calidad de Ministro de Fe, debiendo proceder en las formas indicadas en los artículos 44, inciso segundo, y 48 del Código de Procedimiento Civil (notificación por cédula).

Dicha modalidad general de notificación está supeditada al cumplimiento de un deber o carga procesal por parte del interesado. Ella está prevista en el inciso segundo del aludido artículo 139 y consiste en que en la primera presentación que haga, éste debe designar un domicilio dentro de los límites urbanos del lugar en que funcione la oficina donde se haya efectuado la presentación, designación que se considerará subsistente mientras no se haga otra, aun cuando de hecho haya cambiado de domicilio.

El incumplimiento de la antedicha carga procesal genera la segunda modalidad de notificación consignada en el artículo 139 del Código de Aguas. Así, si no se efectúa la designación de domicilio exigida por el inciso segundo de la norma que se viene examinando, *“la resolución se entenderá notificada desde la fecha de su dictación.”* (Inciso tercero);

**DECIMOTERCERO.** Que, en este punto, es necesario recordar que si bien las resoluciones producen sus efectos desde su notificación, no se trata de un principio absoluto, pues admite excepciones. Como ha señalado nuestro Tribunal, *“el mismo artículo 38 del Código de Procedimiento Civil señala que “las resoluciones judiciales sólo producen efecto en virtud de notificación hecha con arreglo a la ley, salvo los casos expresamente exceptuados por ella”* (énfasis agregado). (STC Rol N° 1.994, c. vigesimoctavo);

**DECIMOCUARTO.** Que así como el legislador goza de libertad para definir otras formas de producción de efectos de las resoluciones judiciales, puede, asimismo, fijar distintas formas de notificación, atendiendo a la naturaleza del proceso, o prescindir de ella en casos calificados, procurando un bien superior *“cuando es posible presumir que el actor tiene conoci-*

*miento regular del proceso porque existe una carga procesal que lo impele a ello.”* (STC Rol N<sup>º</sup> 1994, c. vigesimonoveno);

**DECIMOQUINTO.** Que el juicio que constituye la gestión pendiente en este caso se refiere a la reclamación judicial contra la resolución exenta N<sup>º</sup> 360, de 12 de junio de 2012, de la Dirección General de Aguas, que rechazó la oposición presentada por la empresa minera requirente respecto de la solicitud de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas planteada por CODELCO-Chile, División Chuquicamata, en el expediente administrativo ND-0202-5066;

**DECIMOSEXTO.** Que, en consecuencia, la gestión pendiente se refiere a derechos de aprovechamiento de aguas para faenas mineras. Sobre el particular, el inciso segundo del artículo 56 del Código de Aguas señala: *“Corresponde a los dueños de pertenencias mineras, dentro de ellas, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en sus labores, mientras conserven el dominio de sus pertenencias y en la medida necesaria para la respectiva explotación.”* La última frase de la norma recordada demuestra que la concesión de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en relación a faenas mineras debe tener presente que el agua es un recurso escaso, además de tener la naturaleza de un bien nacional de uso público. Ello justifica que la concesión se otorgue *“en la medida necesaria para la respectiva explotación”*. Por la misma razón, el Código de Aguas ha regulado detalladamente el procedimiento destinado a constituir el respectivo derecho de aprovechamiento (artículos 140 y siguientes);

**DECIMOSÉPTIMO.** Que el procedimiento contemplado en el Código de Aguas considera que pueda reclamarse, ante la Corte de Apelaciones del lugar en que se dictó, de la resolución que expida la Dirección General de Aguas con ocasión de las solicitudes de derecho de aprovechamiento de aguas (artículo 137). Pero también prevé que dichas solicitudes se publiquen tanto en el Diario Oficial como en un diario de Santiago (artículo 131) a fin de materializar la posibilidad de oponerse (artículo 141, inciso segundo);

**DECIMOCTAVO.** Que, atendidas las características anotadas del procedimiento que permite la concesión de un derecho de aprovechamiento de aguas, el legislador contempló, en el artículo 139 del Código de Aguas, una forma especial de notificación para quien no cumpla con la carga procesal de designar, en su primera presentación ante la Dirección General de Aguas, un domicilio dentro de los límites urbanos del lugar en que funcione la oficina en que se haya efectuado la presentación, el que se entiende subsistente mientras no se haga otra, aunque de hecho lo haya cambiado. Tal carga procesal tiene por objeto evidente posibilitar la notificación por cédula prevista en el inciso primero de la norma impugnada.

El incumplimiento de la carga procesal que se viene mencionando es el que genera como consecuencia que la resolución se entienda notificada

desde la fecha de su dictación, lo que ha ocurrido precisamente con la resolución exenta N° 360, de 12 de junio de 2012, de la Dirección General de Aguas.

Se trata de una consecuencia que tiende a no dejar en suspenso el derecho de que se trata, atendidos la naturaleza del recurso hídrico comprometido y el especial procedimiento que lo rodea;

**DECIMONOVENO.** Que, en estas circunstancias, este Tribunal estima que no puede darse por acreditada una infracción al derecho al debido proceso cuando ha sido la propia empresa requirente la que se ha colocado en la supuesta situación de indefensión que alega, como producto del incumplimiento de una carga procesal que no podía desconocer. No sólo porque la ley se presume conocida por todos (artículo 8° del Código Civil), sino porque se trata de una carga que tiene su expresión genérica, para todo procedimiento judicial, en el artículo 49 del Código de Procedimiento Civil;

**VIGÉSIMO.** Que, en este mismo sentido, este Tribunal ha sentenciado que *“el petionario de la mensura debe estar constantemente al corriente de lo que ocurre en el expediente para evitar caer en alguna causal de caducidad; es ésta una carga procesal propia del procedimiento de constitución de las concesiones mineras (...).”* (Énfasis agregado). (STC Rol N° 1.994, c. trigesimoquinto);

**VIGESIMOPRIMERO.** Que, por las razones que se han indicado precedentemente, esta Magistratura rechazará la inaplicabilidad del inciso final del artículo 139 del Código de Aguas, y así se declarará;

## V

### INFRACCIÓN A LA PROTECCIÓN A LA ESENCIA DE LOS DERECHOS

**VIGESIMOSEGUNDO.** Que, como se ha recordado en la parte expositiva, la requirente alega, asimismo, que la aplicación del inciso final del artículo 139 del Código de Aguas, en la gestión que pende ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta, infringiría la protección a la esencia del derecho al debido proceso, asegurada por el numeral 26° del artículo 19 de la Constitución Política;

**VIGESIMOTERCERO.** Que, por las mismas razones que se han desarrollado en el Capítulo que precede, este Tribunal rechazará también esta alegación, y así se declarará.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 19, números 3° y 26°; en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**1º. Que se rechaza el requerimiento deducido a fojas 1.**

2º. Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 22. Oficiese al efecto a la Corte de Apelaciones de Antofagasta.

3º. No se condena en costas a la parte requirente, por estimarse que tuvo motivo plausible para deducir su acción.

**Los Ministros señor Iván Aróstica Maldonado y señora María Luisa Brahm Barril previenen** que concurren al rechazo, en razón de los considerandos primero a noveno de la sentencia, y además por las consideraciones que enseguida exponen:

1º. Que, al tratar “De los procedimientos administrativos” (Título I del Libro Segundo), el Código de Aguas de 1981, en su artículo 139, establece una obligación: en las controversias administrativas sobre derechos de aguas, los interesados deben designar un domicilio dentro de los límites urbanos del lugar en que funciona la competente oficina regional de la Dirección General de Aguas (inciso segundo).

No fijar este domicilio, traería dos consecuencias adversas para los incumplidores: no se les notifican las resoluciones de esa autoridad, y las mismas se entienden vigentes a partir de la fecha de su dictación (inciso tercero);

2º. Que esta última comporta una norma peculiar e inédita, por lo que el debate constitucional a su respecto no se clausura invocando la facultad del legislador para estatuir normas “especiales”; para eso bastaría constatar que la normativa general que en este caso sirve de contraste, la Ley N<sup>º</sup> 19.880, sobre bases de los procedimientos administrativos, admite la existencia de “procedimientos especiales” (artículo 1º).

En esta sede, tampoco el tema puede hacerse recaer en la necesidad de despejar la preeminencia temporal de unas normas sobre otras, porque el problema atinente a la vigencia de leyes en el tiempo compete a los jueces del fondo;

3º. Que el Tribunal Constitucional no está llamado a comprobar la coexistencia de leyes especiales y otras generales, ni a zanjar disputas acerca de la prelación entre normas dictadas en diferentes épocas. Lo suyo –he aquí la cuestión de fondo– sería elucidar si el trato “especial” que brinda una ley particular obedece a una diferencia justificada o –por el contrario– a un apartamiento arbitrario e infundado respecto de la correspondiente normativa general, que estatuye las bases constitutivas de ese ordenamiento jurídico.

Esto es: convenido que en un Estado de Derecho los actos de la autoridad administrativa se deben dar a conocer efectivamente a las personas a quienes tocasen, para contar con una fecha cierta a partir de la cual puedan impugnarlos, por medio de un reclamo judicial que sólo puede

impetrarse dentro de cierto plazo fatal, y aceptado además que aquello ya se encuentra plasmado en una ley general con caracteres de exigencia esencial, ¿es válida una ley especial que sienta lo contrario?;

4°. Que, si el artículo 19, N° 3°, inciso primero, de la Constitución asegura la igualdad de todos frente a la ley procesal, entonces puede argüirse que sustraer a algunos particulares de los principios y reglas comunes de la Ley N° 19.880, de 2003, ameritaría una razón objetiva e inalterable, que aleje todo signo de abuso, cuando se los deja afectos a procedimientos “especiales” cuya aplicación puede conducir hasta a omitir un trámite esencial (la notificación de un acto decisorio de la autoridad) y, consiguientemente, a negar un derecho fundamental (su impugnación ante una instancia judicial).

Reconocido un estándar procesal común por una ley posterior y general, sólo un motivo cualificado permitiría la pervivencia de una ley anterior y especial, que alberga niveles inferiores de protección hacia los derechos de las personas;

5°. Que, sentada la premisa anterior, vuelve a examinarse ahora el Código de 1981: es atendible que su artículo 130 atribuya competencia a la respectiva oficina regional de la Dirección General de Aguas para resolver esta clase de asuntos, a fin de concretar la desconcentración territorial propiciada por el entonces vigente Estatuto de Gobierno y Administración Interior del Estado, DL N° 573, de 1974.

Es igualmente explicable que, a la sazón, sin los actuales medios de comunicación telemáticos, el artículo 139 ordenara a los interesados fijar domicilio dentro de la misma ciudad donde se ubica la oficina regional del servicio aludido;

6°. Que, sin embargo, el problema estriba en que el inciso tercero del artículo 139 del Código de Aguas, al decir que la resolución administrativa recaída en un reclamo “se entenderá notificada” a contar de su expedición, en rigor estaría creando una ficción, pues al no fijarse domicilio en el lugar indicado, da pábulo para que se omita toda forma de comunicación. En circunstancias que la Ley N° 19.880 estatuye que los actos administrativos individuales empiezan a regir a partir de su notificación (artículo 51, inciso segundo) y que ésta se efectúa de manera personal, por carta certificada o tácita (artículos 46 y 47).

El Código tampoco contempla otras modalidades alternativas de información, como la publicación respecto de personas cuyo paradero fuere ignorado que acepta la misma Ley N° 19.880 (artículos 45 y 48, letra c), u otra manera cualquiera de aviso cierto y oficial, que permita al destinatario ejercer en tiempo útil su derecho a reclamo en sede judicial, reconocido en los artículos 19, N° 3°, y 38, inciso segundo, de la Carta Fundamental, así como en los artículos 3°, inciso segundo, y 10 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado;



7°. Que la falta de notificación priva de eficacia real al derecho a reclamar que contempla el mismo Código, ya que éste preceptúa que las resoluciones de la Dirección General de Aguas podrán recurrirse ante la Corte de Apelaciones del lugar en que se dictó la resolución que se impugna, “dentro del plazo de 30 días contados desde su notificación o desde la notificación de la resolución que recaiga en el recurso de reconsideración, según corresponda” (artículo 137, inciso primero).

Cobra ello importancia ante una jurisprudencia judicial estricta, merced a la cual, existiendo un contencioso administrativo especial para reclamar un acto de la autoridad, debe ejercerse exclusivamente esa vía, por lo que en su contra no cabe entablar un recurso de protección (cuyo plazo de 30 días se cuenta desde que se tengan noticias o conocimiento cierto del acto recurrido) ni tampoco una acción general u ordinaria de nulidad de derecho público (que no tiene plazo para deducirse);

8°. Que, con todo, en la especie se ordenó y practicó la indispensable notificación. En la parte decisoria de la propia Resolución Exenta N<sup>º</sup> 360 (N<sup>º</sup> 5) se dice expresa y perentoriamente lo siguiente: “Comuníquese la presente resolución a las opositoras Antofagasta Minerals S.A., Minera El Tesoro, Compañía Contractual Minera Leonor y Compañía Contractual Minera Equatorial Resources, al domicilio designado (sic) para estos efectos ubicado en Avenida Apoquindo N<sup>º</sup> 4001, Piso 18, Comuna de Las Condes, en la ciudad de Santiago”. Luego consta entre los “imperativos” de dicha resolución: “anótese, notifíquese y comuníquese” (fs. 45).

A esto último se dio cumplimiento mediante oficio N<sup>º</sup> 595 de 11 de julio de 2012, dirigido a Minera El Tesoro (fs. 46), notificado por carta certificada (fs. 47-48);

9°. Que, no estando discutida la validez de lo ordenado en el N<sup>º</sup> 5 de ese acto jurídico administrativo, firme en este punto, otra cosa es que en la gestión judicial pendiente la autoridad regional aduzca que el plazo para impetrar el contencioso especial previsto en el artículo 137 del Código de Aguas, debe contarse desde el 12 de junio de 2012, fecha en que fue dictada la Resolución N<sup>º</sup> 360 (fs. 42-43), por haber operado la ficción creada en el inciso tercero del artículo 139. Como este lapso habría vencido el 12 de julio de 2012, por aplicación de los artículos 49 y 50 del Código Civil, el reclamo de Minera El Tesoro sería extemporáneo (informe a la Corte de Apelaciones de Antofagasta, fs. 75-78).

Tales aseveraciones, así como la connotación que la autoridad regional le asigna a la aludida notificación por carta certificada, en orden a que se trataría de una mera “comunicación de cortesía” (informe a la Corte de Antofagasta, fs. 76), son aspectos en ciernes y que todavía cabe a los jueces del fondo dilucidar, a la luz de las reglas sobre entrada en vigencia de los actos administrativos y las normas de interpretación de los mismos, en cuya virtud en ellos debe primar la voluntad declarada o formal por sobre una supuesta intención real;

**10°.** Que, por lo tanto, con mayor acopio de antecedentes y sólo una vez decantado cuál aplicación concreta podría recibir la norma legal impugnada, sería posible contrastar sus efectos probables con las disposiciones constitucionales precitadas.

Por esta razón, dado el incipiente estado en que todavía se encuentra la cuestión judicial pendiente, el requerimiento de inaplicabilidad de fs. 1 pudo ser –por ahora– desestimado.

Redactó la sentencia la Ministra señora Marisol Peña Torres, y la prevención, el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 2.371-12**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Carlos Carmona Santander, y por los Ministros señora Marisol Peña Torres, señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

**ROL N° 2.372-2012**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 139, INCISO FINAL,  
DEL CÓDIGO DE AGUAS, DEDUCIDO POR ANTOFAGASTA  
MINERALS S.A.**

**SENTENCIA DE FECHA 4 DE NOVIEMBRE DE 2014, EN EL  
MISMO SENTIDO QUE LA RECAÍDA EN EL ROL N° 2.371-2012**

ROL N<sup>º</sup> 2.373-2012REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 16 B DE LA LEY  
N<sup>º</sup> 18.410, QUE CREA LA SUPERINTENDENCIA  
DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES, DEDUCIDO  
POR CGE DISTRIBUCIÓN S.A., EMPRESA ELÉCTRICA  
MELIPILLA, COLCHAGUA Y MAULE S.A.,  
EMPRESA ELÉCTRICA DE TALCA S.A. Y COMPAÑÍA NACIONAL  
DE FUERZA ELÉCTRICA S.A.

Santiago, doce de septiembre de dos mil trece.

**VISTOS:**

Con fecha 7 de diciembre de 2012, las empresas concesionarias del servicio público de distribución de energía eléctrica CGE Distribución S.A. (CGED), Empresa Eléctrica de Melipilla, Colchagua y Maule S.A. (EMELECTRIC), Empresa Eléctrica de Talca S.A. (EMETAL) y Compañía Nacional de Fuerza Eléctrica S.A. (CONAFE S.A.), representadas por el abogado Aristóteles Cortés Sepúlveda, han requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 16 B de la Ley N<sup>º</sup> 18.410 –que Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles–, para que surta efectos en el proceso sobre recurso de protección, sustanciado ante la Corte de Apelaciones de Santiago, caratulado “CGE Distribución S.A. y otras con Superintendencia de Electricidad y Combustibles”, Rol N<sup>º</sup> 39.682-2012.

El texto del precepto legal objetado en autos dispone:

*“Artículo 16 B. Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, la interrupción o suspensión del suministro de energía eléctrica no autorizada en conformidad a la ley y los reglamentos, que afecte parcial o íntegramente una o más áreas de concesión de distribución, dará lugar a una compensación a los usuarios sujetos a regulación de precios afectados, de cargo del concesionario, equivalente al duplo del valor de la energía no suministrada durante la interrupción o suspensión del servicio, valorizada a costo de racionamiento.*

*La compensación regulada en este artículo se efectuará descontando las cantidades correspondientes en la facturación más próxima, o en aquellas que determine la Superintendencia a requerimiento del respectivo concesionario.*

*Las compensaciones a que se refiere este artículo se abonarán al usuario de inmediato, independientemente del derecho que asista al concesionario para repetir en contra de terceros responsables.”*

Como antecedentes del aludido recurso de protección, para el que se ha solicitado el pronunciamiento de inaplicabilidad, cabe precisar que éste fue incoado por las requirentes con el objeto de dejar sin efecto el

oficio de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles por el cual se les ordenó proceder al cálculo de las compensaciones –a otorgar a los usuarios afectados por interrupciones del suministro de energía eléctrica–, y aplicar el correspondiente abono en la futura facturación.

En el marco del reseñado proceso judicial, el conflicto de constitucionalidad planteado a esta Magistratura consiste en determinar si es constitucional o no que el legislador obligue a las concesionarias de distribución de electricidad a pagar compensaciones a los usuarios por interrupciones del suministro que ellas no han provocado y, además, en la forma y bajo un régimen de repetición que consideran atentatorio contra los derechos a la igualdad ante la ley, igualdad ante las cargas públicas y debido proceso en su vertiente de acceso a la justicia.

A efectos de fundamentar su requerimiento, las actoras se refieren a los siguientes tres tópicos.

En primer lugar, hacen alusión a la constitucionalidad en abstracto de la norma cuestionada en estos autos. Sobre este punto, explican que si el pago de las compensaciones que establece el artículo 16 B de la Ley N° 18.410 se refiere a interrupciones que tienen su origen en las instalaciones de distribución, entonces el régimen de compensaciones a cargo de las concesionarias de distribución resulta razonable y constitucional. Sin embargo, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles ha estimado que las citadas compañías deben proceder a compensar a los usuarios por interrupciones provocadas por las compañías de generación o transmisión, y esto, a todas luces, es lo que resultaría inconstitucional.

En segundo lugar, exponen los hechos relacionados con la gestión pendiente. Indican al efecto que ésta tiene su origen en una interrupción del suministro de energía eléctrica producida el día 24 de septiembre de 2011. Frente a esa interrupción, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles desarrolló las pertinentes investigaciones, concluyendo que las fallas no se produjeron en el segmento de distribución de energía eléctrica. De esta manera, las compañías dedicadas a esta última actividad no tuvieron responsabilidad alguna en la interrupción del suministro. Sin embargo, posteriormente, el aludido organismo les ordenó proceder a determinar y pagar las compensaciones a los usuarios afectados por la interrupción. Y la situación se agravaría porque, además, el organismo dispuso que el cálculo de las compensaciones debía efectuarse de conformidad a las normas dictadas por la Superintendencia y no según lo regulan la Ley General de Servicios Eléctricos y su reglamento. El respectivo oficio de esta entidad, como se señaló, fue impugnado ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

En tercer lugar, los peticionarios plantean los argumentos de derecho que fundamentan las infracciones constitucionales que denunciaron en el libelo de fojas 1.

Alegan que se contravienen los derechos a la igualdad ante la ley y a la igualdad en la repartición de las cargas públicas, desde el momento que las compañías de distribución de electricidad siempre deben hacerse cargo de compensar a los usuarios, pese a que no tengan responsabilidad alguna en la interrupción del suministro de energía eléctrica, por cuanto la falla se ha producido en las instalaciones de las empresas Transelec S.A., Colbún S.A., Endesa S.A. e Hidroeléctrica Guardia Vieja S.A. En esta hipótesis, la obligación no tiene un fundamento razonable, toda vez que, al no existir una conducta que justifique una medida punitiva, la compensación no puede aplicarse como sanción. Por otra parte, tampoco es razonable, ya que no puede ser una indemnización, atendido que no hay un vínculo causal entre el origen de la interrupción del suministro de energía eléctrica y el daño que se produce por falta de suministro. Por otra parte, tampoco parece justificación plausible considerar que son las compañías de distribución las que tienen contacto directo con los usuarios ni el que se deba a todo evento velar por los intereses de los mismos. Si así se considerara, entonces se estaría otorgando un privilegio injustificado a las compañías de generación y transmisión y, concomitantemente, generando un gravamen injusto respecto de las compañías de distribución. La aludida relación directa sólo justifica que la compañía distribuidora sea intermediaria para el pago de las compensaciones, en orden a que, pagado el usuario, la satisfacción final y riesgo de éstas sean de cargo de la compañía de transmisión o generación responsable de la falla.

Respecto a la conculcación del derecho al debido proceso, en particular del derecho de acceso a la justicia, esgrimen que ésta se produciría por aplicación de los incisos segundo y tercero del precepto reprochado, desde el momento que niegan toda posibilidad de discutir en juicio, tramitado en sede jurisdiccional, y previo al pago de la indemnización, acerca de si los hechos son imputables al concesionario y si procede, por tanto, el pago de la multa bajo forma de compensación. A las compañías distribuidoras sólo les queda intentar una acción ordinaria y general de responsabilidad para repetir en contra de las compañías responsables de la falla, cargando con el álea de un resultado incierto. De esta manera, se configura en la especie la figura denominada *solve et repete*, pues primero hay que pagar la compensación para luego poder reclamar de ella.

Por resolución de fojas 144, la Primera Sala de esta Magistratura admitió a tramitación el requerimiento y, en la misma oportunidad, decretó la suspensión de la gestión judicial en que incide. Luego de ser declarado admisible por la aludida Sala y pasados los autos al Pleno, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, el requerimiento fue comunicado a la Cámara de Diputados, al Senado y al Presidente de la República y notificado a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, a efectos

de que pudieran hacer valer sus observaciones y acompañar los antecedentes que estimaren convenientes.

Por escrito de fojas 202, la Superintendencia requerida formuló sus observaciones al requerimiento, en base a las argumentaciones que pueden sintetizarse bajo los dos puntos que a continuación se exponen.

En primer término, luego de describir el funcionamiento del sistema eléctrico, el ente fiscalizador se refiere a los alcances del objetado artículo 16 B, a efectos de aclarar que es una norma que se enmarca, y por tanto se comprende, dentro de la regulación económica del sector eléctrico, siendo sus prescripciones respetuosas del derecho de acceso a la justicia.

Explica, sobre este último punto, que la Superintendencia tiene absoluta claridad en cuanto a que no son las compañías distribuidoras las responsables de las interrupciones del suministro. Por lo mismo, entiende que la norma no establece sanción alguna para éstas, sino que persigue, justamente, y de manera contraria a lo indicado por las requirentes, proteger el derecho de acceso a la justicia de los usuarios. Lo anterior, porque se trata de una disposición que coloca a las concesionarias de distribución de electricidad en el lugar de los usuarios, teniendo en consideración para tal determinación que ellas se encuentran en pie de igualdad con las compañías de generación y transmisión a la hora de discutir sobre la responsabilidad por interrupciones y la procedencia del pago de los costos que generen. Por lo demás, esta disposición tiene en cuenta que en los contratos de suministro celebrados entre las compañías generadoras y distribuidoras de electricidad, habitualmente se establece una cláusula penal con el fin de que las empresas generadoras paguen a las distribuidoras las compensaciones que éstas hayan debido efectuar.

En un segundo ámbito de sus observaciones, la Superintendencia se hace cargo de cada una de las violaciones de derechos invocadas por las requirentes.

Respecto a la vulneración del derecho a la igualdad y a la igual repartición de las cargas públicas, aduce que las impugnaciones son más bien académicas, por cuanto aluden a la supuesta injusticia en abstracto de la norma. Por consiguiente, se estaría en presencia de una argumentación que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, escapa del ámbito propio del examen concreto de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Precisa que, en todo caso, contrario a lo alegado por las requirentes, el mecanismo de compensación a cargo de las distribuidoras no se ideó para privilegiar a las compañías transmisoras y generadoras, sino que para beneficiar a los usuarios en el pago de la compensación, toda vez que son las compañías de distribución las que se vinculan directamente con el consumidor.

Respecto a la vulneración del derecho de acceso a la justicia y, en general, a un justo y racional procedimiento, el ente administrativo es-

grime tres fundamentos para rechazar el requerimiento sobre esta parte. En primer lugar, reitera sus argumentaciones en orden a que la compensación que establece el objetado artículo 16 B viene a proteger el derecho de acceso a la justicia de los usuarios. En segundo lugar, en cuanto a la supuesta figura del *solve et repete*, señala que ella debe descartarse, porque no existe acto sancionatorio alguno respecto del cual tenga que pagarse una suma de dinero para poder reclamar de él. La compensación no es una sanción a la compañía sino que una reparación para el usuario. Finalmente, expone que, al ser la compensación un mecanismo de reparación, la procedencia de su aplicación no se entrega a la declaración de un juez, ante el cual haya que discutirla en un proceso jurisdiccional realizado de manera previa a su pago, sino que simplemente depende de la verificación de los requisitos establecidos en la norma para que se haga efectiva.

Habiéndose traído los autos en relación, se procedió a la vista de la causa el día 4 de julio de 2013, oyéndose los alegatos del abogado Aristóteles Cortés, por las requirentes, y del abogado Mauricio Gutiérrez, por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

#### CONSIDERANDO:

### I

#### CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD

**PRIMERO.** Que, conforme a lo recién expresado, en estos autos cuatro empresas distribuidoras de energía eléctrica impugnan el artículo 16 B de la Ley N<sup>º</sup> 18.410, orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, cuyo tenor es el siguiente:

*“Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, la interrupción o suspensión del suministro de energía eléctrica no autorizada en conformidad a la ley y los reglamentos, que afecte parcial o íntegramente una o más áreas de concesión de distribución, dará lugar a una compensación a los usuarios sujetos a regulación de precios afectados, de cargo del concesionario, equivalente al duplo del valor de la energía no suministrada durante la interrupción o suspensión del servicio, valorizada a costo de racionamiento.*

*La compensación regulada en este artículo se efectuará descontando las cantidades correspondientes en la facturación más próxima, o en aquellas que determine la Superintendencia a requerimiento del respectivo concesionario.*

*Las compensaciones a que se refiere este artículo se abonarán al usuario de inmediato, independientemente del derecho que asista al concesionario para repetir en contra de terceros responsables.”;*

**SEGUNDO.** Que la norma objetada tuvo aplicación con motivo del corte generalizado de suministro eléctrico que afectó al Sistema Interconectado Central, ocurrido el 24 de septiembre de 2011.

El 10 de octubre de 2012 la Superintendencia del ramo dio por concluida la investigación de rigor, cursando sanciones contra Colbún S.A. (fs. 35-63), Empresa Nacional de Electricidad S.A. (fs. 64-83), Hidroeléctrica Guardia Vieja S.A. (fs. 84-103) y Transelec S.A. (fs. 104-129) por las responsabilidades que, según aquella, les cupo a éstas en el antedicho hecho.

El 16 de octubre de 2012 la Superintendencia oficia a las requirentes, empresas concesionarias de distribución de energía eléctrica, ordenándoles realizar los cálculos tendientes a compensar a los usuarios respectivos y que resultaron afectados por dicha interrupción, mediante descuento de las cantidades correspondientes en la facturación más próxima, todo ello de conformidad con el citado artículo 16 B (fs. 31-33);

**TERCERO.** Que, según las reclamantes, la puesta en práctica del artículo 16 B de la Ley N° 18.410 sólo sería razonable cuando la paralización del suministro eléctrico obedezca a fallas en las instalaciones que se encuentran bajo administración y cuidado de las propias empresas distribuidoras.

Mas no cuando la interrupción o suspensión es imputable a las compañías que operan en los niveles de generación o transmisión, como acontece en el caso de que se trata, porque –discurren las reclamantes– al no tener las distribuidoras participación alguna en estos eventos, la compensación vendría a lesionar injustificadamente su patrimonio y a impedirles el acceso a la justicia para reclamar contra esta suerte de sanción. Todo lo cual contravendría las garantías constitucionales que citan a su favor, en la forma como explican en su requerimiento;

## II

### ACLARACIONES PRELIMINARES

**CUARTO.** Que, atinente a los participantes del sistema eventualmente involucrados, cuadra enseguida apuntar que la norma cuestionada comprende –sin distinción– las dos situaciones en que una concesionaria de distribución puede verse obligada a compensar a sus usuarios regulados: una, cuando la interrupción o suspensión injustificada del servicio se debe a deficiencias propias; la otra, cuando esos cortes son causados por un acto u omisión atribuible a las empresas eléctricas de transporte o de generación.

De manera que, en lo relativo a los sujetos alcanzados, del propio requerimiento se desprende que el artículo 16 B no presentaría en estos casos otras dificultades de cumplimiento que las ocasionadas al concretarse esta última hipótesis. Esto es, cuando se trate de materializar ese “*derecho que asiste al concesionario para repetir en contra de terceros responsables*”, reconocido en su inciso tercero;



**QUINTO.** Que, acorde con lo apuntado en el considerando tercero que antecede, en esta sede la cuestión esencial no radica en ese primer aspecto del artículo 16 B (incisos primero y segundo), donde se consagra una evaluación legal de los perjuicios que, a modo de indemnización, deben pagar las concesionarias de servicio público de distribución a los consumidores cuyas tarifas están afectas a regulación oficial, en caso de detención indebida del suministro eléctrico.

El problema concreto de constitucionalidad se hace recaer sobre el inciso tercero del artículo 16 B, causante de la carga, riesgo y dificultades que traería para las concesionarias emprender juicios de repetición en contra de las demás empresas efectivamente responsables. Por eso las requirentes abogan porque –en vez de proceder como dice la ley– primero estas empresas responsables deberían proveerlas de los fondos necesarios para cumplir con el pago de las compensaciones, de forma que sólo una vez recibidas las provisiones, podrían verse obligadas a abonar dichas sumas;

### III VALIDEZ DE LA NORMA OBJETADA

**SEXTO.** Que, en sentencia Rol N<sup>º</sup> 2.161, esta Magistratura razonó en extenso acerca de la constitucionalidad y ponderación de la norma cuestionada, conforme a unos criterios que –en esta oportunidad– deben íntegramente ratificarse, habida cuenta de que en el presente requerimiento no se aportan nuevos antecedentes que muevan a variar la doctrina sustentada en dicha oportunidad.

El artículo 16 B de la Ley N<sup>º</sup> 18.410, se expresó en tal ocasión, reposa sobre la lógica de unos usuarios que no están jurídicamente obligados a perseguir a los terceros responsables, respecto de una prestación para cuya cobertura han debido entenderse con un único e impuesto proveedor, la pertinente empresa de distribución de energía eléctrica, que funge como co-contratante y opera en condición de monopolio natural dentro del área geográfica bajo su gestión.

Añadiéndose en ese veredicto que, si bien la normativa sectorial distingue –a otros efectos– los segmentos de producción, transporte y distribución de energía eléctrica, desarrollados cada uno por empresas diferentes, es lo cierto que el sistema pone a los clientes finales sometidos a tarifas reguladas únicamente en relación con las compañías concesionarias de servicio público de distribución. De donde se sigue que es la Ley General de Servicios Eléctricos, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.F.L. N<sup>º</sup> 4, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2007, la que consagra justificadamente un régimen jurídico diferente, a todos estos respectos, sin lesionar la garantía constitucional de igualdad ante la ley;

**SÉPTIMO.** Que, asimismo, conviene reiterar que, tendiente a garantizar la continuidad del suministro eléctrico, sin interrupciones, la Ley de Servicios Eléctricos alberga una concepción económicamente eficiente para fijar los precios máximos oficiales, a que están sujetos los suministros a usuarios finales con potencia conectada inferior o igual a 2.000 kilowatts, ubicados en zonas de concesión de servicio público de distribución (artículos 147, inciso primero, N° 1, y 155, inciso segundo). Cuyo monto se determina merced a un cálculo (artículos 181 y siguientes), donde repercuten y se recogen los costos provenientes de los niveles de generación y transporte, además de otros factores que se conjugan para dar por resultado un retorno equitativo que incentive a las empresas a ejercer su actividad, de manera constante y sin intervalos.

Entonces, si todos los niveles del sistema –concatenados entre sí– remiten al abastecimiento ininterrumpido de los consumidores finales, los cuales deben contratar el suministro sólo con las empresas distribuidoras locales, y únicamente a ellas pagan unas tarifas previstas a tal propósito, por todo esto, junto, es sensato que las obligaciones de mantener la continuidad del servicio y de pagar las indemnizaciones a que dé lugar su incumplimiento sean exigibles de estas concesionarias;

#### IV DERECHOS GARANTIZADOS

**OCTAVO.** Que, como las requirentes admiten no cuestionar el régimen de compensaciones en caso de que las inconexiones tengan su origen en las instalaciones de distribución, sino que cuando se causan en los niveles de generación o transporte (fs. 7), esto hace que la objeción decante contra el inciso tercero del artículo 16 B, por ser aquí donde se alude al pago de las indemnizaciones por los “terceros responsables”.

Sin parar mientes en que acoger los requerimientos en la línea planteada implicaría declarar inaplicable la norma que justamente permite a las concesionarias recobrar los pagos sufragados, lo que aparecería un contrasentido y –eso sí– una irremisible lesión a su patrimonio;

**NOVENO.** Que el precitado inciso tercero del artículo 16 B, junto con disponer que el pago de las compensaciones debe hacerse a los usuarios “*de inmediato*”, reconoce el “*derecho que asista al concesionario para repetir en contra de terceros responsables*”, de suerte que el ejercicio del mismo queda supeditado a la identificación de los causantes que efectúe la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, previa la investigación administrativa de rigor.

Así, sólo podría aducirse un menoscabo, susceptible de comprometer la responsabilidad de la entidad fiscalizadora por incumplir la ley –y no por aplicar la ley– cuando en la práctica sea imposible rescatar lo pagado: porque este organismo no determina quiénes son los responsables, o

porque lo hace de tal manera imperfecta o tardía, que ellos son absueltos en definitiva.

Siendo de advertir que, en la especie, los pagos a los consumidores no se ordenaron inmediatamente después de cada interrupción del suministro, sino una vez concluida la indagación y cursadas las sanciones administrativas del caso, a quienes resultaron responsables, según se ha anotado (considerando segundo *supra*);

**DÉCIMO.** Que, despejado que la norma no las perjudica, dado que las distribuidoras pueden repetir contra las demás compañías eléctricas que resulten responsables, resta su objeción contra la carga de tener que recuperar en juicio ordinario esos desembolsos. Lo que traería aparejados unos costos, demoras e inconvenientes que obedecerían al hecho de que el Legislador no haya contemplado una acción que facilite el reembolso de manera rápida, expedita y eficaz.

Objeción que será desestimada, por basarse en apreciaciones relativas a la administración de justicia que no conciernen a la validez de la norma escrutada, al paso que los motivos que evidencian la razonabilidad de dicha regla, expresados en esta sentencia y en la precedente recaída en el proceso Rol N<sup>º</sup> 2.161, no aparecen desvirtuados con argumentos que justifiquen trasladar a los consumidores esos eventuales trastornos para materializar los cobros de que se trata;

**DECIMOPRIMERO.** Que, acerca del artículo 19, numerales 2<sup>º</sup>, 3<sup>º</sup> y 20<sup>º</sup>, de la Carta Fundamental, se interpone aquel supuesto defecto de la ley, basado en que la concesionaria tendría que repetir en contra de los responsables en juicio de lato conocimiento, donde éstos podrían discutir la procedencia del pago, la atribución de la falla y la responsabilidad consecuente (fs. 10).

Quedando de manifiesto, nuevamente, que en el artículo 16 B no subyace un vicio de constitucionalidad que se revele a partir de su propia aplicación práctica, desde que esa eventual manera en que discurriría tal controversia, no puede atribuirse como efecto causado por el precepto impugnado. Además que no se visualiza una coyuntura de esa naturaleza, factible de ocurrir en cualquier juicio, cuando los procedimientos indicados en el considerando precedente han quedado totalmente tramitados y afinada la responsabilidad de los definitivamente culpables;

**DECIMOSEGUNDO.** Que, tocante al artículo 19, N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup>, de la Constitución, los ocurrentes hacen consistir su infracción –además– en que la norma legal impugnada les impediría acceder a la justicia en forma previa al pago de la compensación, negándoles toda posibilidad de discutir ante los tribunales si los hechos que constituyen la infracción son imputables al concesionario.

Debiendo apuntarse, a este respecto, que el artículo 16 B tiene por objeto y destinatario la protección al usuario, afectado por un corte del

suministro eléctrico, por lo que no concierne al castigo de un responsable ni a la determinación de quiénes serían culpables de tal interrupción. Cuando el inciso primero del mismo precepto despeja que su aplicación es “*sin perjuicio de las sanciones que correspondan*”, está señalando inequívocamente que a este efecto punitivo rigen los demás procedimientos administrativo y judicial conducentes a reprimir al infractor, establecidos en los artículos 17 y 19 de la Ley N° 18.410, destinados a desarrollarse en la forma justa y racional que exige el invocado artículo 19, N° 3°, inciso sexto, constitucional.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en las normas pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal,

SE RESUELVE:

**Que se rechaza el requerimiento de inaplicabilidad deducido en estos autos.** Se deja sin efecto la suspensión del procedimiento decretada, oficiándose al efecto. No se condena en costas a las requirentes, por estimarse que tuvieron motivo plausible para recurrir.

**Acordada con el voto en contra de la Ministra señora Marisol Peña Torres,** quien estuvo por acoger el requerimiento sólo en lo que se refiere a las expresiones “de inmediato”, contenidas en la norma impugnada, y fundada en las siguientes consideraciones:

1°. Que en la presente causa se solicita que este Tribunal declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 16 B de la Ley N° 18.410, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en el recurso de protección que sustancia la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol N° 39.682-2012.

Tal como se desprende de su petitorio, el objeto de dicho recurso es:

1. Que se deje sin efecto el Oficio Circular N° 9.896, de 16 de octubre de 2012, de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, que ordenó a las empresas requirentes efectuar “de inmediato” el pago de las compensaciones a los usuarios del sistema de energía eléctrica del país afectados por la interrupción del suministro, producido el día 24 de septiembre de 2011.
2. Que la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en ejercicio de sus facultades legales, instruya a TRANSELEC S.A., Endesa S.A., Colbún S.A. e Hidroeléctrica Guardia Vieja S.A., proveer a CGE Distribución S.A., a Empresa Eléctrica de Melipilla, Colchagua y Maule S.A. y a Empresa Eléctrica de Talca S.A., los fondos necesarios para cumplir con el pago de las compensaciones que, en conformidad al artículo 16 B de la Ley N° 18.410, corres-

ponde abonar a los usuarios del servicio como consecuencia del apagón ya mencionado.

3. Disponer que el abono de las compensaciones en la cuenta de los usuarios sea realizado por parte de las recurrentes al mes siguiente de aquél en el cual sean recibidas por éstas las provisiones de fondos que con este fin realicen las empresas antedichas (fojas 25);

2°. Que, pese a impugnarse la totalidad de la norma legal indicada, y tal como precisa el fallo (c. quinto), la cuestión de constitucionalidad precisa sobre la que recae el requerimiento dice relación con el inciso tercero del aludido artículo 16 B, toda vez que las infracciones constitucionales que denuncian las empresas requirentes (a la igualdad ante la ley, a la no discriminación arbitraria en el trato que debe brindar el Estado y sus organismos en materia económica, a la igualdad ante las cargas públicas y a las garantías de acceso a la justicia y de un justo y racional procedimiento previo) aluden a la necesidad de pagar, “de inmediato”, a los usuarios del servicio eléctrico las compensaciones por la interrupción experimentada en el suministro durante el año 2011, sin perjuicio del derecho que asiste a las concesionarias de distribución obligadas a dicho pago de repetir en contra de terceros responsables. Lo anterior, porque, en este caso, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles “*pudo determinar que la causa de la falla y las dificultades en la recuperación del servicio que incidieron en el apagón del 24 de septiembre de 2011, se debieron a problemas ocurridos en las instalaciones de las empresas Transelec S.A., Colbún S.A., Endesa S.A. e Hidroeléctrica Guardia Vieja S.A., y no existiendo antecedente alguno que pudiera involucrar a mi representada en estos hechos.*” (Fojas 2);

3°. Que el carácter concreto que hoy reviste la acción de inaplicabilidad, después de la reforma constitucional de agosto de 2005, resulta fundamental de tener presente en este pronunciamiento, pues dicho carácter y las particularidades que lo rodean, son las que, a nuestro juicio, deben llevar a acoger parcialmente la declaración de inaplicabilidad del artículo 16 B de la Ley N<sup>º</sup> 18.410, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, por infringir la prohibición de no discriminar arbitrariamente en el trato que debe dar el Estado y sus organismos a los particulares en materia económica, según asegura el artículo 19, N<sup>º</sup> 22°, de la Carta Fundamental, y de acuerdo a lo que se explicará;

4°. Que, en efecto, el cuestionado artículo 16 B de la Ley N<sup>º</sup> 18.410, en su inciso tercero, prescribe: “*Las compensaciones a que se refiere este artículo se abonarán al usuario de inmediato, independientemente del derecho que asiste al concesionario para repetir en contra de terceros responsables.*” (Énfasis agregado);

5°. Que debe recordarse que la redacción actual del artículo 16 B de la Ley N<sup>º</sup> 18.410 proviene de la Ley N<sup>º</sup> 19.613, del año 1999, modificatoria de aquélla, en cuyo Mensaje, el Vicepresidente de la República preci-

saba que el objetivo del proyecto era “*fortalecer el régimen de fiscalización actualmente vigente para el sector eléctrico*”, atendidas las graves consecuencias que, tanto para la población como para el sector productivo, produce la falta de suministro eléctrico (Boletín N° 2.279-08). Puntualizaba también dicha iniciativa, que “*el mercado de la distribución eléctrica está concebido como un servicio público que requiere, para ser operado, de una concesión*”, pero que, como servicio público, participa de los principios comunes a todos ellos, esto es, su carácter continuado, regular y uniforme. Agregaba el Mensaje que “*la obligación de los concesionarios de prestar el servicio en continuidad, constituye para los usuarios de servicios eléctricos, el derecho a la exigibilidad y disponibilidad de un bien que en la vida moderna es indispensable para la actividad cotidiana de los ciudadanos.*”

En dicha perspectiva, el Vicepresidente de la República argumentaba que el proyecto de ley aludido pretendía otorgar al organismo fiscalizador en materia eléctrica (la Superintendencia de Electricidad y Combustibles), herramientas más eficaces que las actuales para garantizar el suministro regular y continuo a los usuarios de la energía eléctrica. Para dicho fin se fortalecería el acceso a la información y se aumentarían las multas a los responsables de la interrupción del suministro.

Aclaraba asimismo el Mensaje que la actividad de la Superintendencia se enmarca dentro de la función reguladora del Estado, la que se funda tanto en el artículo 19, N° 21°, de la Carta Fundamental –que consagra el derecho a la libre iniciativa de los particulares en materia económica– como en el numeral 22° de ese mismo artículo constitucional que impone al Estado y a sus organismos la prohibición de discriminar en el trato que debe otorgar a los particulares en materia económica, todo ello, en aplicación del principio de igualdad ante la ley;

6°. Que la reseña efectuada precedentemente demuestra, en nuestro concepto, que la incorporación del artículo 16 B –en su actual redacción–, en la ley que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles fue presidida de la búsqueda de un equilibrio entre la actividad regulatoria del Estado –en función de objetivos sociales indiscutibles– y el respeto a los derechos de los particulares que intervienen en el campo económico.

La búsqueda del mencionado equilibrio operaba sobre la base de los principios generales que imperan en materia de responsabilidad, esto es, que el responsable del daño o de la falla en este caso queda obligado a resarcirlo al usuario afectado. En este sentido, el proyecto original disponía que “*se hace expreso el derecho de las personas o entidades que hayan sufrido daños a causa de la falla en el suministro de energía eléctrica para reclamar las indemnizaciones correspondientes ante la justicia ordinaria*”.

Así, la idea de que la compensación a los usuarios debía operar “de inmediato” no estaba contemplada en el proyecto original;

7°. Que la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, al evacuar el traslado del presente requerimiento, ha explicado que “*la obligación impuesta a las empresas concesionarias de distribución de electricidad, de compensar a los clientes que se hayan visto afectados por una interrupción en el suministro de electricidad, encuentra fundamento y lógica explicación, en la función que dichas empresas concesionarias cumplen dentro de cada sistema interconectado de electricidad. Así, por ejemplo, son las empresas distribuidoras de electricidad las que se vinculan directamente con el ciudadano que recibe el servicio generado por el sistema. Ninguna relación tiene el ciudadano con las empresas que generan la electricidad que consume, o con aquellas que transmiten el suministro desde las centrales de generación hasta las zonas de distribución. Y así, desde la perspectiva del legislador, si es la respectiva concesionaria de distribución la que factura y cobra la electricidad consumida por cada cliente, para luego redistribuir los ingresos dentro del sistema (tanto a las empresas generadoras como a las transmisoras), es también la respectiva distribuidora la que, desde un modo más práctico, eficiente y oportuno puede compensar a cada uno de los clientes afectados (...).*” (Fojas 212 y 213).

También ha agregado la Superintendencia que “*una característica fundamental (elevada al rango de “principio”) de todo sistema interconectado de electricidad es el deber de coordinación de sus integrantes, deber que no se limita a la operación de las redes eléctricas, sino que también se irradia al funcionamiento económico del sistema.*” (Fojas 213). Ha enfatizado, asimismo, que no debe confundirse el mecanismo de compensación (a que alude la norma impugnada) con el régimen sancionatorio aplicable a las responsabilidades derivadas del incumplimiento de la normativa eléctrica (fojas 214);

8°. Que el argumento de la Superintendencia, recién recordado, parece atendible si se piensa que la provisión de energía eléctrica, importa la actividad de un servicio público. En el mismo sentido no es difícil comprender la dificultad que tendría para cada usuario afectado interponer las correspondientes acciones como lo preveía la norma original;

9°. Que, sin embargo, las características de servicio público que envuelven las concesiones de servicio eléctrico, unidas a la circunstancia de que ellas se asocian a un bien indispensable para el desarrollo de la población nacional deben enlazarse con el principio general, en materia de responsabilidad, en cuanto a que todo daño acarrea una responsabilidad que debe repararse.

En el caso de las empresas eléctricas, dicho principio general se encuentra reflejado, por un lado, en el artículo 140 del D.F.L. N<sup>º</sup> 4, del Ministerio de Minería, de 2007, Ley General de Servicios Eléctricos, que establece que: “*Las disposiciones sobre calidad de servicio establecidas en la presente ley, no se aplicarán en los casos de racionamiento, ni en aquellos en que las fallas no sean imputables a la empresa suministradora del servicio.*” Por otro lado, en el artículo 224 del Decreto Supremo N<sup>º</sup> 327, del Ministerio de Minería, de 1997, Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctri-

cos, que señala: “*La responsabilidad por el cumplimiento de la calidad de servicio exigida en este reglamento, compete a cada concesionario. La responsabilidad por el incumplimiento de la calidad de suministro será también exigible a cada propietario de instalaciones que sean utilizadas para la generación, el transporte o la distribución de electricidad, siempre que operen en sincronismo con un sistema eléctrico. Todo proveedor es responsable frente a sus clientes o usuarios, de la calidad del suministro que entrega, salvo aquellos casos en que la falla no sea imputable a la empresa y la Superintendencia declare que ha existido caso fortuito o fuerza mayor. La Superintendencia podrá amonestar, multar, o adoptar las demás medidas pertinentes, si la calidad de servicio de una empresa es reiteradamente ineficiente.*” (Énfasis agregado);

Como puede observarse, tanto la Ley General de Servicios Eléctricos como su reglamento eximen de la responsabilidad frente a los clientes o usuarios a aquellos proveedores a quienes no pueda imputarse una falla en el suministro eléctrico. Esta norma se concilia con la regla general ya recordada conforme a la cual la responsabilidad recae en quien ha causado el daño, responsabilidad de naturaleza subjetiva y que se opone a la responsabilidad objetiva que, como se ha indicado, “*se justifica cuando la naturaleza de la actividad que se desarrolla implica un riesgo altamente probable que debe ser cubierto por el peligro que encierra. Tal es el caso de la Ley de Seguridad Nuclear, N° 18.302, publicada en el Diario Oficial de 2 de mayo de 1984, que en su artículo 49 establece que la “responsabilidad civil por daños nucleares será objetiva y estará limitada en la forma que establece esta ley.” Sin embargo, el fundamento que se ha planteado en este caso es que, por esta vía (la de la compensación), se pretende aumentar la diligencia de las empresas concesionarias de servicio público de distribución, haciéndolas responsables aun de aquellos accidentes no imputables a su intencionalidad o negligencia.*” (Varas, Felipe. “Análisis de la compensación establecida en el artículo 16 B) de la Ley N° 18.410 y sus efectos en las empresas distribuidoras.” En: Revista de Derecho Administrativo Económico, Vol. IV N° 2, mayo-diciembre 2002, p. 354);

**10°.** Que, en cambio, el inciso tercero del artículo 16 B de la Ley N° 18.410, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, impone a las empresas concesionarias de distribución de energía eléctrica, como las requirentes en estos autos, la obligación de compensar las interrupciones o suspensiones del suministro “de inmediato”, independientemente de que sean o no responsables de la falla en el suministro otorgándoles el derecho de repetir —*ex post*— contra los verdaderos responsables, esto es, una vez que las aludidas compensaciones hayan sido efectivamente pagadas;

**11°.** Que la aplicación de la norma contenida en el inciso tercero del artículo 16 B de la Ley N° 18.410, en lo que se refiere a la expresión “de inmediato”, resulta discriminatoria entre particulares que se encuentran en la misma situación: ser concesionarios del sistema eléctrico, ya sea en



calidad de generadoras o de distribuidoras. Y discrimina, porque, como ocurre en el presente caso, dicha norma ha permitido que la Superintendencia de Electricidad y Combustibles imponga a las empresas distribuidoras la obligación de pagar la compensación a los usuarios, pese a haber constatado que la responsabilidad efectiva de tales fallas no se debió a dichas empresas sino que a las generadoras.

Es así como, en el Oficio Circular de la Superintendencia, que rola a fojas 31, se lee que el 24 de septiembre de 2011 se produjo una interrupción del suministro eléctrico en la sección N<sup>º</sup> 2 de la barra de 220 kV de S/E Ancoa, precisando que, luego de concluida la investigación pertinente, destinada a establecer los hechos que originaron la interrupción del suministro y determinar las eventuales responsabilidades, *“se ha procedido a sancionar a Transelec S.A., Endesa S.A., Colbún S.A. e Hidroeléctrica Guardia Vieja S.A. por sus responsabilidades en la referida falla.”* A continuación, establece la obligación de las empresas distribuidoras de proceder, de inmediato, a efectuar los cálculos necesarios tendientes a determinar las compensaciones que habrán de ser abonadas a los usuarios afectados. Todo ello, en virtud de lo dispuesto en el artículo 16 B de la Ley N<sup>º</sup> 18.410;

**12º.** Que, para efectos del razonamiento que se viene desarrollando, es importante tener presente que *“la relación entre la distribuidora, intermediaria de la energía recibida de la generadora y sus clientes finales, los cuales de acuerdo al artículo citado (artículo 16 B de la Ley N<sup>º</sup> 18.410), son los beneficiarios de la indemnización o compensación, es también una relación contractual. Es cierto que las concesionarias de servicio público de distribución se encuentran obligadas a prestar el servicio a quien se lo solicite dentro del área de concesión (artículo 74 del D.F.L. N<sup>º</sup> 1), pero ello no quita el carácter contractual de la relación entre distribuidora y cliente, si bien ella es producto de la celebración de un contrato forzoso, dada la obligación de contratar en determinados términos que pesa sobre la distribuidora. Aún más, por mucho que exista servicio público de distribución, la relación entre la distribuidora y el cliente es de derecho privado y no jurídico administrativa. De lo anterior se sigue que las relaciones que ligan a generadoras, distribuidores y usuarios, están sujetas a las reglas de la responsabilidad contractual.”* (Cifuentes, Ramón. “Algunos problemas de responsabilidad civil que plantea la legislación eléctrica después de modificarse el artículo 99 bis del D.F.L. N<sup>º</sup> 1.” En: Revista de Derecho Administrativo Económico. Vol. III, N<sup>º</sup> 3, octubre-diciembre 2001, p. 713);

**13º.** Que la Superintendencia de Electricidad y Combustibles ha argumentado, en estos autos, que *“acoger la solicitud de las requirentes implicaría establecer, de facto, un requisito previo para la procedencia de las compensaciones que ordena la ley, requisito que no ha sido previsto ni considerado necesario por el legislador y que esta Superintendencia no tiene facultades para establecer.”* (Fojas 219).

No obstante, y en concepto de quien suscribe este voto, dicho argumento no constituye un obstáculo para que la Superintendencia de Elec-

tricidad y Combustibles ordene el pago de la compensación a los usuarios por los verdaderos responsables de la falla aplicando las reglas generales sobre responsabilidad contenidas en la normativa eléctrica que, aunque incidan en el régimen sancionatorio, traducen los principios básicos imperantes en nuestro ordenamiento jurídico, sobre la responsabilidad frente a los daños producidos. Ello, teniendo presente, además, que el inciso tercero del artículo 16 B de la Ley 18.410, se refiere genéricamente a “los concesionarios” (que pueden ser de generación o distribución), a propósito del derecho de repetir;

**14°.** Que el artículo 19, N° 22°, de la Carta Fundamental prohíbe al Estado –que incluye al legislador– y a sus organismos discriminar arbitrariamente a los particulares en el trato que les otorgue en materia económica. La discriminación arbitraria, a la que también se refiere el artículo 19, N° 2°, de la Constitución Política, es aquella que carece de razonabilidad o que se funda en el mero capricho. La razonabilidad de la medida debe, a su vez, ser valorada en función de los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto o *latu sensu*, que son propios del análisis concreto que importa la decisión de una acción de inaplicabilidad;

**15°.** Que, en la especie, se observa que el legislador ha posibilitado la aplicación de una norma en términos que vulnera la prohibición mencionada, precisamente porque lo necesario es que se compense a los usuarios por las fallas en el sistema eléctrico, lo que la norma impugnada contempla. Sin embargo, en este caso concreto, la compensación “de inmediato” por las empresas distribuidoras no respetó ese criterio de necesidad, porque, al ordenarse el pago de las compensaciones “de inmediato” se hizo caso omiso que la Superintendencia de Electricidad y Combustibles había determinado que los responsables de la falla en el suministro eran un grupo de empresas generadoras de electricidad, por lo que no resulta lógico que se obligara a las empresas distribuidoras –requirentes en estos autos– a pagar dichas compensaciones y a repetir contra las verdaderamente responsables, pasando por alto el principio general que el daño debe resarcirse por el efectivamente responsable.

Al respecto, se ha señalado que, desde el punto de vista de la igualdad de trato, que supone la aplicación de la igualdad ante la ley, “*la ley en su afán legítimo de compensar a los usuarios colocó en una situación de privilegio a un actor económico por sobre otro; peor aún, optó por dar tal privilegio a quien o quienes han sido caracterizados por la autoridad como responsables, sea directamente de los hechos que ocasionaron el corte o bien indirectamente, como pertenecientes al órgano coordinador de la operación del respectivo sistema eléctrico. Es por ello que los términos de comparación debieron efectuarse entre agentes económicos y no entre estos y los consumidores pues no es ahí donde el efecto de inconstitucionalidad se genera.*” (Evans Espiñeira, Eugenio. “Jurisprudencia constitucional. Dos casos de normativa inconstitucional de la Ley N° 18.410, orgánica de la

Superintendencia de Electricidad y Combustibles.” Intervención realizada en las XIII Jornadas de Derecho de Energía, Pontificia Universidad Católica de Chile, 30 de julio de 2013);

**16°.** Que, en esta misma lógica de análisis, tampoco el pago “de inmediato” de las compensaciones resulta idóneo, en el caso concreto que se analiza, pues lo que interesa es resarcir al usuario, pero no a cualquier costo. Y obligar a las empresas distribuidoras a pagar dichas compensaciones, sin ser las efectivamente responsables, pugna desde luego con criterios de justicia material, pero además les irroga costos que pueden llevar a desincentivar el ejercicio de una actividad económica lícita que se ejerce con arreglo a las normas legales que la regulan.

Por último, el pago “de inmediato” de la compensación tampoco es proporcional al fin que se persigue, porque si bien se compensa al usuario afectado grava, innecesariamente, a las empresas distribuidoras de energía eléctrica beneficiando a las generadoras que, siendo las directamente responsables (como lo ha constatado la investigación desplegada por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles), de la falla del suministro, pueden seguir ejerciendo su actividad –sin desmedro económico– por todo el tiempo que demore el ejercicio del derecho a repetir y, ciertamente, supeditado al éxito del mismo.

Lo anterior, puede revestir alcances de particular gravedad como se ha constatado desde el sector eléctrico: “*Dado que el valor de las compensaciones ya se encuentra fijado por la ley en el duplo del valor de la energía no suministrada durante la interrupción o suspensión del servicio, valorizada a costo de racionamiento, la elevada cuantía de las compensaciones hará del todo relevante determinar los parámetros para cuantificar la energía no suministrada durante la interrupción o suspensión del servicio, situación que en la crisis de 1998/1999 fue ampliamente debatida.*” (Olmedo, Juan Carlos, Chávez de la F., Juan J. y Chifelle, Paulinne. “Régimen de compensaciones en la legislación eléctrica.” En: Revista de Derecho Administrativo Económico, Vol. IV, N<sup>º</sup> 2, mayo-diciembre 2002, p. 365);

**17°.** Que, como se ha demostrado, en la medida que la aplicación, en la gestión judicial pendiente, del artículo 16 B) de la Ley N<sup>º</sup> 18.410, en la parte de su inciso tercero que se refiere a la expresión “de inmediato”, importa una vulneración a la garantía de la no discriminación arbitraria que el Estado y sus organismos debe observar en el trato que brinden a los particulares en materia económica, es que la norma impugnada debió declararse inaplicable.

Redactó la sentencia el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y la disidencia, la Ministra señora Marisol Peña Torres.

Notifíquese, comuníquese, regístrese y archívese.

**Rol N<sup>º</sup> 2.373-2012**

Se certifica que el Ministro señor Francisco Fernández Fredes concurrió al acuerdo y al fallo, pero no firma por encontrarse con permiso.

Se certifica que el Ministro señor Domingo Hernández Emparanza concurrió al acuerdo y al fallo, pero no firma por encontrarse con permiso.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora Marisol Peña Torres, y por los Ministros señores 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 y señora María Luisa Brahm Barril. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

## ROL N° 2.374-2012

### REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCÓNSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 988, INCISO SEGUNDO, DEL CÓDIGO CIVIL, ANTERIOR A LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY N° 19.585, EN LA PARTE QUE INDICA, DEDUCIDO POR ÁLVARO MORALES AHUMADA

Santiago, treinta de mayo de dos mil doce.

#### VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que, mediante escrito de 2 de mayo de 2013, el abogado Jorge Morales Morales, por el requirente señor Álvaro Morales Ahumada, en razón de haberse puesto fin al litigio pendiente por medio una transacción suscrita entre las partes, como lo indica en lo principal de la presentación de fojas 58, pide a esta Magistratura Constitucional tener a esa parte por desistida de la acción deducida en estos autos;

2°. Que a los efectos previstos en el inciso tercero del artículo 46 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, mediante resolución de 10 de mayo de 2013 –fojas 65–, se ordenó comunicar la referida presentación al Presidente de la República, al Senado y a la Cámara de Diputados;

3°. Que, consta de estos autos que tanto las partes como los órganos constitucionales interesados, no evacuaron el traslado dentro de plazo, ni se opusieron al desistimiento.

SE RESUELVE:

**Téngase al requirente por desistido de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducida y por terminado este proceso constitucional.**

Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada en estos autos, oficiándose al efecto. Notifíquese.

Hecho, archívese.

**Rol N<sup>º</sup> 2.374-2012**

## ROL N<sup>º</sup> 2.375-2012

### REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 5, N<sup>º</sup> 3, DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR, DEDUCIDO POR ANACLARA VIDAURRÁZAGA LUXOR

Santiago, veinticuatro de enero de dos mil trece.

**Proveyendo a fojas 73, 83, 84 y 85:** estese a lo que se resolverá.

**Proveyendo a fojas 104:** por cumplido lo ordenado a fojas 64, agréguese a estos autos el oficio del Juzgado de Garantía de Puente Alto, N<sup>º</sup> 416-2013, ingresado con fecha 21 de enero del año en curso, por el que se remite copia de las piezas principales de la gestión judicial en que incide el presente requerimiento de inaplicabilidad.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que, con fecha 11 de diciembre de 2012, doña Anaclara Vidaurrágaga Luxor, ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup> del artículo 5<sup>º</sup> del Código de Justicia Militar, para que surta efectos en el proceso criminal sobre delito de apremios ilegítimos, RIT 8615-2012, RUC 1210019942-2, sustanciado ante el Juzgado

de Garantía de Puente Alto. Actualmente ese proceso se tramita ante la Corte de Apelaciones de San Miguel, bajo el Rol N° 1.745-2012, en virtud del recurso de apelación que interpusiere la requirente en contra de la resolución del aludido juzgado de garantía por la que se declaró incompetente para conocer del asunto penal;

2°. Que, a fojas 61, el señor Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento de autos ante la Segunda Sala de esta Magistratura;

3°. Que, con fecha tres de enero del año en curso, esta Sala admitió a tramitación el requerimiento deducido. En la misma oportunidad, para pronunciarse sobre la admisibilidad del requerimiento, confirió traslado por diez días al Ministerio Público en su condición de parte en la gestión judicial aludida y al General Director de Carabineros. Asimismo, requirió que el Juzgado de Garantía de Puente Alto enviara copia de las piezas principales de los autos RIT 8615-2012, RUC 1210019942-2;

4°. Que las partes emplazadas evacuaron el traslado dentro de plazo;

5°. Que el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Constitución Política establece 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, 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.*”;

6°. Que la preceptiva constitucional aludida precedentemente se complementa con la contenida en la Ley N° 17.997, 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<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.”;*

7<sup>º</sup>. Que, teniendo en consideración el mérito del proceso y los antecedentes que obran en autos, esta Sala ha llegado a la convicción de que no concurren los presupuestos constitucionales y legales antes transcritos para que la acción deducida pueda ser declarada admisible, toda vez que, tal como se explicitará en las motivaciones siguientes, el precepto objetado no es de aplicación decisiva, configurándose de esta manera la causal de inadmisibilidad contenida en el número 5<sup>º</sup> del ya transcrito artículo 84 de la Ley N<sup>º</sup> 17.997;

8<sup>º</sup>. Que, de conformidad a lo expuesto en el libelo de fojas 1, la actora –querellante en el proceso penal– ha solicitado a esta Magistratura la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 5<sup>º</sup>, N<sup>º</sup> 3<sup>º</sup>, del Código de Justicia Militar. Este precepto, en lo que se refiere al problema de constitucionalidad de autos, otorga competencia a la jurisdicción militar para conocer de los delitos comunes cometidos por militares en actos de servicio o con ocasión de los mismos. A juicio de la requirente, ese precepto, al permitir que la jurisdicción militar conozca de procesos penales en que se encuentran involucrados civiles en calidad de víctimas, vulnera los artículos 1<sup>º</sup>, 4<sup>º</sup>, 5<sup>º</sup>, inciso segundo, y 19, N<sup>os</sup> 1, 2 y 3, de la Constitución Política;

9<sup>º</sup>. Que la peticionaria ha expuesto que interpuso una querrela criminal por el delito de apremios ilegítimos frente a los malos tratos que le profirieran Carabineros de Chile, con ocasión de una protesta social en la que participó. Aplicando el precepto cuestionado de autos, el Juzgado de Garantía de Puente Alto se declaró incompetente para conocer de ese proceso penal, por cuanto al estar eventualmente involucrados en la comisión de los ilícitos Carabineros de Chile, correspondería su sustanciación y resolución a la jurisdicción militar. La requirente apeló la respectiva resolución del citado juzgado, solicitando a la Corte de Apelaciones de San Miguel que la revocara y que declarara que éste tiene competencia para conocer del proceso penal;

10<sup>º</sup>. Que, en el marco de la sustanciación del reseñado recurso la requirente solicitó la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto

objetado, a efectos de que la Corte de Apelaciones no lo pudiera aplicar para resolver el arbitrio y así declarara que el Juzgado de Garantía de Puente Alto es el que debe conocer y resolver el invocado proceso penal pendiente;

**11°.** Que, según consta de los antecedentes allegados a fojas 73 de estos autos, la Corte de Apelaciones de San Miguel acogió la apelación interpuesta, declarando que el Juzgado de Garantía de Puente Alto es competente para conocer del proceso penal por el delito de apremios ilegítimos. Para ello tuvo en consideración que, de conformidad a la jurisprudencia de la Corte Suprema, por aplicación del artículo 1° de la Ley N° 20.477, *“en ningún caso, los civiles y los menores de edad estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares, ni como imputados ni como ofendidos por un delito”*;

**12°.** Que, de lo anterior, resulta manifiesto que en el proceso penal por apremios ilegítimos se ha establecido con autoridad de cosa juzgada la competencia del Juzgado de Garantía de Puente Alto para conocer de él. De esta manera, la aplicación del precepto objetado ya no podrá producir efectos eventualmente inconstitucionales y ser decisivo, puesto que se encuentra zanjado el asunto en el que pudo aplicarse para su resolución. Por este motivo, como ya fuera señalado, el requerimiento de autos resulta inadmisibles por la causal N° 5° del artículo 84 de la Ley N° 17.997 y así se declarará.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo establecido en el artículo 93, inciso primero, N° 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política y en el N° 5° del artículo 84 y demás normas pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

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

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben.

Notifíquese, comuníquese y archívese.

**Rol N° 2.375-2012**

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, señores Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgún.



ROL N<sup>º</sup> 2.376-2012REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 157,  
INCISO CUARTO, DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE TRIBUNALES,  
DEDUCIDO POR CLEMENTE PONCE MOLINA

Santiago, veintiséis de diciembre de dos mil doce.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1°. Que, con fecha 11 de noviembre de 2012 Clemente Ponce Molina ha requerido a esta Magistratura Constitucional para que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso cuarto del artículo 157 del Código Orgánico de Tribunales, en el marco de un proceso penal seguido en su contra ante el 34° Juzgado del Crimen de Santiago, bajo el Rol N<sup>º</sup> 176.961-2003

2°. 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 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<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. 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, en síntesis, el requirente alega que se infringen sus derechos fundamentales, en la medida que, según señala, se le pretende juzgar por un delito cuya ejecución principió en la Embajada de Canadá en Chile, que, a su juicio, debe considerarse territorio extranjero, además de que

se habría investigado en dicha representación diplomática sin cumplir las formalidades de renuncia a la inmunidad de jurisdicción, alegando como vulneradas además diversas normas del Código Penal, del Código de Derecho Internacional Privado y de tratados internacionales;

6°. Que esta Magistratura Constitucional, en oportunidades anteriores y atendido el mérito de cada caso particular, ha determinado que el requerimiento de inaplicabilidad interpuesto adolece de vicios o defectos tales que hacen imposible que pueda prosperar, siendo, así, impertinente que la Sala respectiva efectúe un examen previo de admisión a trámite y procediendo que la misma declare derechamente la inadmisibilidad de la acción deducida;

7°. 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, toda vez que no cumple con las exigencias constitucionales y legales antes transcritas, al no concurrir el presupuesto de estar razonablemente fundado el libelo de fojas 1, configurándose, en la especie, la causal de inadmisibilidad del número 6° del ya transcrito artículo 84 de la Ley N<sup>º</sup> 17.997. En efecto, en el libelo de fojas 1 no se plantea un conflicto de constitucionalidad, sino que una cuestión de mera legalidad, en la medida que el requerimiento se sustenta en la determinación del sentido y alcance que debe darse a la competencia del Tribunal del Crimen a partir de la determinación de los efectos de la inmunidad diplomática y el lugar donde principió la ejecución del delito, alegándose como infringidas un conjunto de disposiciones de diversos cuerpos legales y de tratados internacionales;

8°. Que, como lo declarara esta magistratura en la sentencia de inadmisibilidad Rol N<sup>º</sup> 2353, *“la competencia de los tribunales es, en nuestro sistema constitucional, una materia propia de ley según los artículos 7°, 19, numeral 3°, y 76 de la Carta Fundamental. En dicho marco, la discusión acerca de la competencia que expresamente se asigne a cada tribunal en función del factor territorio es una materia propia de las atribuciones de judicatura ordinaria, y la aplicación de las normas que la regulen corresponde a una materia propia de la competencia de los jueces del fondo, escapando a la órbita de atribuciones de esta Magistratura”*;

9°. Que, en efecto, como lo ha señalado esta Magistratura, no es función de esta jurisdicción constitucional aclarar el sentido que tienen determinados preceptos, dado que esto último importa *“una cuestión de legalidad cuya resolución es propia de los jueces de fondo”* (STC roles N<sup>º</sup> 522, 1.214, 2.107 y 2.353), conflicto que no se encuentra dentro del marco de atribuciones de este órgano de jurisdicción constitucional;

10°. Que, a mayor abundamiento, siguiendo lo razonado en las sentencias roles N<sup>os</sup> 1.512 y 2.247 de este Tribunal, debe tenerse presente que el objeto de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las leyes, regulada en las normas constitucionales antes transcritas, *“es re-*

*solver acerca del efecto eventualmente inconstitucional que la aplicación de normas precisas de jerarquía legal pueda generar en la gestión judicial pendiente que se invoque en la respectiva presentación”, mas no examinar el mérito y la prudencia de lo obrado por los tribunales del fondo.*

**Y TENIENDO PRESENTE** lo establecido en el artículo 93, inciso primero, N° 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política y en el N° 3° del artículo 84 y demás normas pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE DECLARA inadmisibile el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas uno.** Téngase por no presentado para todos los efectos legales. Comuníquese al tribunal que conoce de la gestión invocada. Archívese.

**Rol N° 2.376-2012**

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 Carmo-na Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

**ROL N° 2.377-2012**

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 75 DE LA LEY  
N° 18.695 ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE  
MUNICIPALIDADES, DEDUCIDO POR LA CORTE  
DE APELACIONES DE RANCAGUA**

Santiago, diez de diciembre de dos mil trece.

**VISTOS:**

Con fecha 11 de diciembre de 2012, a fojas 1, la Corte de Apelaciones de Rancagua ha requerido a esta Magistratura Constitucional un pro-

nunciamiento relativo a la aplicabilidad o inaplicabilidad del artículo 75 de la Ley N<sup>º</sup> 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, en la causa sobre recurso de protección deducido por Ester Sepúlveda Guaico, en contra de la Alcaldesa de la Municipalidad de Codegua, de su asesor jurídico y del Contralor Regional de la VI Región, causa que se encuentra actualmente pendiente ante dicha Corte, bajo el Rol N<sup>º</sup> 1713-2012.

El precepto legal impugnado dispone, en su inciso primero, atingente en la especie, que:

*“Los cargos de concejales serán incompatibles con los de miembro de los consejos económicos y sociales provinciales y consejos comunales de organizaciones de la sociedad civil, así como con las funciones públicas señaladas en las letras a) y b) del artículo anterior. También lo serán con todo empleo, función o comisión que se desempeñe en la misma municipalidad y en las corporaciones o fundaciones en que ella participe, con excepción de los cargos profesionales no directivos en educación, salud o servicios municipalizados. En el caso de que estos últimos profesionales desempeñen a su vez el cargo de concejal, el alcalde deberá respetar la autonomía en el ejercicio de las funciones de los concejales, especialmente la facultad de fiscalización.”*

Como antecedentes de la gestión en que incide el requerimiento, conforme a los elementos documentales que obran en autos, con fecha 5 de diciembre de 2012 Ester Sepúlveda Guaico dedujo recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Rancagua, en contra de Ana María Silva Gutiérrez, Alcaldesa de la Municipalidad de Codegua; de Patrick Borgoño Valenzuela, asesor jurídico de la misma Municipalidad, y de Mario Quezada Fonseca, Contralor Regional de la VI Región, por cuanto ha recibido amenazas de los dos primeros, que estarían fundadas en el artículo 75 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, en orden a que si asume en el cargo de concejal, será destituida de su cargo de auxiliar paramédico del consultorio municipal de Codegua, cargo en el cual fue nombrada en febrero de 2007, en forma indefinida.

Luego, en octubre de 2012, Ester Sepúlveda participó en las elecciones de concejales de la misma municipalidad, como independiente apoyada por el pacto “*El Cambio por Ti*”, resultando electa democráticamente, en circunstancias que al momento de deducir la protección seguía desempeñándose como funcionaria pública municipal, no profesional.

En la acción cautelar interpuesta, la recurrente agrega que, requerido pronunciamiento del Contralor Regional a instancias de la Alcaldesa, aquél, por oficio N<sup>º</sup> 3502, de noviembre de 2012, se pronunció en el sentido de que ambos cargos eran incompatibles de acuerdo al artículo 75 en comento.

Sostiene la recurrente de protección que la incompatibilidad entre sus cargos de auxiliar paramédico y de concejal, dispuesta por el artículo 75, impugnado, es contraria a los artículos 1<sup>º</sup> y 19, N<sup>OS</sup> 2<sup>º</sup>, 16<sup>º</sup>, 17<sup>º</sup>, 24<sup>º</sup> y 26<sup>º</sup>, de la Constitución Política y a los artículos 23 y 24 de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos, agregando que este Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional el mismo precepto legal, en su sentencia de inaplicabilidad Rol N° 1.941.

En cuanto al conflicto constitucional planteado, la Corte de Apelaciones de Rancagua, en su auto motivado, de 10 de diciembre de 2012, agregado a fojas 60 de autos, decretó orden de no innovar y solicitó a esta Magistratura Constitucional su pronunciamiento acerca de la inaplicabilidad del artículo 75 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades en la gestión pendiente, toda vez que el recurso de protección se refiere precisamente a la distinción que surge de dicho precepto legal, en relación a la incompatibilidad entre el cargo de concejal y un empleo en la corporación municipal, según si dicho empleo es o no de rango profesional, de modo que para el segundo no habría incompatibilidad y para el primero sí, sin que parezca advertirse la razón de tal distingo que excluya una colisión con el artículo 19, N° 2°, de la Constitución, máxime si se tiene en cuenta lo ya resuelto por este Tribunal Constitucional en la sentencia Rol N° 1.941.

La Primera Sala de esta Magistratura, a fojas 62, 115 y 140, respectivamente, admitió a trámite el requerimiento, lo declaró admisible y ordenó la suspensión del procedimiento en la gestión en que incide.

A fojas 123, se confirió a los órganos constitucionales interesados y a las partes de la gestión judicial pendiente el plazo de 20 días para formular observaciones sobre el fondo de la acción de inaplicabilidad de autos.

Con fecha 11 de febrero de 2013, a fojas 145, Patricia Arriagada Villouta, Contralor General de la República subrogante, formula dentro de plazo observaciones al requerimiento, instando por su rechazo en virtud de las siguientes consideraciones:

Señala, en primer término, que, en el marco de sus atribuciones constitucionales y legales, y solicitado su pronunciamiento por la Alcaldesa de Codegua, la Contraloría Regional del Libertador General Bernardo O´Higgins emitió el aludido oficio N° 3502, que concluía que si Ester Sepúlveda asumía el cargo de concejal no podía seguir desempeñándose como empleada municipal regida por el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, por afectarle la causal de incompatibilidad del artículo 84, inciso primero, de la Ley N° 18.883, sobre Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, que dispone que *“todos los empleos a que se refiere el presente Estatuto serán incompatibles entre sí. Lo serán también con todo otro empleo o toda otra función que se preste al Estado, aun cuando los empleados o funcionarios de que se trate se encuentren regidos por normas distintas de las contenidas en este Estatuto. Se incluyen en esta incompatibilidad las funciones o cargos de elección popular”*.

Este pronunciamiento forma parte de las atribuciones dictaminadoras de la Contraloría, en cuanto implica interpretar normas que rigen al per-

sonal de la Administración del Estado y verificar la legalidad de los actos emitidos por las municipalidades, encontrándose en concordancia con la jurisprudencia uniforme de la Contraloría acerca de la incompatibilidad referida, contenida en varios otros dictámenes. En este sentido, atendido que la Ley N<sup>º</sup> 19.378, que establece el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, no contempla normas sobre incompatibilidad de cargos, es necesaria la remisión al referido artículo 84 de la Ley N<sup>º</sup> 18.883, norma supletoria conforme al artículo 4<sup>º</sup> de la misma Ley N<sup>º</sup> 19.378 y que establece la incompatibilidad, de modo que, asumido el cargo de elección popular de concejal, no es posible seguir desempeñando en la misma entidad edilicia un empleo regido por el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal.

En segundo lugar, sostiene la Contraloría que corresponde rechazar el requerimiento de inaplicabilidad de autos, toda vez que el artículo 75 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, impugnado, no es aplicable ni decisivo para resolver la gestión pendiente en el recurso de protección. En efecto, el oficio N<sup>º</sup> 3502 de la Contraloría Regional, que resolvió la incompatibilidad sobre la base del artículo 84 del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, alude a dicho artículo 75 únicamente en forma referencial y no decisoria, pues la eventual gestión pendiente en que podría recibir aplicación este último precepto legal es la declaración de incompatibilidad y de cesación en el cargo que pudiera afectar a un concejal conforme a la competencia del respectivo tribunal electoral regional, de acuerdo a los artículos 76 y 77 de la Ley N<sup>º</sup> 18.695, sin que tenga aplicación en el recurso de protección que constituye la gestión *sub lite*.

Lo anterior se ve corroborado en la sentencia de este Tribunal Constitucional Rol N<sup>º</sup> 1.941, citada por la Corte requirente, pues este fallo incidía, precisamente, en una gestión sobre solicitud de remoción del concejal señor Paillaleve, pendiente ante el Tribunal Electoral Regional de la X Región, y confirma que corresponde a los tribunales electorales y no a la Contraloría pronunciarse acerca del alcance del artículo 75 impugnado. En consecuencia, una eventual declaración de inaplicabilidad de este precepto no afectará la resolución del recurso de protección pendiente ante la Corte de Rancagua, pues la recurrente mantendrá su incompatibilidad conforme al artículo 84 de la Ley N<sup>º</sup> 18.883.

A fojas 197, se ordenó traer los autos en relación e incluirlos en el Rol de Asuntos en Estado de Tabla.

A fojas 211, se tuvo como parte al Consejo de Defensa del Estado, quien asume la defensa de la Contraloría General de la República en autos, y se agregó a los antecedentes la presentación del Consejo en que, primero, se reitera lo sostenido por la Contraloría en orden a que el artículo 75 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades no es

norma *decisoria litis* en la gestión pendiente, por ser aplicable en la especie el artículo 84 del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales. En esta última norma se basó el acto administrativo de la Contraloría Regional recurrido de protección, pues, como también se dijo, en relación con el artículo 75, la competencia exclusiva la tienen los tribunales electorales regionales.

En segundo término y en subsidio, el Consejo de Defensa del Estado postula que el artículo 75 cuestionado se encuentra ajustado a la Constitución y no es contrario a la garantía de la igualdad ante la ley. En efecto, se trata de un precepto que no discrimina arbitrariamente, respeta el principio de proporcionalidad y se encuentra razonablemente justificado, desde que el fundamento de la norma es proteger la independencia de los concejales y el debido cumplimiento de sus funciones fiscalizadoras, en concordancia con el artículo 119 de la Carta Fundamental.

La causa se agregó en la tabla de Pleno del día 9 de julio de 2013, fecha en que tuvo lugar la vista de la causa, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados Juan Pablo Bravo Retamal, por Ester Sepúlveda Guaico, y Alfredo Larreta Granger, por el Consejo de Defensa del Estado.

**Y CONSIDERANDO:**

I

CUESTIÓN SOMETIDA A ESTE TRIBUNAL

**PRIMERO.** Que, acorde con el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, de la Constitución Política, y según lo expuesto precedentemente, a fojas 1 y 60 de estos autos la Corte de Apelaciones de Rancagua ha presentado un requerimiento respecto del artículo 75, inciso primero, de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, cuyo texto consolidado está contenido en el D.F.L. N° 1, del Ministerio del Interior, de 2006. El cual debe entenderse formulado en relación a la parte que a continuación se resalta:

*“Los cargos de concejales serán incompatibles con los de miembro de los consejos económicos y sociales provinciales y consejos comunales de organizaciones de la sociedad civil, así como con las funciones públicas señaladas en las letras a) y b) del artículo anterior. También lo serán con todo empleo, función o comisión que se desempeñe en la misma municipalidad y en las corporaciones o fundaciones en que ella participe, con excepción de los cargos profesionales no directivos en educación, salud o servicios municipalizados. En el caso de que estos últimos profesionales desempeñen a su vez el cargo de concejal, el alcalde deberá respetar la autonomía en el ejercicio de las funciones de los concejales, especialmente la facultad de fiscalización.”.*



El problema radica en que dicha norma configura una causal cuyo efecto se traduce en la pérdida del cargo de concejal, previsto en el artículo 76 del mismo cuerpo jurídico, que dice así: “*Los concejales cesarán en el ejercicio de sus cargos por las siguientes causales: f) Incurrir en una contravención grave al principio de la probidad administrativa o en alguna de las incompatibilidades previstas en el inciso primero del artículo anterior*”;

## II PRECISIONES PREVIAS

**SEGUNDO.** Que en sentencia Rol N<sup>º</sup> 1.941 esta Magistratura razonó que, a la luz de la legislación administrativa chilena, las reglas sobre incompatibilidad de cargos tienen lugar cuando –dentro del Estado– se acumulan empleos o funciones públicos, y que al no poder desempeñarse simultáneamente por imposibilidad horaria o algún impedimento moral, fuerzan a su titular a abandonar el puesto anterior para conservar el nuevo.

De modo que, para lo que interesa, cabe distinguir dos situaciones distintas, reguladas por normas de alcance y naturaleza diferentes, según la sucesión en que se ocupen los diversos cargos. Precisamente porque la normativa aplicable varía, según se trate de una persona que, siendo empleado municipal, gana un cupo como concejal, o se trate de quien es concejal y adquiere un cargo como funcionario de la municipalidad;

**TERCERO.** Que la primera situación, esto es cuando un empleado municipal adquiere durante su desempeño como tal la calidad de concejal, se encuentra regida por las prescripciones pertinentes del respectivo estatuto administrativo, como son las contenidas en los artículos 84 y 85 de la Ley N<sup>º</sup> 18.883, aplicables supletoriamente al personal afecto al Estatuto de la Atención Primaria de Salud Municipal, aprobado por la Ley N<sup>º</sup> 19.378 (artículo 4<sup>º</sup>).

La situación inversa, vale decir cuando un concejal accede a un cargo de empleado municipal, se rige por el artículo 125 de la Carta Fundamental, el cual dispone que “*(l)as leyes orgánicas constitucionales respectivas establecerán las causales de cesación en los cargos de alcalde, consejero regional y concejal*”. Remisión que torna aplicable la Ley N<sup>º</sup> 18.695, único texto donde pueden encontrarse las causales que hacen procedente la expiración de funciones en el cargo de concejal: precisamente aquellas contempladas en sus artículos 75, inciso primero, y 76, letra f), relativas a la probidad administrativa y a la consiguiente incompatibilidad de cargos, derivada de la asunción de un nuevo y distinto empleo o función a prestar dentro del propio Estado;

**CUARTO.** Que la situación de doña Ester Pamela Sepúlveda Guaico se subsumiría en esa primera hipótesis, descrita en el párrafo primero del

considerando anterior. Dado que, a partir de febrero de 2007, ocupa en el Consultorio de la Municipalidad de Codegua la plaza de auxiliar paramédico, técnico de nivel superior, siendo después electa concejal de la misma entidad comunal en los comicios celebrados el 28 de octubre de 2012.

Por lo que le alcanzan las reglas de Ley N° 18.883, de 1989: tanto su artículo 84, relativo a la incompatibilidad de cargos, cuanto, asimismo, su artículo 85 siguiente, cuya letra c) permite el desempeño simultáneo de un cargo municipal con el ejercicio de un máximo de dos cargos de miembros de consejos o juntas directivas de organismos estatales. Sin que pueda entenderse –en concepto de este Tribunal– que la sustitución del “consejo” de desarrollo comunal por “concejo” municipal, efectuada por la Ley N° 19.130, de 1992, para otros efectos, relativos a la dirección edilicia superior, haya incidido para negar el beneficio estatutario que interesa en este caso;

**QUINTO.** Que, así entonces, aunque podría argüirse que el artículo 75 de la Ley N° 18.695 resulta ajeno a la cuestión, se estará, sin embargo, al hecho de que la propia Corte de Apelaciones requirente considera que dicho precepto podría aplicarse, para decidir el recurso de protección que constituye la gestión judicial pendiente en la especie.

Estimación que afianzan los pronunciamientos de la Contraloría General de la República acompañados en autos, según los cuales en el caso presente –así como en otros análogos– se aplica la Ley N° 18.883, aunque advirtiendo que ello es “sin perjuicio” de lo prescrito en los artículos 75 y 76, letra f), de la Ley N° 18.695 (fs. 6, 71, 76 y 146). Es más, en Dictamen N° 70.576, de 2009, dicha entidad fiscalizadora expresamente ha interpretado que el artículo 75 de la Ley N° 18.695 aparece “complementando” el artículo 84 de la Ley N° 18.883 (fs. 94).

En esta lógica, entonces, comoquiera que la antedicha incompatibilidad del artículo 75 de la Ley N° 18.695 pudiera hacerse extensiva a la persona antes individualizada, este Tribunal se pronunciará sobre el mismo y acogerá el presente requerimiento de inaplicabilidad, por considerar que la norma refutada carece de suficiente justificación constitucional;

### III ANTECEDENTES LEGALES

**SEXTO.** Que, por de pronto, conviene tener presente una regla estatutaria común, consistente en permitir que un empleado público se desempeñe a la vez en otro cargo como miembro de un órgano pluripersonal, según admiten las leyes N°s 18.834 (artículo 87, letra c) y 18.883 (artículo 85, letra c).

Lo que se explica por la circunstancia de que tales cuerpos colegiados, insertos en la estructura de los sujetos jurídicos pertenecientes a la Administración del Estado, no suelen reunirse sino en las ocasiones que prevén

sus estatutos, en sesiones ordinarias y extraordinarias especialmente convocadas al efecto, que se retribuyen con una dieta por asistencia mensual, de modo que este funcionamiento temporal es el que permite a sus miembros desarrollar otras funciones públicas, conjuntamente;

**SÉPTIMO.** Que, de otra parte, es útil considerar que al introducir la Ley N<sup>º</sup> 19.130 la incompatibilidad de que se trata en el citado artículo 75, ni en ella ni en los anales que dan cuenta de su gestación aparecen los motivos que se tuvieron en vista para establecerla. Tampoco en este proceso los órganos constitucionales interesados, a que se refiere el artículo 86, inciso segundo, de la Ley N<sup>º</sup> 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura, han estimado pertinente formular observaciones o presentar antecedentes, habiendo sido comunicados sobre el particular (fs. 126 a 128), por lo que no han aparecido nuevos antecedentes que conduzcan a este Tribunal a alterar la doctrina sustentada en la sentencia Rol N<sup>º</sup> 1.941.

Correspondiendo mencionar que solamente con ocasión de dictarse la Ley N<sup>º</sup> 20.033 (Boletín 2.892-06), que hizo extensiva dicha incompatibilidad a las corporaciones y fundaciones en que participa la municipalidad, se dejó constancia de que ésta *“tiende a velar por la independencia de los concejales en su actuar, y en tal orden de consideraciones es mejor para el sistema que aquéllos no tengan vinculación salarial con el municipio del que forman parte”* (Cámara de Diputados, Primer Trámite Constitucional, informe de la Comisión de Gobierno Interior, Regionalización, Planificación y Desarrollo Social, 29 de julio de 2003, pág. 104);

**OCTAVO.** Que, empero, se omitió explicar en esa oportunidad por qué tal inconveniente dependencia salarial, para seguir siendo concejal, no se presentaría en el caso de los *“profesionales no directivos en educación, salud o servicios municipalizados”*, en beneficio de los cuales se formula una considerable *“excepción”*, que los faculta para mantener ambos cargos.

Dicha excepción, pues, al desconocer –sin atinentes fundamentos– aquello que constituiría la razón de ser de la norma, distorsiona íntegramente la prohibición puesta en general por el artículo 75 en cuestión. Al paso que, si la desigualdad entre quienes tienen un título profesional y quienes no poseen esta credencial puede ser atendible para otros menesteres estatutarios y legales, no se divisa razón para incorporarla en este ámbito, ya que ni la Constitución (artículo 124, inciso primero) ni la Ley N<sup>º</sup> 18.695 (artículo 73) exigen para ser elegido concejal contar con un determinado nivel de estudios superiores;

#### IV PROBIDAD E INCOMPATIBILIDADES

**NOVENO.** Que, por cierto, la concreción del principio de probidad recogido actualmente en el artículo 8<sup>º</sup>, inciso segundo, de la Carta Fundamental, exige una conducta intachable y un desempeño honesto y leal de

toda función o cargo que se ejerza en la Administración del Estado, con preeminencia del interés general sobre el particular, de forma que todas las autoridades deben caracterizarse –en lo que importa– por lo razonable e imparcial de sus decisiones, acorde con los artículos 52 y 53 de la Ley N° 18.575 (STC rolos N°s 1.413, cc. decimotercero y decimocuarto, y 1.941, c. octavo).

Siendo de recordar que, como en el pasado se entendía que la tenencia de un cargo previo podía comprometer algún interés al ejercer un nuevo cargo público, tal dualidad implicaba el inmediato cese en el primero, por aplicación del artículo 162 del antiguo estatuto administrativo consagrado en el D.F.L. N° 338, de 1960 (Dictámenes 58.805 y 68.821, ambos de 1966, de la Contraloría General de la República), tal como se dispuso –en su momento– para el caso de los regidores por la Ley N° 16.250 (artículo 36) y de los miembros del consejo de desarrollo comunal por la primitiva Ley N° 18.695 (artículo 73);

**DÉCIMO.** Que, en la actualidad, no obstante, un hipotético conflicto de intereses, representado por cualquier circunstancia que a las autoridades competentes les reste imparcialidad, sólo hace exigible de su parte una abstención o continencia, para participar en aquellas específicas decisiones o acuerdos donde pueda concurrir esa concreta inhabilidad, conforme se desprende de las leyes N°s 18.575 (artículo 62, N° 6) y 19.880 (artículo 12, inciso segundo, N° 5). Ello, sin perjuicio de que el legislador pueda establecer que la infracción que dicha falta de abstención produzca, genere una sanción disciplinaria, la que puede llegar hasta la destitución. Por ejemplo, los consejeros del Banco Central, sujetos a cierto procedimiento, pueden ser objeto de remoción en caso de infringir la no intervención en ciertos asuntos. Lo mismo sucede con la infracción al principio de probidad, que puede culminar en una sanción disciplinaria de destitución.

Cuando la Constitución obliga a una determinada legislación con un sentido determinado, en materia de conflictos de intereses, lo ha dicho expresamente. Así sucede con los conflictos de intereses entre la función pública y los intereses privados (artículo 8°, incisos tercero y cuarto).

De este modo, los concejales, en el ejercicio de sus cargos, únicamente se encuentran impedidos de intervenir en la fiscalización o cualquier otra determinación relativas a las unidades y servicios subalternos donde puedan laborar como funcionarios municipales;

## V

### ACCESO Y PERMANENCIA EN CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR

**DECIMOPRIMERO.** Que la promoción del derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, incluido por el artículo

1º, inciso quinto, de la Constitución dentro de las Bases de la Institucionalidad, obviamente adquiere una significación concreta en la consolidación del país como república democrática, amén dispone el artículo 4º siguiente. Específicamente, en lo que hace a las condiciones legales para ser admitido y permanecer en los cargos de elección popular.

Esto es: la membresía en los órganos administrativos de generación electoral, como son los concejos comunales, según el artículo 119 constitucional, debe abrirse en función de hacerla accesible a todos quienes puedan materializar la participación de la comunidad local. Por lo que el establecimiento de incompatibilidades, que impiden incorporarse a tales cuerpos colegiados u obran como causales de expulsión de ellos, debe reservarse para operar en supuestos de derecho estricto, donde no existan otras opciones menos lesivas pero igualmente efectivas tendientes a cautelar el orden institucional y la plena vigencia del principio de probidad;

**DECIMOSEGUNDO.** Que en otras oportunidades este Tribunal se ha referido al derecho reconocido en el artículo 19, N<sup>º</sup> 17º, de la Constitución, que asegura la admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que ella y las leyes impongan. Vinculándolo lógicamente con el artículo 38, inciso primero, de la misma Carta Suprema, cuando manda que la ley orgánica constitucional consagratória de los principios básicos imperantes dentro de la Administración, debe asimismo garantizar la igualdad de oportunidades de ingreso a ella (STC roles N<sup>os</sup> 375, 805, 1.170, 1.803 y 1.941).

A cuyo respecto se entiende que es válido requerir a las personas ciertas condiciones para aspirar a ser admitidas en una función pública, y aun para mantenerse en ella, sobre la base de factores vinculados a la idoneidad, el mérito y la disposición al trabajo. Pero sin que en estas exigencias pueda comprenderse el sacrificio innecesario de tener que abandonar un empleo en la medida que pueda compatibilizarse con el ejercicio de otro cargo;

**DECIMOTERCERO.** Que, ejemplo de lo anterior, es que a los propios funcionarios afectos al Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal se les reconoce la posibilidad de arrimar hasta el cargo de alcalde de la misma corporación edilicia, sin tener que dejar por ello su empleo titular.

Puesto que la Ley N<sup>º</sup> 19.378 dispuso que *“(los funcionarios regidos por esta ley, que fueren elegidos alcaldes en conformidad con lo dispuesto en la ley N<sup>º</sup> 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, tendrán derecho a que se les conceda permiso sin goce de remuneraciones respecto de las funciones que estuvieren sirviendo en calidad de titulares, por todo el tiempo que comprenda su desempeño alcaldicio)”* (artículo 17, inciso cuarto);

**DECIMOCUARTO.** Que, en síntesis, es anticonstitucional la norma cuya aplicación da por resultado que un concejal deba ser relevado de su

cargo, por el hecho de venir ejerciendo un empleo adquirido con antelación en la misma entidad municipal.

Porque, en la forma como se ha explicado, ambas funciones pueden cumplirse a cabalidad, sin afectar sus respectivos deberes ni el principio de probidad.

Y **TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en los artículos 93, inciso primero, N° 6°, y undécimo, y demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**Que se acoge el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas 1 y 60.** Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada en autos, a fojas 140, oficiándose al efecto.

**El Ministro señor Gonzalo García Pino previene** que concurre a la decisión contenida en la sentencia, pero en base a las consideraciones que se consignan a continuación:

**1°.** Que, para abordar la decisión del asunto sometido al Tribunal Constitucional resulta necesario precisar claramente el conflicto de constitucionalidad planteado por el requirente. La principal dimensión del razonamiento de esta sentencia está sostenida en cuestiones de legalidad como la naturaleza de las incompatibilidades y la identificación de su estatuto aplicable. Sin embargo, el requerimiento se funda en una infracción a la igualdad ante la ley y de interdicción de la discriminación, razón por la cual esta argumentación es plausible y así se declarará según se pasa a explicar;

**2°.** Que, en ese sentido, la Corte de Apelaciones de Rancagua solicita que esta Magistratura declare la aplicabilidad o inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto legal contenido en el inciso primero del artículo 75 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, en la parte que señala –“*También lo serán con todo empleo, función o comisión que se desempeñe en la misma municipalidad y en las corporaciones o fundaciones en que ella participe, con excepción de los cargos profesionales no directivos en educación, salud o servicios municipalizados*”– en la causa Rol N° 1.713, sobre recurso de protección deducido por doña Ester Sepúlveda Guaico en contra de la Alcaldesa de la Municipalidad de Codegua y de la Contraloría Regional de Libertador General Bernardo O’Higgins, seguida ante la misma Corte requirente;

**3°.** Que, por su parte, a fojas 60, la Corte afirma que atendido el mérito de los antecedentes, “*la distinción que surge del mencionado artículo, en cuanto a la incompatibilidad entre el cargo de concejal y el empleo en la corpo-*

*ración municipal, según si ese empleo es o no de rango profesional, de modo que para el segundo no habría incompatibilidad y para el primero sí, sin que parezca advertirse la razón de tal distingo que excluya una colisión del precepto con el artículo 19, N<sup>º</sup> 2, de la Constitución Política de la República, máxime lo ya resuelto por el Tribunal Constitucional con fecha 31 de enero del año en curso, en sus autos 1.941”;*

4°. Que, asimismo, según consta a fojas 44 y 45, doña Ester Sepúlveda Guaico dedujo recurso de protección ante la Corte requirente por estimar vulnerados los derechos asegurados en los artículos 1° y 19 N<sup>os</sup> 2°, 16°, inciso segundo, 17°, 24° y 26° de la Constitución Política de la República, además de los artículos 23, N<sup>º</sup> 1°, letra c), y 24 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos;

5°. Que, en lo que respecta a la competencia de esta Magistratura, la actora en el recurso de protección de que conoce la Corte de Apelaciones de Rancagua fundamenta la transgresión de dichas normas constitucionales en la circunstancia de que al concederse, por el artículo 75 de la Ley N<sup>º</sup> 18.695 a un cierto grupo de personas (profesionales que ejercen cargos no directivos en servicios de salud municipalizados) un privilegio o beneficio que a otras personas (funcionarios profesionales que ejercen cargos directivos como también a los funcionarios no profesionales de los mismos servicios), se les ha negado, sin expresión de causa ni razón lógica, se ha incurrido en una discriminación arbitraria que impide a estas últimas ejercer el cargo de concejal, para el que han sido electas, manteniendo, a la vez, su cargo de funcionario municipal. Precisamente ésta es la razón por la cual la concejal Ester Sepúlveda Guaico interpuso recurso de protección en contra de la Alcaldesa de la Municipalidad de Codegua y de la Contraloría Regional de Libertador General Bernardo O’Higgins ante la Corte requirente;

6°. Que siendo, en consecuencia, la eventual infracción a la igualdad ante la ley el principal vicio de constitucionalidad aducido por el requirente resulta necesario centrar el pronunciamiento sobre él, sin perjuicio de tener presente que los demás vicios de constitucionalidad alegados se ordenan también a dicha argumentación;

7°. Que, sobre la base de lo expresado, es preciso recordar la jurisprudencia ya reiterada de este Tribunal en torno al derecho a la igualdad ante la ley.

En ese orden de ideas, se ha afirmado que *“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, pue-*

de establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales siempre que ello no revista el carácter de arbitrario” (Rol N° 986/2008). 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 Rol N° 128). De esta forma, un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentren en la misma situación prevista por el legislador.” (STC Rol N° 755, c. vigesimooctavo).

Luego, el primer paso para determinar si existe una infracción a la igualdad ante la ley, en este caso concreto, consiste en analizar si existe una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar para, enseguida, analizar su fundamentación o razonabilidad (ver también STC roles N°s 790, 825, 829, 834 y 1.340).”;

8°. Que, aplicando dichos criterios, debe recordarse que el precepto legal impugnado en esta oportunidad consagra una incompatibilidad entre los cargos de concejales y “todo empleo, función o comisión que se desempeñe en la misma Municipalidad y en las corporaciones o fundaciones en que ella participe”, incompatibilidad que, en todo caso, no es absoluta, pues no afecta a quienes desempeñen “**cargos profesionales no directivos** en educación, salud o servicios municipalizados.” Así, la mencionada incompatibilidad afecta tanto a quienes desempeñan cargos profesionales directivos en educación, salud o servicios municipalizados como al resto del personal municipal no profesional. En este caso, la concejal afectada se desempeña como Auxiliar Paramédico categoría C, en el Consultorio Municipal de Codegua, y por tanto, se encuentra comprendida en el “*personal municipal no profesional*”, de conformidad con el artículo 5° de la Ley N° 19.378 –que establece el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal–, y en concordancia con el artículo tercero transitorio de la Ley N° 20.157. El desempeño de este cargo fundamenta el pronunciamiento de la Contraloría Regional respecto a la incompatibilidad, y finalmente, la Ordenanza suscrita por la Alcaldesa de la Municipalidad de Codegua, según consta a fojas 5;

9°. Que, a la luz de lo expresado, resulta evidente que la norma legal reprochada consagra una diferencia de trato entre dos categorías de personas que se encuentran en una condición similar, pues todas ejercen cargos dentro de la Municipalidad –profesionales o no–. No obstante, sólo aquéllas que ejerzan **cargos profesionales no directivos** en educación, salud o servicios municipalizados no se encuentran afectos a la incompatibilidad establecida por el inciso primero del artículo 75 de la Ley N° 18.695, mientras que quienes ejerzan cualquier otro tipo de cargo municipal sí aparecen afectos a ella;



**10°.** Que, constatado que, en la especie, existe una diferencia de trato entre dos categorías similares de personas, es necesario examinar si dicha diferencia es razonable, esto es, si es idónea y necesaria, atendida la finalidad de la norma, y si, además, es proporcional. Este criterio ha sido sentado, especialmente en las STC roles N<sup>OS</sup> 755 y 790, cuando se ha afirmado que *“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.”*;

**11°.** Que la historia de las leyes que han modificado el artículo 75 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, en lo referente a la incompatibilidad que se examina, no dan cuenta de una razón suficiente que justifique introducir diferencias, entre las distintas personas que se desempeñan en las municipalidades, en lo que se refiere al desempeño del cargo de concejal. Lo anterior resulta relevante, porque el texto primitivo del aludido artículo 75, establecía una incompatibilidad amplia que aludía a *“los funcionarios y trabajadores municipales”* sin distinción. La Ley N<sup>º</sup> 19.130 consagró, por primera vez, una excepción a dicha incompatibilidad vinculada a *“los cargos profesionales en educación, salud o servicios municipalizados”*, mientras que la Ley N<sup>º</sup> 20.033 circunscribió, aún más dicha excepción, haciéndola aplicable solamente a los cargos profesionales *“no directivos”* en educación, salud o servicios municipalizados. De este modo, las progresivas modificaciones que fue experimentando el artículo 75 de la Ley N<sup>º</sup> 18.695 tuvieron por objeto garantizar la máxima autonomía e independencia de los concejales, en especial, respecto de sus facultades fiscalizadoras sobre la gestión municipal.

Sin embargo, en la misma discusión parlamentaria de las referidas modificaciones pareció vislumbrarse que este imperativo debía cumplirse especialmente respecto de los cargos profesionales que se desempeñaran en la Municipalidad. Fue así como en el debate sostenido en la Cámara de Diputados, respecto de la Ley N<sup>º</sup> 20.033, la diputada informante del proyecto de ley, Eliana Caraball, precisó que *“se presentó una indicación de reemplazar en el segundo párrafo del inciso primero del artículo 75, la expresión (con excepción de los cargos) ‘profesionales en educación’ por ‘no profesionales de’, indicación que fue aprobada por unanimidad”*, pero que luego no apareció en el proyecto definitivo (Historia de la Ley N<sup>º</sup> 20.033, p. 199). En otras palabras, el legislador no dejó constancia de por qué excepcionó de la incompatibilidad analizada sólo a los cargos profesionales no directivos de la Municipalidad en desmedro de todos los restantes.

**12°.** Que, desde esta perspectiva, y en concepto de quien previene, no es posible sostener que, en este caso, el legislador haya cumplido con los

requisitos de idoneidad y necesidad de la diferencia introducida por el precepto legal cuestionado si el cumplimiento de la exigencia de probidad es inherente al ejercicio de toda función pública sin que aparezca justificado eximir de ella a quienes desempeñan determinado tipo de cargos como los profesionales no directivos en las Municipalidades;

**13°.** Que, igualmente, no puede estimarse que se haya dado cumplimiento por el legislador al requisito de proporcionalidad, pues el gravamen de no poder ejercer el cargo de concejal para el que la afectada ha sido electa, por no estar beneficiado por la exención a la incompatibilidad prevista en la norma analizada, coarta el ejercicio de un cargo público de elección popular –que, además, es una manifestación del ejercicio de la soberanía nacional– frente al propósito de proteger la independencia y objetividad de los concejales que, muy difícilmente, puede verse afectada por un paramédico que se desempeña en el Servicio de Salud Municipal. No existe, por tanto, ninguna equivalencia entre el gravamen que afecta al destinatario de la norma en este caso y la finalidad genérica que ella ha pretendido cautelar;

**14°.** Que, en base a lo expresado, la aplicación del párrafo impugnado del artículo 75 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, resulta contraria, a juicio de quien previene, al derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N° 2° de la Ley Fundamental;

**15°.** Que, como se sostuvo en el considerando 6°, los demás vicios de constitucionalidad se ordenan al juicio de igualdad de trato en el caso de autos. Esto es particularmente clave en el análisis de la supuesta incompatibilidad de cargos entre ser concejal de la comuna y paramédico del Servicio de Salud Municipal;

**16°.** Que el cargo de concejal, es un cargo de elección popular, de un plazo temporal de 4 años, que no implica un ejercicio laboral a tiempo completo, que está remunerado por una dieta por asistir efectivamente a las sesiones del Concejo Municipal, cuerpo colegiado del cual es parte, y, por tanto, completamente compatible con el desarrollo de otra labor;

**17°.** Que esta compatibilidad la ha reconocido el legislador en los siguientes términos del artículo 75, inciso final, de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades: *“Sin perjuicio de lo establecido en la presente ley, a los concejales no les será aplicable la incompatibilidad establecida en el inciso primero del artículo 86 de la Ley N° 18.834”*;

**18°.** *Que, para una mayor comprensión de esta regla se transcribe el artículo 86, inciso primero, de la Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo, Artículo 86. Todos los empleos a que se refiere el presente Estatuto serán incompatibles entre sí. Lo serán también con todo otro empleo o toda otra función que se preste al Estado, aun cuando los empleados o funcionarios de que se trate se encuentren regidos por normas distintas de las contenidas en este Estatuto. Se incluyen en esta incompatibilidad las funciones o cargos de elección popular.”*;

19°. Que, por tanto, desaparecida la condición discriminatoria por el examen de igualdad de trato realizada, no existe la incompatibilidad aludida. Todo lo anterior, no obsta, a que el concejal debe cumplir con los naturales deberes que exige el principio de probidad y el ejercicio de la facultad de fiscalización respecto del servicio en el que se desempeña. Todo ello, en consideración de un riguroso cumplimiento de los deberes de abstención que las leyes 18.575 (artículo 62, numeral 6°) y 19.880 (artículo 12, inciso 2°, numeral 5°) le imponen;

20°. Que, por otra parte, no parece afectada la garantía contenida en el artículo 19, N<sup>º</sup> 17°, de la Constitución Política, pues, en principio, se cumpliría, en la especie, un requisito previsto en la ley –la incompatibilidad entre el cargo de concejal y el ejercicio de un cargo municipal–, para la admisión a las funciones y empleos públicos. Como se ha visto, la discriminación arbitraria que el cumplimiento de ese requisito legal supone es la que configura, en este caso concreto, una aplicación inconstitucional de la norma que el requirente ha reprochado en estos autos;

**Acordada con el voto en contra de la Presidenta del Tribunal, Ministra señora Marisol Peña Torres, y de los Ministros señores Francisco Fernández Fredes y Domingo Hernández Emparanza**, quienes consideraron que el precepto legal impugnado en estos autos –el artículo 75 de la Ley N<sup>º</sup> 18.695– no resulta decisivo para la decisión del recurso de protección que pende ante la Corte de Apelaciones de Rancagua, en base al mismo criterio sustentado en el voto de minoría de la resolución de admisibilidad que rola a fojas 118 de estos autos, lo que debe conducir al rechazo de la acción deducida. Se basan, especialmente, para sustentar esta conclusión en que, aun cuando la Corte de Apelaciones de Rancagua acogiese el recurso de protección *sub lite*, igualmente la requirente quedaría afecta a la incompatibilidad entre el cargo municipal que ejerce y el de concejal por efecto de lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley N<sup>º</sup> 18.883 – que aprueba el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales– y que no fue impugnado en esta sede. Tienen presente, para estos efectos, la jurisprudencia de este Tribunal recaída, entre otras, en las sentencias de inadmisibilidad roles N<sup>OS</sup> 1.972 y 2.193.

**Acordada con el voto en contra del Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto**, quien estuvo por rechazar el requerimiento de inaplicabilidad en virtud de las siguientes consideraciones:

1°. Que, para emitir un pronunciamiento sobre el fondo del requerimiento de inaplicabilidad interpuesto, debe tenerse presente que ha sido el propio tribunal en que se sigue una gestión judicial –la Corte de Apelaciones de Rancagua– el que ha planteado la inaplicabilidad del artículo 75 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

Si el tribunal que ha de resolver un litigio es el que solicita de esta Magistratura un pronunciamiento sobre la conformidad a la Constitución de un precepto legal que, de aplicarse en la gestión judicial de que aquel conoce, colisionaría con el artículo 19, N° 2, de la Carta Fundamental, no cabe sino aceptar que el precepto legal cuestionado tiene un carácter *decisoria litis*, pues ha sido el órgano jurisdiccional al que corresponde determinar el derecho aplicable quien ha solicitado que el Tribunal Constitucional ejerza la atribución que le confiere el artículo 93, N° 6, de la Constitución Política;

2°. Que, en lo que interesa al caso que nos ocupa, el precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita establece la incompatibilidad entre el cargo de concejal y todo empleo, función o comisión que se desempeñe en la misma municipalidad en la que se es concejal, como también en las corporaciones o fundaciones en que ella participe, exceptuándose únicamente de la incompatibilidad los cargos profesionales no directivos en educación, salud o servicios municipalizados;

3°. Que, atendido lo dispuesto en el artículo 119 de la Constitución Política, que contempla la existencia en cada municipalidad de un concejo, órgano encargado, entre otras, de funciones normativas y fiscalizadoras, no es difícil entender que la incompatibilidad que con carácter general establece el artículo 75, inciso primero, de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, entre el cargo de concejal, por una parte, y los empleos, funciones o comisiones municipales, por otra, obedece al propósito de velar por la independencia de los concejales en su actuar, el que puede verse comprometido si obtienen ingresos y trabajan en la misma municipalidad o en las corporaciones o fundaciones en que ella participa;

4°. Que, existiendo un fundamento razonable para el establecimiento de la incompatibilidad antes indicada, ella no puede ser considerada contraria a la garantía constitucional de igualdad ante la ley, la que prohíbe sólo la existencia de diferencias arbitrarias o carentes de justificación;

5°. Que, por las consideraciones expuestas, el Ministro que suscribe esta disidencia estima que el precepto legal impugnado no incurre en una diferenciación arbitraria y, por consiguiente, no infringe en su aplicación el artículo 19, N° 2, de la Carta Fundamental.

Redactó la sentencia el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, la prevención el Ministro que la suscribe, la primera disidencia el Ministro señor Francisco Fernández Fredes y la segunda, su autor.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 2.377-2012**

Se certifica que el Ministro señor Juan José Romero Guzmán concurrió al acuerdo y fallo, pero no firma por encontrarse en comisión de servicio en el exterior.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora Marisol Peña Torres, y por los Ministros señores 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 y señora María Luisa Brahm Barril. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

## ROL N<sup>º</sup> 2.378-2012

### REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 503, INCISO PRIMERO, Y 506 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, DEDUCIDO POR NÚCLEO PAISAJISMO S.A.

Santiago, veintidós de enero de dos mil trece.

Proveyendo a fojas 130, téngase por acompañado el documento, bajo apercebimiento legal.

Proveyendo a lo principal de fojas 122, téngase por evacuado el traslado conferido; al primer y cuarto otrosíes, téngase presente; al segundo otrosí, estése a lo resuelto a fojas 130, y al tercer otrosí, téngase presente y por acompañado el documento, bajo apercebimiento legal.

#### VISTOS Y CONSIDERANDO:

1<sup>º</sup>. Que, por resolución de 26 de diciembre de 2012, esta Sala admitió a tramitación el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido en estos autos por José Cámpora Villagrán, en representación de Núcleo Paisajismo S.A., respecto de los artículos 503, inciso primero, y 506 del Código del Trabajo, en la causa seguida ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso bajo el Rol IC N<sup>º</sup> 424-2012, caratulada “*Núcleo Paisajismo S.A. con Dirección del Trabajo*”;

En la misma resolución citada, para pronunciarse acerca de la admisibilidad del requerimiento, se confirió traslado por el plazo de diez

días a la Dirección del Trabajo, traslado que fue evacuado en tiempo y forma;

2°. 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 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, 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.”;*

4°. Que, conforme sostiene el Consejo de Defensa del Estado, en representación de la Dirección del Trabajo, a fojas 122 y siguientes, con fecha 27 de diciembre de 2012, la Corte de Apelaciones de Valparaíso

rechazó por improcedente la reposición deducida por Núcleo Paisajismo S.A. respecto de la sentencia de 17 de diciembre de 2012, en que la Corte aludida rechazó el recurso de nulidad interpuesto por la misma actora en la gestión en que incide la acción de inaplicabilidad de autos.

Por otro lado, conforme a lo ordenado por esta Sala mediante resolución de 17 de enero de 2013, a fojas 133 y con fecha 18 de enero de 2013, la Secretaria de este Tribunal Constitucional certificó el rechazo de los recursos aludidos por la Corte de Apelaciones de Valparaíso y la devolución del expediente al tribunal *a quo* con fecha 10 de enero de 2013.

5°. Que, conforme a lo expuesto en el considerando precedente, el requerimiento de inaplicabilidad interpuesto en estos autos no cumple con la exigencia constitucional y legal de incidir en una gestión judicial pendiente ante un tribunal ordinario o especial, toda vez que la causa Rol IC N° 424-2012, seguida ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, se encuentra concluida por sentencia firme o ejecutoriada.

En consecuencia, concurre en la especie la causal de inadmisibilidad establecida en el numeral 3 del artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional;

**Y TENIENDO PRESENTE** lo establecido en el artículo 93, inciso primero, N° 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política y en el N° 3 del artículo 84 y demás normas citadas y pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**Que se declara inadmisibile el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas uno.** Téngase por no presentado para todos los efectos legales.

Notifíquese.

Comuníquese al Tribunal que ha conocido de la gestión judicial invocada.

Archívese

**Rol N° 2.378-2012**

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 y José Antonio Viera-Gallo Quesney. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

ROL Nº 2.379-2012

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 5º, INCISO  
SEGUNDO, DE LA LEY Nº 20.285, EN LA PARTE QUE SEÑALA  
“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”,  
DEDUCIDO POR RODRIGO UBILLA MACKENNEY,  
SUBSECRETARIO DEL INTERIOR

Santiago, veintinueve de enero de dos mil catorce.

**VISTOS:**

Con fecha 12 de diciembre de 2012, Rodrigo Ubilla Mackenney, por sí y en representación de la Subsecretaría del Interior, ha requerido a esta magistratura la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 5º de la Ley Nº 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en la parte que dispone que es pública “*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*”, por vulnerar en su aplicación lo dispuesto por los artículos 6º, 7º, 8º y 19 Nºs 2º, 3º, 4º, 5º y 26º, de la Carta Fundamental.

La gestión invocada es la reclamación de ilegalidad seguida en contra del Consejo para la Transparencia, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol Nº 7369-2012, referida a una solicitud de acceso a información, por medio de la cual los diputados Patricio Hales, Adriana Muñoz, Felipe Harboe, María Antonieta Saa, Sergio Aguiló, Carlos Abel Jarpa, Gabriel Ascencio, Carlos Montes, José Miguel Ortíz, Cristina Girardi y el Senador don Alejandro Navarro requirieron a dicha Subsecretaría la entrega de copia de correos electrónicos, antecedentes y expedientes administrativos, relativos a la calificación de exonerados políticos de 1742 personas, tras haberse efectuado una denuncia pública de irregularidades en ello por parte del requirente.

Cabe señalar que a dicha solicitud de información se opusieron 33 personas en calidad de interesadas, todas calificadas como exoneradas.

La Subsecretaría del Interior accedió a la entrega de la información respecto de quienes fueron calificados como exonerados y no formularon oposición, denegando a su vez la entrega de los correos electrónicos solicitados, fundándose en la garantía constitucional del artículo 19, numeral 5º, de la Carta Fundamental y, consecuencialmente, en la causal del artículo 21, numeral 2º, de la Ley Nº 20.285.



Atendido el costo de las copias a entregar, más de 4 millones de pesos, los solicitantes dedujeron un amparo de información ante el Consejo Para la Transparencia, solicitando que los antecedentes fueran proporcionados en formato digital, requiriendo además la entrega de los correos electrónicos involucrados en el proceso, denegados por la Subsecretaría, órgano que contestó reiterando lo resuelto. Finalmente, el Consejo Para la Transparencia acogió la solicitud de amparo de información.

Exponiendo argumentos constitucionales sustantivos similares a los ya conocidos por este Tribunal en casos anteriores, referidos al mismo precepto, y agregando abundantes citas de jurisprudencia comparada, el requirente estima que, de aplicarse la preceptiva impugnada, se vulneran diversas disposiciones constitucionales, al excederse el principio de publicidad, aplicándolo a correos electrónicos amparados por las garantías constitucionales de la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones, además de las garantías del debido proceso, la igualdad ante la ley y el contenido esencial de todas ellas, reconocidas expresamente en el artículo 19 de la Carta Fundamental, en sus numerales 2<sup>º</sup>, 3<sup>º</sup>, 4<sup>º</sup>, 5<sup>º</sup> y 26<sup>º</sup>, a las cuales se refiere en detalle,

Concluye que todo lo expuesto acarrea una violación frontal al principio de supremacía constitucional del artículo 6<sup>º</sup> de la norma suprema y al principio de competencia de su artículo 7<sup>º</sup>, al arrogarse el Consejo Para la Transparencia potestades que exceden las que el ordenamiento jurídico le ha conferido, extendiéndolas en decisiones anteriores a correos electrónicos que no son información pública, pues no todo lo que obra en poder de la Administración puede ser público.

Expone que si bien la Ley N<sup>º</sup> 20.285 fue sometida a control, ello no puede amparar eventuales vulneraciones de derechos fundamentales, agregando que ese pronunciamiento es diferente al que se emite en sede de inaplicabilidad, según se señaló en la misma sentencia de control preventivo Rol N<sup>º</sup> 1.051.

Argumenta que el derecho de acceso a información no es absoluto, según se desprende del propio artículo 8<sup>º</sup> de la Constitución Política, pues la casilla de correo institucional es una forma de comunicación, en la cual además se emiten opiniones y juicios personales, muchas veces amparados por secreto profesional y, en este caso, por el privilegio deliberativo de la autoridad pública. Señala que las opiniones vertidas en mensajes son personales, limitadas y no necesariamente institucionales y que este medio no es una excepción a la garantía de resguardo de la privacidad, sobre todo si los derechos fundamentales solo pueden limitarse por ley y no por actos de la Administración.

Se refiere latamente a la necesidad de habilitación legal expresa para interceptar comunicaciones, que en la especie no concurre, y que si existiera no podría afectar el núcleo esencial del derecho, a lo que hay que

sumar la razonable expectativa de privacidad que todo funcionario público ha depositado en sus correos electrónicos, de la cual se ven privados en un trato discriminatorio, sin debido proceso al no establecerse los medios de resguardo para defender su privacidad ni el contenido de sus correos y sin conocer previamente que sus correos pueden verse expuestos.

Con fecha 19 de diciembre de 2012, la Primera Sala de este Tribunal acogió a tramitación el requerimiento, confiriendo traslado para resolver acerca de la admisibilidad y ordenando la suspensión del procedimiento en la gestión invocada.

Oídas las partes de la gestión invocada, se declaró la admisibilidad del requerimiento y se confirió traslado acerca del fondo del conflicto de constitucionalidad planteado.

A fojas 507, el abogado Samuel Donoso Boassi, invocando la representación de los parlamentarios solicitantes de la información en cuestión, solicitó el rechazo del requerimiento. Señaló que no se vulnera el artículo 8° de la Carta Fundamental y que este Tribunal ha reconocido el derecho de acceso a información, emanado también del numeral 12° del artículo 19 de la Constitución Política, reconocido además por el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Expone que este derecho está por sobre la privacidad en que el requirente se escuda para pretender esconderse del escrutinio público.

Agrega que el derecho de acceso a información solamente tiene los límites y excepciones legales contempladas por el artículo 8° de la Constitución y el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, todo lo cual se ve ratificado por la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del año 2000. Expone que si este caso es sometido a un ejercicio de ponderación el requerimiento debe ser rechazado. Además, señala que el funcionario dotado de potestades públicas se encuentra en posición de escrutinio preferente, que se traduce en un nivel de privacidad menor.

Señala que el derecho de acceso no distingue el origen de los documentos y que el Consejo Para la Transparencia ha dado estricto cumplimiento a sus funciones, en el marco de sus competencias, sin vulnerar derechos fundamentales del requirente, pues su vida privada no es un bien absoluto. Expone que la Ley N° 20.285 es lo suficientemente específica y que autoriza la entrega de información contenida en correos electrónicos, por lo que la afectación a la intimidad del subsecretario no es ilegítima, en la medida que es necesaria para el debido escrutinio de sus funciones y para la garantía de los derechos de los administrados.

Finalmente, aclara que no es necesario expresar razón para ejercer el derecho de acceso a información, señalando que lo solicitado en el caso es muy concreto: los correos relativos a los casos de exonerados políticos, pues el Subsecretario ha formulado graves acusaciones políticas y judiciales

en contra de parlamentarios electos por el pueblo, en una velada amenaza que pretende obtener mezquinas ventajas políticas, todo lo cual permite dar por acreditado el examen de razonabilidad del escrutinio de sus actos.

A fojas 507, mediante un escrito de 47 páginas, el Consejo Para la Transparencia evacuó el traslado conferido, solicitando el rechazo del requerimiento. Da cuenta latamente de los antecedentes de la gestión invocada y del conflicto de constitucionalidad planteado y señala que lo cuestionado no es la constitucionalidad del precepto legal, sino la aplicación que de él hizo el Consejo en su decisión, todo lo cual constituye una cuestión de legalidad propia de los jueces del fondo, al referirse a revisión de lo resuelto por el Consejo, traduciéndose en el necesario rechazo del requerimiento.

Alega que el requerimiento no puede prosperar porque la norma legal impugnada se ajusta plenamente a la Carta Fundamental. Expone que la Constitución Política no se ve infringida en su aplicación a la gestión pendiente, ya que junto con establecer hipótesis de publicidad, reconoce que éstas reglas no son absolutas y quedan sujetas a las causales de reserva previstas por la propia Constitución y por el inciso final del artículo 1<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 20.285, para indicar qué información es potencial y presumiblemente pública, y que al momento de resolver puede declararse que está afecta a causales legales o constitucionales de reserva, por motivos de eficacia de funciones públicas, derechos de las personas, seguridad o interés nacional.

Agrega que si bien se acepta la formulación de requerimientos de inaplicabilidad respecto de fragmentos de una norma, la jurisprudencia de este Tribunal exige que constituyan una unidad lingüística autosuficiente, cosa que no ocurre en este caso, pues la parte impugnada conforma una unidad lógica con el resto del inciso en el que se encuentra y sólo dentro de dicha unidad puede ser considerado precepto legal, sin lo cual las funciones del juez constitucional y del juez del fondo se confunden, pasando la inaplicabilidad a ser una supercasación o un amparo, que no se condicen con nuestro sistema jurídico.

Explicitando que las infracciones a la Constitución denunciadas en el requerimiento son las mismas alegaciones formuladas en el reclamo de ilegalidad, concluye que lo impugnado es la decisión del Consejo y no el precepto legal, agregando que su interpretación y su correcta o incorrecta aplicación es un tema de la judicatura del fondo y no un asunto de inaplicabilidad, por lo que resolver el fondo del requerimiento llevaría a este Tribunal a ejercer las competencias que corresponden a la Corte de Apelaciones de Santiago.

Por otra parte, señala que el requerimiento no puede prosperar, ya que a la luz de este caso y de otras decisiones del Consejo, existen otras normas que llevarían a resolver de igual forma el acceso a la información,

citando al respecto el artículos 11, letras c) y d) de la Ley Nº 20.285, relativos a los principios de apertura y máxima divulgación, su artículo 5º inciso 1º, la parte no impugnada de su inciso segundo, el artículo 5º de la Constitución Política y el artículo 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En el capítulo siguiente señala que la aplicación del precepto impugnado no infringe el artículo 8º del Código Político, sino que, por el contrario, es un lícito desarrollo legal de su contenido, pues sólo entendiendo el derecho fundamental de acceso a la información en forma amplia es posible satisfacer su verdadero sentido y alcance, a partir del artículo 5º de la Carta Fundamental, en relación al derecho de buscar y difundir informaciones de toda índole, contemplado por el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica, en especial referencia al caso Claude Reyes y Otros con Chile, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en plena concordancia con lo razonado en el fallo Rol Nº 1.800 de esta Magistratura, que cita al efecto. Señala que este derecho también ha sido reconocido de manera amplia por la Corte Suprema, ligado además a la libertad de opinión y al derecho de petición.

Agrega que la Corte de Apelaciones de Santiago ha conceptualizado el derecho de acceso a la información como una garantía de posición preferente respecto de los otros derechos fundamentales, pues no solamente es un valor en sí mismo, sino que constituye además un elemento esencial para el ejercicio de otros derechos.

Argumenta en el mismo sentido invocando la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del año 2000, que proclama el derecho fundamental a acceder a la información en poder del Estado, limitable sólo de manera excepcional y por causales preestablecidas por ley, a lo cual la Relatoría para la libertad de expresión de dicha comisión ha agregado que esos motivos deben obedecer a objetivos legítimos, en condiciones de necesidad y proporcionalidad.

Concluye que el presente caso debe ser enfrentado como un conflicto entre derechos fundamentales, lo que lleva a concluir que la esfera de privacidad del funcionario público es menor que la de un particular, y que los correos electrónicos institucionales enviados entre funcionarios públicos, con motivo del ejercicio de su función, deben encontrarse a disposición de los ciudadanos para un adecuado control social, pues no dicen relación con la vida privada.

Por otra parte, señala que el Consejo no estima que por la ubicación del artículo 8º en la Constitución Política el derecho de acceso a la información tenga una supremacía sobre las demás garantías, pues en tanto derecho fundamental se encuentra reconocido implícitamente en el artículo 19, numeral 12º, de la Carta Fundamental y no en su artículo 8º.

En el capítulo siguiente se refiere a la ampliación del objeto del derecho de acceso a la información, realizada por el legislador en el inciso segundo del artículo 5° de la Ley N<sup>º</sup> 20.285, en relación al texto del artículo 8° de la Constitución, que califica como plenamente constitucional, pues se funda en el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, en relación con el artículo 13.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, reiterando que se relaciona además con el artículo 19, numeral 12°, de la Constitución Política.

Agrega que en el control de constitucionalidad preventivo de la Ley N<sup>º</sup> 20.285, STC Rol N<sup>º</sup> 1.051, este Tribunal consideró que el artículo 5° no era una norma interpretativa de la Constitución, sino una simple regla de desarrollo legislativo de contenido constitucional.

En otra línea argumental, sostiene que si se entendiera que la publicidad se predica sólo de aquello que señala literalmente el artículo 8° de la Constitución, la normativa chilena sobre acceso a la información sería una de las más restrictivas, en *términos comparados*, pues se establecería sólo para “actos y resoluciones”, mas no para información o documentos. En el mismo orden, señala que la Administración ha realizado actos propios que demuestran que ha entendido de forma amplia lo dispuesto por el artículo 8° de la Constitución Política.

A continuación sostiene que el “*privilegio deliberativo*” no se consagra en la Constitución de la forma pretendida por el actor, a partir del inciso segundo de su artículo 8° posteriormente reforzado por en la Ley N<sup>º</sup> 20.285, por su artículo 21, N<sup>º</sup> 1, letra c), pues corresponde a la letra b) de dicha norma y lo que hizo el legislador fue desarrollar un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido no se estableció en la Carta Fundamental, de todo cual desprende la existencia de un conflicto de mera legalidad.

Argumenta que la amplia difusión de los medios electrónicos hace que una tesis como la sostenida por el recurrente debilite en forma seria el alcance de la Ley de Transparencia, ya que el precepto impugnado es el que permite dar igual tratamiento al soporte de papel y al de correo electrónico, que ya es reconocido en el año 2002 por la Ley N<sup>º</sup> 19.799, agregando que en Estado Chileno existe un “*Plan Estratégico Gobierno Electrónico*”, que opera en soporte virtual, además de otras normas que incentivan el uso del correo electrónicos en la Ley N<sup>º</sup> 19.880 y en cuerpos infralegales que cita al efecto, agregando además que en gran medida los correos entre funcionarios públicos han reemplazado en gran parte a los documentos de papel, siendo así públicos por regla general.

Sostiene que en la medida que los correos electrónicos constituyan fundamento o sustento de un acto o resolución de un órgano de la Administración del Estado, poseen, en principio, la calidad de Información pública. Sin embargo, de acogerse el requerimiento, de no admitirse el

acceso a estos correos sería imposible verificar cuáles deben revelarse y cuales deber protegerse.

Señala expresamente que no ha afirmado que todo lo que obre en poder de la Administración sea público, sino que sólo tiene tal carácter aquello que siendo potencialmente público supera el examen de ponderación de las causales de secreto o reserva, concluyendo que no existe infracción alguna a los artículos 6° y 7° de la Constitución.

A continuación sintetiza la jurisprudencia de este Tribunal acerca del derecho a la protección de la vida privada y sus límites, fundados en bienes jurídicos superiores, con finalidad fundada y razonable, reiterando que no se ha solicitado nada que tenga que ver con la vida privada, sino que información autogenerada en ejercicio de potestades públicas, agregando que Los mensajes enviados y recibidos a través de los correos electrónicos institucionales son, al tenor de los artículos 2°, letra d) ,y 3°, inciso primero, de la Ley N° 19.799, del año 2002, documentos electrónicos que equivalen funcionalmente a los escritos en soporte de papel, lo que refuerza el Art. 10 de la Ley de Transparencia y el artículo 3°, letra e), de su Reglamento, al extender el derecho de acceso a las informaciones contenidas en cualquier soporte, más aún si en el caso concreto la calificación de *“exonerado político”* nada tiene que ver con la vida privada del Subsecretario del Interior.

Posteriormente, se refiere en detalle al derecho comparado, para concluir que respalda el acceso a correos electrónicos relativos al ejercicio de funciones públicas sin entender que con ello se vulnere la inviolabilidad de las comunicaciones, en referencia a casos de Estados Unidos, Inglaterra, México y Canadá.

En cuanto a la inviolabilidad de las comunicaciones, especifica que la Constitución protege en tal carácter sólo a las de naturaleza privada, mas no a las de naturaleza pública, como a las de este caso, que por ser tales no son objeto de interceptación ni apertura, y que sostener lo contrario llevaría a sostener que oficios y comunicaciones en papel podrían ser erradamente calificadas secretas, en condiciones que en principio son públicas, a menos que concorra una causal de reserva.

Señala posteriormente que la Ley N° 20.285 es lo suficientemente específica y determinada para autorizar la entrega de la información requerida, para posteriormente dar cuenta del iter procesal de los amparos de información y los reclamos de ilegalidad, recalcando que no existe interceptación de comunicaciones ni de mensajes. Se refiere latamente al derecho de oposición y a la ponderación de intereses de terceros, dando cuenta de que solicitados los datos de los funcionarios involucrados para comunicarlos sobre el tema, la Subsecretaría se negó a entregarlos, señalando que ello estaba fuera de las atribuciones del Consejo.

Concluye que la invocación del privilegio deliberativo pone en evidencia que el requerimiento se refiere a temas diversos de la intimidad,

pues la reserva de la deliberación se refiere a la eficacia del servicio como causal de secreto y por su parte la intimidad es expresión de los derechos de las personas, de lo cual la lectura del requerimiento deja en claro que el tema de fondo no es la intimidad.

En el capítulo siguiente expresa que no se vulnera el numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, pues el procedimiento establecido en la Ley N<sup>º</sup> 20.285 contempla todas las garantías del debido proceso y que es la Subsecretaría la que lo ha vulnerado, al erigirse como agente oficioso en invocaciones de los derechos del Subsecretario, negándose incluso a dar las direcciones de correo electrónico de los funcionarios que intercambiaron comunicaciones con él y sin permitirles manifestar voluntad respecto del acceso a los correos.

Afirma que no hay vulneración a la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, toda vez que la diferencia de trato entre los privados y los funcionarios públicos tiene un motivo razonable, basada en la esfera de privacidad más reducida de estos últimos.

Consecuencialmente, se descarta la vulneración de la garantía del contenido esencial de los derechos, y solicita el rechazo del requerimiento.

Concluida la tramitación de la causa, se ordenó traer los autos en relación.

Con fecha 11 de julio de 2013 se verificó la vista de la causa.

#### CONSIDERANDO:

### I LA IMPUGNACIÓN

**PRIMERO.** Que en el marco de un reclamo de ilegalidad deducido por la Subsecretaría del Interior en contra del Consejo para la Transparencia, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago, mediante el cual se impugna la decisión de dicho organismo que ordenó entregar información a los solicitantes contenida en correos electrónicos, dicho Subsecretario ha deducido un recurso de inaplicabilidad en contra del inciso segundo del artículo 5°, de la Ley N<sup>º</sup> 20.285;

**SEGUNDO.** Que el origen de la gestión pendiente radica en que en enero del 2012, un grupo de parlamentarios solicitó que se les entregara copia de cada una de las carpetas correspondientes a 1742 casos de exonerados políticos, que habían sido calificados por el Subsecretario del Interior con irregularidades evidentes. También solicitaron copia de los antecedentes e informes que sirvieron de base para la calificación de la calidad de exonerado político. Y, finalmente, *“copia de todos los correos electrónicos enviados o recibidos a través de computadores inventariados por su servicio, o cuya distribución se haya verificado a través de servidores públicos, que en su calidad de Subsecretario del Interior haya intercambiado con personal o fun-*

*cionarios contratados a cualquier título de su repartición ministerial o de cualquier otra repartición”. El origen de la petición tuvo su fuente en declaraciones formuladas por el Subsecretario del Interior en la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados encargada de investigar posibles irregularidades en el proceso de otorgamiento de beneficios previsionales de los exonerados políticos. En dicha Comisión el Subsecretario señaló “que hasta ese momento se habían revisado 9.704 carpetas, que equivalen al 19,4% del total que le ha puesto como meta la Comisión, que son 50.000. De las 5.704, adicionales a las 4.000 ya revisadas, el resultado arroja que existen 1.742 casos con irregularidades. De ellos, 1.095 contienen certificados de autoridades políticas, la mayoría de ellas parlamentarios. Por el contrario, de los 3.962 casos sin irregularidades evidentes, sólo hay 130 que contienen certificados de autoridades, lo que permite establecer, a su juicio, que existe una fuerte correlación entre la presencia de certificados de autoridades políticas, con expedientes que presentan irregularidades” (pág. 12-13, Informe de la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados encargada de investigar posibles irregularidades en el proceso de otorgamiento de beneficios previsionales de los exonerados políticos).*

Por oficio N° 3200, de 16 de febrero del 2012, la Subsecretaría dio respuesta a la solicitud de acceso. Por una parte, solicitó que se consignaran fondos para las fotocopias respectivas de la documentación solicitada. Por la otra, negó acceso a los correos electrónicos.

Los diputados solicitantes de la información dedujeron reclamo de amparo ante el Consejo para la Transparencia. Este, por rol C333-12, de 7 de marzo de 2012, obligó a entregar copia de los correos electrónicos, tarjando aquellos antecedentes acerca de la intimidad o la vida privada de su emisor o receptor, que puedan contener, o de terceros distintos a los beneficiarios sobre cuyos antecedentes versa la presente reclamación. La decisión fue tomada por voto dirimente del Presidente del Consejo, dado que dos consejeros estuvieron por acoger el amparo y dos por rechazarlo.

Contra esa decisión, el Subsecretario Ubilla presentó un reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Es este reclamo el que constituye la gestión pendiente del presente recurso de inaplicabilidad;

**TERCERO.** Que el precepto impugnado –el inciso segundo del artículo 5°, de la Ley N° 20.285-, establece lo siguiente:

*“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.”;*

**CUARTO.** Que los argumentos esgrimidos por el Subsecretario para cuestionar dicho precepto, son los siguientes. En primer lugar, se sostiene que se infringe el artículo 8° de la Constitución. A su juicio, los correos que se solicitan no están en ninguna de las categorías de dicho precepto.



No son acto, resolución ni fundamento. No constan en ningún expediente. Agrega que no todo lo que obra en poder de la administración puede ser considerada información pública. La entrega de los correos, además, afecta el privilegio deliberativo de la autoridad, porque obliga a una divulgación prematura de información. En segundo lugar, se sostiene que se vulneran los artículos 6° y 7° de la Constitución, toda vez que el Consejo para la Transparencia no tiene atribuciones para decidir qué correos son información pública. En tercer lugar, se sostiene que se vulnera el artículo 19, N<sup>º</sup> 3°, pues no hay un procedimiento adecuado que permita distinguir entre los distintos tipos de correo (entre los públicos y los privados). No hay un procedimiento seguro de apertura. En cuarto lugar, se afirma que se vulnera la igualdad ante la ley, toda vez que se priva a funcionarios del derecho a la vida privada y a la inviolabilidad de las comunicaciones. Finalmente, se sostiene que se vulnera el artículo 19, N<sup>º</sup> 5°, de la Constitución, toda vez que los correos electrónicos son una comunicación inviolable, no destinada a dominio público, independientemente del contenido de la información que contengan. El correo electrónico de un funcionario no se transforma en público por usar un servidor institucional. El hecho que no exista un procedimiento seguro de apertura permite una razonable expectativa de privacidad;

## II

### CUESTIONES DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO

**QUINTO.** Que el Consejo para la Transparencia renovó en estrados tres argumentos para declarar la improcedencia del presente recurso. Los mismos hizo valer en la STC Rol N<sup>º</sup> 2.246, los que también fueron rechazados.

El primero de estos argumentos consiste en que la norma no puede ser inconstitucional toda vez que tiene una cláusula de salvaguardia, al establecer que la información es pública “*a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas*”. Por lo mismo, el precepto da una salida, a nivel legal, en el marco del artículo 21 de la Ley N<sup>º</sup> 20.285, que es el que desarrolla las causales para negar la entrega de la información solicitada. En tal sentido, se sostiene, el precepto nunca podrá ser inconstitucional;

**SEXTO.** Que, al respecto cabe señalar, por de pronto, y tal como se dijo en la STC Rol N<sup>º</sup> 2.246, que una cosa es que el Consejo para la Transparencia reconozca como lícita una interpretación del artículo impugnado, que permita dejar a salvo los artículos 19, N<sup>OS</sup> 4° y 5°, de la Constitución, pero otra cosa es cuestionar la constitucionalidad de parte del artículo 5° de la misma ley. Hay de por medio una aplicación de normas distintas y un conflicto diferente. En efecto, el conflicto planteado en estos autos no puede ser resuelto por una mera interpretación legal,

pues se alega que los correos electrónicos que se ordenaron entregar, son comunicaciones privadas. Y, también, que el precepto impugnado excede y contraviene la Carta Fundamental. Ambos asuntos no están en el ámbito de la legalidad, pues son vicios de constitucionalidad. No se alega en el presente requerimiento si estamos o no frente a la configuración de una causal de reserva de las que lista el artículo 19 de la Ley N° 20.285;

**SÉPTIMO.** Que, enseguida, tal como se dijo en la STC Rol N° 2.246, si hay una interpretación de la ley que se estime inaplicable por ser inconstitucional, esta Magistratura debe eliminarla, aunque sea una posibilidad de aplicación y ello exija proyectar, con cierta base, su posible aplicación. El recurso de inaplicabilidad está diseñado para excluir o permitir la inclusión de preceptos legales dentro del abanico de normas que tiene el juez de la instancia para resolver el asunto controvertido, antes de que se dicte sentencia. Por lo mismo, detectada y fundada la contradicción con la Constitución, debe ser marginada de dicho ámbito por este Tribunal, para que esa interpretación no se aplique y resulte violatoria de la Carta Fundamental.

La inaplicabilidad no exige, como en la acción de inconstitucionalidad, que el precepto sea inconstitucional a todo evento y en toda circunstancia (STC roles N°s 558 y 1.710). Basta que haya una interpretación inconciliable con la Carta Fundamental para que esta Magistratura tenga habilitada su competencia para acoger dicha inaplicabilidad. La Constitución sólo exige que el precepto resulte contrario a la Constitución. No demanda una inconstitucionalidad absoluta. Exige una aplicación contraria a la Carta Fundamental. No es de última ratio, como la inconstitucionalidad (STC roles N°s 558 y 1.710).

El Tribunal, por lo demás, debe apreciar cómo elabora su decisión, para darle eficacia a la misma, y que no sea una resolución inútil. Por eso, si bien en algunas oportunidades esta Magistratura se ha conformado con excluir un sentido interpretativo por ser contrario a la Constitución (STC roles N°s 736, 806 y 815) y en otros ha confiado en la interpretación que le den los jueces del fondo (STC Rol N° 1.340), en sentencias sobre el mismo precepto impugnado (STC roles N°s 2.153 y 2.246) en atención a que ha considerado que la inaplicabilidad es la mejor manera de dar eficacia plena a su decisión;

**OCTAVO.** Que el segundo argumento de improcedencia del Consejo, es que mediante la presente inaplicabilidad se busca impugnar una decisión del mismo Consejo.

No compartimos lo anterior. Aquí no vamos a validar o anular la decisión del Consejo para la Transparencia. No vamos a decidir si se da o no una determinada causal de secreto. No nos vamos a pronunciar sobre si el Consejo actúa o no dentro de sus facultades. No vamos a ponderar

hechos ni pruebas. No vamos a evaluar si hay alguna razón que justifique el acceso a los correos solicitados. Todos esos aspectos son materia de examen a propósito de los vicios de legalidad. Lo que vamos a decidir es si un precepto legal se ajusta o no a la Constitución. Vamos a examinar la compatibilidad de un precepto legal específico con la Constitución en un caso concreto (STC Rol N<sup>º</sup> 2.246);

**NOVENO.** Que el tercer argumento de improcedencia del Consejo, consiste en sostener que hay otros preceptos que establecen la misma regla de la norma impugnada (artículo 5<sup>º</sup>, inciso primero; artículo 11, letras c) y d).

Al respecto, cabe señalar que no se discute que el precepto cuestionado fue invocado como fundamento de la decisión. Se dice que hay otros que también justifican dicha resolución. No obstante, para esta Magistratura basta que el precepto legal haya sido invocado en la decisión cuestionada en la gestión pendiente. Eso hace que el precepto se vuelva decisivo en ella, sobre todo si la gestión pendiente es un examen jurisdiccional de esas razones (STC Rol N<sup>º</sup> 2.246);

### III LOS PRECEDENTES

**DÉCIMO.** Que otro aspecto relevante de considerar antes de entrar al fondo del asunto, son los precedentes de esta Magistratura en materia de correos electrónicos;

**DECIMOPRIMERO.** Que este Tribunal tiene dos sentencias específicas en la materia. Por una parte, la STC Rol N<sup>º</sup> 2.153, relativa a los correos del Subsecretario del Interior con la Gobernación Provincial de Melipilla, relativos a los gastos para la reconstrucción derivada del terremoto del 27 de febrero de 2010. Ahí se sostuvo tres cosas que aquí interesan. Por de pronto, que los correos electrónicos eran comunicaciones privadas protegidas por el artículo 19, N<sup>º</sup> 5, de la Constitución. También, que dichas comunicaciones estaban protegidas por el privilegio deliberativo. Enseguida, que el inciso segundo, del artículo 5<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 20.285, excedía lo establecido en el artículo 8<sup>º</sup> de la Constitución, porque obligaba a revelar más de lo que dicho precepto disponía;

**DECIMOSEGUNDO.** Que, por la otra, este Tribunal dictó la STC Rol N<sup>º</sup> 2.246 relativa a correos electrónicos de un Ministro de Estado sobre anteproyecto de ley, donde reiteró la doctrina anterior, y agrega que los Ministros de Estado tienen, en materia de anteproyectos de ley, un privilegio deliberativo reforzado;

**DECIMOTERCERO.** Que este Tribunal, por lo mismo, tiene una doctrina en la materia. Ello obliga a quien quiera dar argumentos para cambiarlos, hacerse cargo de los planteamientos del Tribunal. Por lo mismo,

la carga argumentativa debe ser profunda, persuasiva e innovativa, porque se trata de desafiar una argumentación consolidada, y no meramente discrepar de ella o formular críticas respecto de su formulación;

#### IV PUNTUALIZACIONES

**DECIMOCUARTO.** Que continuando con nuestro razonamiento, es necesario realizar una serie de puntualizaciones destinadas a facilitar la comprensión del contexto en que se insertan los correos;

##### **1. Se pidieron datos vinculados a procedimientos administrativos terminados**

**DECIMOQUINTO.** Que, antes de avanzar más en el presente requerimiento, es necesario explicar brevemente el Programa de reconocimiento al Exonerado Político, toda vez que en relación a ellos se solicitaron los correos electrónicos;

**DECIMOSEXTO.** Que en el año 1993, se dictó la Ley N<sup>o</sup> 19.234, que estableció una serie de beneficios previsionales para personas exoneradas por motivos políticos del aparato público, durante el lapso comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990. Dichos beneficios consisten en una jubilación por expiración obligada de funciones, en una indemnización de desahucio, en una pensión no contributiva, en un abono de tiempo para poder jubilar. Esta ley tuvo distintas modificaciones (Leyes N<sup>os</sup> 19.350, 19.582, 19.881, 20.134);

**DECIMOSÉPTIMO.** Que para obtener el beneficio, la Ley N<sup>o</sup> 19.234, estableció un procedimiento administrativo. La primera etapa, consistía en que los ex funcionarios debían presentar una solicitud al Presidente de la República por intermedio del Ministerio del Interior (artículo 3<sup>o</sup> y 7<sup>o</sup>, Ley N<sup>o</sup> 19.234). La segunda etapa, tenía lugar en el Ministerio del Interior, en que se calificaba la condición de exonerado, y los beneficios que correspondían. Dicho Ministerio actuaba asesorado por la Comisión de Pensiones de Gracia de la Ley N<sup>o</sup> 18.056 (artículo 10 y 11, Ley N<sup>o</sup> 19.234). La tercera etapa tenía lugar el antiguo Instituto de Normalización Previsional, a quien le correspondía registrar los abonos y efectuar las reliquidaciones (artículo 10, Ley N<sup>o</sup> 19.234). Finalmente, se debía dictar un decreto en que se estableciera la calificación y los beneficios.

A contar del año 2003, por efecto de la entrada en vigencia de la Ley N<sup>o</sup> 19.880, dicho procedimiento debía llevarse en un expediente (artículo 18), debiendo todo antecedente relativo a ellos debía incorporarse a él (artículo 10 y 17); y los interesados tenían acceso a este expediente (artículo 17);

**DECIMOCTAVO.** Que, además, los decretos respectivos con los cuales se concluía el procedimiento, los firmaba originalmente el Ministro del Interior, previa delegación de firma del Presidente de la República (D.S. N<sup>º</sup> 654/1994, Interior). Con posterioridad, mediante D.S. N<sup>º</sup> 725/1995, Interior, se delegó la firma en el Subsecretario del Interior;

**DECIMONOVENO.** Que para llevar a cabo esta tarea, se creó en la Ley de Presupuestos del año 1993 el Programa de Reconocimiento al Exonerado Político, inserto en la Subsecretaría del Interior. En la actualidad, dicha entidad se denomina “*Oficina de Exonerados Políticos del Ministerio del Interior*”, que sigue siendo la encargada de la gestión administrativa de los postulantes a los beneficios. Ello no fue controvertido;

**VIGÉSIMO.** Que, finalmente, cabe señalar que en estrados se sostuvo por el abogado del Ministerio del Interior, que los correos solicitados se refieren a procedimientos administrativos terminados. Es decir, que tienen resolución definitiva, positiva o negativa, respecto de la condición de exonerados y sus beneficios;

## **2. Los peticionarios son parlamentarios**

**VIGESIMOPRIMERO.** Que la segunda puntualización relevante de hacerse en este caso, es que los peticionarios son diputados. Su petición se hizo a consecuencia de declaraciones hechas por el Subsecretario en el marco de una Comisión Investigadora, sobre certificados otorgados por parlamentarios a peticionarios en el procedimiento de calificación de exonerados. No obstante que la Constitución les permite solicitar determinados antecedentes al Gobierno (artículo 52, N<sup>º</sup> 1) letra a)) y la Ley Orgánica Constitucional del Congreso les permite solicitar informes y antecedentes específicos a los órganos de la administración (artículo 9<sup>º</sup>, Ley N<sup>º</sup> 18.918), los parlamentarios decidieron recurrir al procedimiento que contempla la Ley N<sup>º</sup> 20.285, sin que eso obste o clausure el empleo de sus prerrogativas, como parlamentarios;

## **3. Existen instancias de control que operaron o están en curso de hacerlo**

**VIGESIMOSEGUNDO.** Que la tercera puntualización es que las presuntas irregularidades en la calificación de los exonerados, ha motivado la existencia de un informe de auditoría de la Contraloría, de 09.05.2013, y existen procesos penales en curso, tanto en la nueva como en la antigua justicia penal. Además, hubo una Comisión Investigadora en la H. Cámara de Diputados. Operaron, por tanto, distintos mecanismos de control institucionales.

V  
CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN

**VIGESIMOTERCERO.** Que, por otra parte, es necesario enunciar los criterios interpretativos que orientarán nuestra decisión;

**1. Funcionarios tienen derechos**

**VIGESIMOCUARTO.** Que el primerio de estos criterios, es que la Constitución reconoce una titularidad amplia de derechos constitucionales. El artículo 19 comienza señalando que la Constitución asegura “*a todas las personas*” ciertos derechos. En esa amplia titularidad, caben los funcionarios públicos.

La Constitución consagra, entonces, que los funcionarios, al igual que el resto de las personas, sean titulares de los derechos fundamentales que ella asegura.

De hecho, la Constitución se preocupa de establecer directamente algunas restricciones en el ejercicio de ciertos derechos. Así, por ejemplo, los funcionarios públicos no pueden declararse en huelga (artículo 19, Nº 16°); y las Fuerzas Armadas y Carabineros son cuerpos “*esencialmente obedientes y no deliberantes*” (artículo 101).

Por lo demás, la titularidad de derechos constitucionales por parte de funcionarios públicos ha sido reconocida por esta Magistratura, de modo general (STC Rol Nº 1.990) y de modo particular respecto de ciertos derechos (por ejemplo, STC Rol Nº 640) y en relación a los correos electrónicos en particular (STC roles Nºs 2.153 y 2.246);

**2. Sólo ciertos aspectos de las actuaciones de los órganos de la Administración son públicos**

**VIGÉSIMOQUINTO.** Que, en segundo lugar, conforme a la Constitución, son públicos sólo ciertos aspectos de la actuación administrativa: los actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen (STC roles Nºs 1.990, 2.153 y 2.246);

**3. Los correos electrónicos no son necesariamente actos administrativos**

**VIGESIMOSEXTO.** Que el tercer criterio interpretativo, es que para que estemos en presencia de un acto administrativo producido por medios electrónicos, no basta el solo hecho de que un documento sea electrónico. Es necesaria, además, la existencia una firma electrónica. Dicha firma debe ser certificada, mediante firma electrónica simple o avanzada (artículos 7° y siguientes, Ley Nº 19.799). Ello permite garantizar su autenticidad, su integridad, su seguridad, su confidencialidad. Dicha exigencia materializa la equivalencia funcional de ambos

sistemas: el que se lleva en papel y el electrónico (STC roles N<sup>OS</sup> 2.153 y 2.246);

#### 4. La inserción de la publicidad de los actos en nuestro sistema

**VIGESIMOSÉPTIMO.** Que, finalmente, el carácter reservado o secreto de un asunto no es algo en sí mismo perverso, reprochable o susceptible de sospecha. La Constitución contempla la posibilidad de que la ley directamente o la Administración, sobre la base de ciertas causales legales específicas, declare algo como secreto o reservado. Esto no va contra la Constitución.

El carácter secreto o reservado de un acto, de un documento, de un fundamento, no es inmunidad ni ausencia de control. Existen otras formas de fiscalización, como es el procedimiento administrativo, los recursos administrativos, el ejercicio de las potestades de la Contraloría General de la República, de las atribuciones de la Cámara de Diputados, etc. Todas esas formas permiten un escrutinio de lo que la Administración hace o deja de hacer y permiten que los ciudadanos puedan realizar una crítica fundada de las decisiones de la autoridad.

Además, el carácter secreto o reservado de un acto puede generar un espacio para cautelar otros bienes jurídicos que la Constitución estima tan relevantes como la publicidad. En el lenguaje de la Constitución, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación, el interés nacional, o el debido cumplimiento de las funciones de los órganos, están a este nivel. Por lo mismo, deben ser respetados y considerados.

Los órganos de la Administración del Estado tienen como labor primordial “*promover el bien común, atendiendo las necesidades públicas en forma continua o permanente y fomentando el desarrollo del país*” (artículo 3<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 18.575), lo cual debe llevar a cabo “*con pleno respeto a los derechos y garantías*” que la Constitución establece (artículo 1<sup>º</sup> de la Constitución Política de la República). En este sentido, éstos deben actuar con publicidad, pero ésta no es la única finalidad de la Administración. Para la labor que se le encarga, la Administración debe observar una serie de principios. Entre éstos están la publicidad, la participación, pero también la eficiencia, la eficacia de su actuación.

La transparencia es un bien de primera importancia para la Constitución. Sin embargo, no es el único, pues la Administración debe “*crear las condiciones sociales*” que permitan que las personas puedan realizarse espiritual y materialmente (artículo 1<sup>º</sup> de la Constitución). Esa inmensa labor se debe facilitar;

VI  
EL PRECEPTO IMPUGNADO VULNERA EL 19, Nº 5,  
DE LA CONSTITUCIÓN

**VIGESIMOCTAVO.** Que ahora estamos en condiciones de hacernos cargo de las objeciones formuladas en el requerimiento. El primero de estos reproches, es que la entrega de los correos electrónicos solicitados por los parlamentarios, fundado en lo que establece el artículo 5º inciso segundo de la Ley Nº 20.285, vulnera el artículo 19, Nº 5, de la Constitución;

**VIGESIMONOVENO.** Que consideramos que existen dos razones para acoger dicho planteamiento. La primera, es que los correos son, efectivamente, una comunicación privada.

Tal como lo ha dicho esta Magistratura, refiriéndose específicamente a los correos electrónicos, las comunicaciones privadas a que se refiere el artículo 19, Nº 5, de la Constitución, son aquellas en que el emite singulariza al o a los destinatarios de su comunicación con el evidente propósito de que sólo él o ellos la reciban. El precepto protege aquella forma de comunicación que dirige el emisor al receptor con el propósito de que únicamente él la reciba y ambos sepan su contenido; por tanto, se prohíbe a otras personas imponerse de éste. Las comunicaciones privadas son aquellas que no están abiertas al público. Las comunicaciones privadas son comunicaciones restringidas entre dos o más personas; no están destinadas al dominio público. En este sentido, son comunicaciones no privadas las que se llevan a efecto por la radio o la televisión. Estas tienen por objeto obtener la máxima difusión; por lo mismo, no tienen expectativa de secreto. El concepto apunta a que se trate de comunicaciones que permitan mantener al margen a terceros, sean éstos un órgano del Estado o un particular. Por lo tanto, es condición esencial que se trate de comunicaciones que se lleven a cabo por canales cerrados. No es relevante el número de los destinatarios. Pueden ser uno o muchos. En uno y otro caso, existe inviolabilidad (STC roles Nºs 2.246 y 2.153).

El carácter inviolable de la comunicación no tiene que ver tampoco con el contenido de la misma. Se protege el mensaje, sea que tenga que ver con aspectos públicos o privados, sea que se refieran a aspectos trascendentes o intrascendentes, afecten o no la vida privada. Este derecho no se entrega en virtud del contenido de la comunicación; no tiene que ver con el carácter confidencial o privado de lo que se transmite (STC roles Nºs 2.246 y 2.153);

**TRIGÉSIMO.** Que los correos electrónicos se enmarcan perfectamente dentro de la expresión “*comunicaciones y documentos privados*” que utiliza el artículo 19, Nº 5º, de la Constitución. Estos son comunicaciones, que se transmiten por canales cerrados, no por canales abiertos, y tienen emiso-



res y destinatarios acotados. Por lo mismo, hay una expectativa razonable de que están a cubierto de injerencias y del conocimiento de terceros. En nada obsta a lo anterior el que no sea muy dificultoso interceptarlos o abrirlos. Nada más simple que abrir una carta. Pero desde hace doscientos años, nuestras constituciones han procurado precaver esa invasión. El correo no necesita ir encriptado o con técnicas de cifrado para recibir la protección del artículo 19, N<sup>º</sup> 5<sup>º</sup>. El amparo está dado por el hecho de llevarse a efecto por un mecanismo técnico cerrado (STC roles N<sup>OS</sup> 2.246 y 2.153);

**TRIGESIMOPRIMERO.** Que no cambia la naturaleza de comunicación privada, el que los correos emanen de funcionarios públicos. En primer lugar, porque, como ya se indicó, lo que se protege con esta garantía es la comunicación, no si el mensaje es público o privado, o si se hace por canales o aparatos financiados por el Estado. En segundo lugar, no hay ninguna norma ni en la Constitución ni en la ley que pueda interpretarse para dejarlos al margen de esta garantía. Si aceptáramos que las comunicaciones de los funcionarios, por el hecho de ser tales, no están protegidas por el artículo 19, N<sup>º</sup> 5<sup>º</sup>, cualquiera podría interceptar, abrir o registrar esas comunicaciones. Eso sería peligroso para los derechos de los ciudadanos, para el interés nacional y la seguridad de la nación, dada la información que por ahí circula; y contrario al sentido común. En tercer lugar, nada cambia por el hecho de que el funcionario utilice un computador proporcionado por la repartición, una red que paga el Estado y una casilla que le asigna el organismo respectivo.

Desde luego, porque nadie diría que las conversaciones telefónicas, por el hecho de realizarse por un teléfono que proporciona el servicio, cuya interconexión cancela el mismo, pueden escucharse, grabarse y/o difundirse.

Enseguida, el Estado pone a disposición de los funcionarios una serie de bienes que pueden usarse con distintos propósitos. Una serie de bienes de la modernidad que se ponen a disposición de los funcionarios no pueden ser interpretados con los criterios de antaño, definidos para otros bienes. Lo que se debe prevenir siempre es el mal uso, porque eso afecta la probidad. El cumplimiento de la finalidad de la Administración (*“promover el bien común, atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país”*) así lo exige.

Además, hay que considerar que cabe un uso legítimo de mensajes personales ineludibles.

También hay que considerar que el correo electrónico no es solamente un flujo de ida, donde el emisor es el funcionario, pues también hay correos donde el funcionario es destinatario. Y eso él no lo controla. Tampoco el emisor de estos correos puede verse expuesto a eventuales obligaciones propias del destinatario.

La regla general, entonces, es que, salvo prohibición expresa, las casillas institucionales pueden usarse para comunicaciones personales o privadas (STC roles N<sup>os</sup> 2.246 y 2.153);

**TRIGESIMOSEGUNDO.** Que la segunda razón por la cual consideramos que el precepto impugnado vulnera el 19, N<sup>o</sup> 5, de la Constitución, es que la Ley N<sup>o</sup> 20.285 no se ajusta a los estándares que la Constitución establece para acceder a las comunicaciones privadas.

El Consejo para la Transparencia sostiene que la Ley N<sup>o</sup> 20.285 es uno de los casos y formas determinados por la ley que permiten interceptar, abrir o registrar comunicaciones y documentos privados asociados a ellas.

No compartimos lo anterior, por las razones ya señaladas en las STC roles N<sup>os</sup> 2.246 y 2.153;

**TRIGESIMOTERCERO.** Que, en síntesis, estas razones son, primer lugar, que nada apunta a que la intención del legislador con la Ley N<sup>o</sup> 20.285 fuera levantar la inviolabilidad de las comunicaciones. El procedimiento que diseña esta ley está construido para acceder a actos administrativos, resoluciones, informes, documentos, que pueden hacerse públicos. Es un procedimiento genérico, susceptible de utilizarse en situaciones distintas. Ello choca con que la Constitución exige "casos y formas determinados". También, con que el Consejo para la Transparencia es un órgano público, regido por el principio de legalidad, con potestades expresas y acotadas (STC Rol N<sup>o</sup> 1.892).

En segundo lugar, no tendría sentido que nuestro legislador se hubiera preocupado de establecer estrictas condiciones para acceder a comunicaciones y documentos privados cuando investiga un delito o una conducta antimonopólica, que contempla incluso la autorización judicial, si cualquier ciudadano, sin invocar interés alguno, pudiera acceder a esos mismos antecedentes si estuvieran en manos de un funcionario, por la vía de la Ley N<sup>o</sup> 20.285. Si permitiéramos el uso de esta ley para tal efecto, estaríamos perforando un sistema que da garantías a todos en su funcionamiento.

En tercer lugar, el legislador, de manera paciente, coherente y consistentemente, ha ido diseñando un sistema para levantar la inviolabilidad a que se refiere el artículo 19, N<sup>o</sup> 5, de la Constitución. La invocación del artículo 8<sup>o</sup> de la Constitución no nos parece un argumento suficiente para retroceder en ese diseño, pues la publicidad que establece tiene como límites los derechos de las personas, entre los cuales se encuentra el artículo 19, N<sup>o</sup> 5<sup>o</sup>;

**TRIGESIMOCUARTO.** Que, por tanto, existen argumentos suficientes para acoger el primer reproche de inconstitucionalidad presentado en el requerimiento;

VII  
EL PRECEPTO IMPUGNADO EXCEDE O CONTRAVIENE  
EL ARTÍCULO 8<sup>º</sup> DE LA CONSTITUCIÓN

**TRIGESIMOQUINTO.** Que la segunda objeción que se formula respecto del precepto impugnado, es que los correos electrónicos solicitados no son actos o resoluciones ni fundamentos de las mismas. Tampoco constan en ningún expediente. Por lo mismo, no pueden ser considerados información susceptible de ser entregada en el marco de la Ley N<sup>º</sup> 20.285;

**TRIGESIMOSEXTO.** Que al respecto cabe señalar que, tal como lo hemos sostenido en las STC roles N<sup>os</sup> 2.246 y 2.153, la Ley N<sup>º</sup> 20.285 introduce el concepto de información. Esta expresión, como ya lo señaló esta Magistratura (STC Rol N<sup>º</sup> 1.990), no la usa la Constitución. En cambio, la Ley N<sup>º</sup> 20.285 la utiliza en abundancia, desde el título de la ley misma (“*Sobre acceso a la información pública*”) hasta en una serie de disposiciones. Baste señalar que el derecho de acceso es definido como “*solicitar y recibir información*” (artículo 10, inciso primero);

**TRIGESIMOSÉPTIMO.** Que, el precepto impugnado se enmarca dentro de esta tendencia de la ley, toda vez que obliga a entregar “*la información elaborada con presupuesto público*” y también “*toda otra información que obre en poder de los órganos de la administración*”.

Como se observa, el precepto impugnado amplía lo que se puede acceder, vía Ley N<sup>º</sup> 20.285, porque la separa completamente de si se trata de actos, resoluciones, fundamentos de éstos, o documentos que consten en un procedimiento administrativo.

Resulta difícil imaginarse una información que no esté comprendida en alguna de las dos categorías que el precepto establece. Porque la Administración o produce información o la posee a algún título.

El punto es que toda ella sería pública, independientemente de si tiene o no relación con el comportamiento o las funciones del órgano de la administración;

**TRIGESIMOCTAVO.** Que, en contraste, el artículo 8<sup>º</sup> de la Constitución razona sobre la base de decisiones. Por eso habla de actos y resoluciones. Y de lo que accede a éstas: “*sus fundamentos*” y “*los procedimientos que utilicen*”. Por eso, el mismo artículo 5<sup>º</sup>, inciso primero, de la ley, cuando se refiere a los documentos no habla de cualquiera, sino de aquellos que sirven “*de sustento o complemento directo y esencial*” a tales actos y resoluciones.

En cambio, “*información elaborada con presupuesto público*” o “*información que obre en poder de los órganos de la Administración*”, no necesariamente tiene que ver con eso;

**TRIGESIMONOVENO.** Que, tal como se indicó en las STC Rol N<sup>º</sup> 2.246 y 2.153, la pregunta que nos debemos formular es si esa amplitud es lo que quiso el legislador cuando elaboró la Ley N<sup>º</sup> 20.285. Porque exis-

te abundante información en la historia legislativa de la Ley N° 20.285 que apunta en el sentido contrario. Lo que se buscó, por una parte, fue reproducir lo que establecía la Constitución. Por la otra, no innovar en los conceptos de acto administrativo que definía la Ley N° 19.880; consignándose expresamente que las deliberaciones no se consideraban actos administrativos (Historia de la Ley N° 20.285, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 117 y siguientes);

**CUADRAGÉSIMO.** Que, además, si el artículo 8° hubiera querido hacer pública toda la información que produzca o esté en poder de la Administración, no hubiera utilizado las expresiones “*acto*”, “*resolución*”, “*fundamentos*” y “*procedimientos*”. El uso de estas expresiones fue para enumerar aquello que se quería hacer público. El carácter taxativo se refleja en la forma clásica de listar que tienen las normas. El inciso segundo del artículo 8° de la Constitución comienza señalando: “*son públicos ...*”;

**CUADRAGESIMOPRIMERO.** Que los correos electrónicos solicitados no se enmarcan dentro de la expresión acto o resolución.

En efecto, de acuerdo al reglamento de la Ley N° 20.285 (D.S. N° 13, 2009, Minsegapres) para que un documento puede ser complemento directo o complemento esencial. Es complemento directo si cumple dos condiciones. Por una parte, se vincula necesariamente con el acto y, por la otra, si dicho acto se dictó precisa e inequívocamente sobre esa base (artículo 3°, letra g). Un documento es complemento esencial si ha sido indispensable para la elaboración y dictación del acto y es inseparable del mismo (artículo 3°, letra h);

**CUADRAGESIMOSEGUNDO.** Que los correos solicitados no se enmarcan en ninguna de las dos hipótesis, toda vez que los procedimientos administrativos a que eventualmente podrían referirse, estaban concluidos cuando pudieron emitirse;

**CUADRAGESIMOTERCERO.** Que, por otra parte, tampoco se encuentran dentro de la expresión “*fundamentos*” que utiliza el artículo 8° de la Constitución. Fundamento de un acto es aquello en que se basa; la razón principal o el motivo para decidir en un sentido determinado. Son los documentos, los testimonios, las observaciones, los informes. Estos son los datos que la autoridad debe tener en cuenta al momento de resolver (artículos 17 y 18, Ley N° 19.880), apreciándose en conciencia (artículo 35 de la misma ley). La resolución que pone término a un procedimiento administrativo, debe ser fundada (artículo 41).

Sin embargo, en este caso, los procedimientos administrativos ya estaban afinados cuando pudieron emitirse los correos solicitados. Por lo mismo, no formaron parte de ningún expediente.

Además, no se ha proporcionado a esta Magistratura ningún antecedente que genere siquiera indicios para pensar que existe una conexión sustantiva o directa o esencial entre los correos y los expedientes relativos a los exonerados;

**CUADRAGESIMOCUARTO.** Que en el alegato del Consejo para la Transparencia se insinúa que en los correos está todo lo que explica la decisión de la administración. Al respecto, cabe considerar, por una parte, como ya se indicó, que no se controvertió en estrados que los correos se emitieron en una fecha posterior a la conclusión de los procedimientos administrativos respectivos y que dichos expedientes fueron auditados por la Contraloría. Por la otra, que existe una obligación legal de incorporar al expediente toda actuación, documento o resolución que emita la autoridad en relación a la decisión que debe adoptar (artículos 13, inciso segundo; 17, letras a) y f); 18, inciso tercero, Ley N<sup>º</sup> 19.880). Por lo mismo, no es discrecional para la autoridad incorporar o no ciertos antecedentes. Si no lo hace, debiendo hacerlo, comete una ilegalidad. Lo mismo sucede si la autoridad decide sin considerar todos los antecedentes pertinentes que obren en el expediente;

**CUADRAGESIMOQUINTO.** Que ante esta Magistratura, no se hizo llegar ningún antecedente concreto relativo a los correos. Por lo mismo, es especulativo pensar que tienen un interés público, que son la base de un “*escándalo*”, como se sostuvo en estrados;

**CUADRAGESIMOSEXTO.** Que, por otra parte, el Consejo para la Transparencia sostuvo en estrados, que no puede considerarse que el precepto impugnado viole el artículo 8<sup>º</sup>, porque lo que hace es desarrollar y extender el goce del derecho de acceso.

Sin embargo, no podemos compartir lo anterior. En primer lugar, porque el artículo 8<sup>º</sup> establece el principio de publicidad limitado a los derechos de las personas. Por lo mismo, si la Constitución define un ámbito competencial determinado para la publicidad, es para evitar el roce o el conflicto con derechos de las personas. En segundo lugar, porque tal como lo ha sostenido esta Magistratura, hay antecedentes claros en la historia fidedigna del artículo 8<sup>º</sup>, que apuntan a que son sólo esos tres aspectos, y sólo eso, lo que es susceptible de obtenerse vía acceso a la información (“*actos y resoluciones*”, “*sus fundamentos*” y “*los procedimientos que utilicen*”). En tercer lugar, en la tesis del Consejo, habrían dos fuentes para la legitimidad de la reserva legal: lo que la Constitución establezca expresamente y todo aquello que desarrolle y extienda el goce de los derechos. Esta doctrina, así formulada, no puede ser compartida por esta Magistratura. Por de pronto, porque el artículo 8<sup>º</sup> convoca a una ley de quórum calificado para definir la causal de secreto o reserva. Estas leyes, al igual que las orgánicas constitucionales, por definición son excepcionales y tienen un ámbito que abordar estricto, que no puede ser exorbitado. Además, el legislador, en este tipo de disposiciones, no es libre, porque debe abordar las materias propias de ley, y sólo esas, sin que pueda excederse en esta materia. Finalmente, porque en esta tesis se desliza nuevamente, pero con otra formulación, una subordinación de los derechos

en aras de la publicidad, ya rechazada por esta Magistratura (STC Rol Nº 1.990). Es la publicidad de los actos de la Administración la que está estructuralmente limitada por los derechos de las personas (STC roles Nºs 1.990, 2.153 y 2.246);

**CUADRAGESIMOSEPTIMO.** Que, en consecuencia, el artículo 5º, inciso segundo, de la ley Nº 20.285, excede o contraviene el artículo 8º de la Constitución.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en los artículos 6º, 7º, 8º y 19, Nº 5, de la Constitución Política de la República y de las normas pertinentes de la ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal,

**SE RESUELVE:**

**1º. Que se acoge el requerimiento deducido.**

**2º. Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 381.**

**El Ministro señor Juan José Romero Guzmán previene que:** (i) concurre a acoger el requerimiento de inaplicabilidad respecto de la parte impugnada del artículo 5º, inciso segundo, de la Ley Nº 20.285; (ii) comparte lo expresado en los apartados I al IV del voto por acoger; y (iii) considera que el precepto legal impugnado, en el marco de la gestión pendiente, sólo vulnera el artículo 8º de la Constitución Política de la República, en virtud de las argumentaciones siguientes:

**I. EL PRECEPTO IMPUGNADO NO VULNERA EL ARTÍCULO 19, Nº 5º, DE LA CONSTITUCIÓN**

**1º.** Que, desde el punto de vista constitucional (artículo 8º y artículo 19, Nº 5º), lo público y lo comunicado privadamente no responden a una relación binaria en que lo que no es público necesariamente corresponderá a una comunicación privada. Para quien suscribe esta prevención, el carácter público de un documento, en los términos del artículo 8º de la Constitución, depende del contenido de la información. Por el contrario, el carácter privado de una comunicación, en atención al artículo 19, Nº 5º, de la Norma Fundamental depende del continente o forma en que la información es notificada o transmitida. Por lo tanto, puede existir una comunicación privada, como, por ejemplo, la transmisión de información vía correos electrónicos (continente), que al mismo tiempo constituya información pública en cuanto a su acceso (contenido);

**2º.** Que los funcionarios públicos, al igual que los particulares, sí gozan del derecho establecido en el artículo 19, Nº 5º, de la Constitución, aunque pueden existir excepciones de carácter legal que permitan la in-

terceptación, registro o apertura de comunicaciones privadas, las cuales pueden no afectar por igual a unos y otros, según el caso. En tal sentido, el artículo 5<sup>º</sup>, inciso segundo, de la Ley N<sup>º</sup> 20.285, en conjunto con el resto de las disposiciones pertinentes de ésta, posibilita la apertura o registro de comunicación que puede ser privada con el fin de que el órgano público identifique aquella información que es, en principio, pública y, por ende, que puede ser objeto de solicitudes de acceso de acuerdo a los procedimientos y reglas establecidos en la mencionada ley y a lo dispuesto en el artículo 8<sup>º</sup> de la Constitución, en las que cabe considerar, también, las excepciones establecidas;

3<sup>º</sup>. Que, en otras palabras, sí es posible que por ley, de acuerdo al propio artículo 19, N<sup>º</sup> 5<sup>º</sup>, de la Constitución, una comunicación privada pueda ser interceptada, abierta o registrada. No se trata de un derecho constitucional de carácter absoluto. En este caso, y aun suponiéndose que los correos electrónicos tengan características externas de comunicación privada, cuando este tipo de comunicación se encuentra en poder de los órganos del Estado es legalmente posible que puedan registrarse. Lo anterior es factible en virtud del artículo 5<sup>º</sup>, inciso segundo, de la Ley N<sup>º</sup> 20.285 y el resto de las disposiciones pertinentes de dicha ley, las cuales tienen un nivel de especificidad suficiente para tal fin. Así, pues, es posible concluir que la norma impugnada no contraviene lo dispuesto en el artículo 19, N<sup>º</sup> 5, de la Constitución Política de la República;

## II. LA APLICACIÓN DEL PRECEPTO IMPUGNADO EN LA GESTIÓN PENDIENTE TRANSGREDE EL ARTÍCULO 8<sup>º</sup>, INCISO SEGUNDO, PRIMERA PARTE, DE LA CONSTITUCIÓN

4<sup>º</sup>. Que la factibilidad legal y constitucional de abrir y registrar un correo electrónico, por encontrarse éste en poder de un órgano del Estado, no implica, necesariamente, que sea constitucionalmente posible proporcionar acceso público a la información en él contenida. Así, en este caso, si bien la norma legal impugnada no es incompatible con el artículo 19, N<sup>º</sup> 5<sup>º</sup>, de la Constitución, estimamos que sí lo es en relación con el párrafo primero, del inciso segundo, del artículo 8<sup>º</sup> de la Norma Fundamental;

5<sup>º</sup>. Que la aplicación del inciso segundo del artículo 5<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 20.285 efectuado por el Consejo para la Transparencia dio lugar a que dicha institución ordenara a la Subsecretaría de Interior la entrega, a quienes han solicitado el acceso, de *“una copia digital de los correos electrónicos solicitados, tarjando aquellos antecedentes acerca de la intimidad o la vida privada de su emisor o receptor que puedan contener, o de terceros distintos a los beneficiarios (...)”* (fojas 288). El dictamen del Consejo se fundamenta en que *“el derecho de acceso a la información no se restringe a los actos o resoluciones de los órganos del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento*

*o complemento directo o esencial y los procedimientos que se utilicen para su dictación”* (fojas 285; énfasis agregado), tal como lo dispone el inciso primero del artículo 5° de la Ley N° 20.285 y, en forma casi idéntica, la primera parte del inciso segundo del artículo 8° de la Constitución. En efecto, el Consejo reconoce que el derecho de acceso a la información *“también se extiende a la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración (...)”* (fojas 285; énfasis agregado);

6°. Que el precepto legal impugnado permite en teoría y pareciera haber permitido en la práctica la orden, por parte del Consejo para la Transparencia, de entregar información que excede los parámetros establecidos por la Constitución. La única información cuya publicidad ha sido restringida por el Consejo es aquella que tiene que ver con la vida privada o personal. El Consejo considera potencialmente público todo lo demás, no obstante que en dicha información residual pueden existir antecedentes que no sean de aquellos que la Constitución considera en su regla de publicidad. Es decir, el criterio de distinción utilizado consistió en si la información estaba o no en posesión de la Subsecretaría como órgano de la administración del Estado más que en si se trataba de actos o resoluciones de la entidad, o el fundamento (o procedimiento) de las mismas. En otras palabras, es previsible, en este caso concreto, que se haya ordenado la entrega de información que va más allá de las posibilidades que la Constitución establece. Lo relevante, desde el punto de vista constitucional, como ya se expresó, es atender al contenido de la información más que a la circunstancia de si está o no en poder de algún órgano de la administración del Estado;

7°. Que, asimismo, no hay argumento que se sustente en el texto del inciso segundo del artículo 8° de la Constitución para reducir la información potencialmente pública a actos formales incorporados en un expediente administrativo. Igualmente, la Constitución no dispone que el fundamento de un acto o resolución de un órgano del Estado necesariamente debe tener un carácter formal. La circunstancia de que la Constitución no establezca una regla asimilable a un *“piso mínimo”*, sino más bien a un *“umbral máximo”*, no significa que el legislador no pueda pormenorizar la disposición constitucional con un alcance tan amplio como lo permita el texto o tenor literal de la Carta Fundamental;

8°. Que, a mayor abundamiento, si se considera que el principio de probidad en el ejercicio de las funciones públicas (artículo 8°, inciso primero, de la Constitución) precede en su ubicación al mandato consagrado en el inciso segundo del aludido artículo 8°, debe concluirse que ambos temas no se encuentran desligados uno de otro. En este sentido, el acceso a información pública constituye, también, una herramienta para avanzar en la consecución de un actuar probado por parte de los órganos



del Estado. Debe reconocerse que así como pueden existir reales justificaciones de interés público para la actuación del Estado, también éste puede actuar por motivaciones sustentadas en consideraciones de interés privado ajenas al interés público. En términos generales, lo que forma parte de un expediente administrativo podría no ser más que el maquillaje de una política que busca satisfacer en todo o en parte intereses particulares más que el bien común;

9°. Que el “*privilegio*” deliberativo no es uno que tenga reconocimiento explícito en la Constitución. Si fruto del proceso deliberativo se ha producido información que sirvió de fundamento a actos o resoluciones del órgano de la administración del Estado concernido, dicha información es, de acuerdo al texto de la Constitución, pública en el sentido de ser susceptible de ser conocida por quien la requiere, sin perjuicio de las excepciones consagradas. La reserva de información de carácter meramente deliberativo no es un asunto que tenga relevancia en la determinación de si una información es o no, en principio, pública. Dicho tema pertenece a un segundo y postrero examen relacionado con las causales de reserva de aquella información potencialmente pública, lo cual es resorte del Consejo para la Transparencia (y, eventualmente, de las cortes de justicia) ponderar y resolver; y

10°. Que, finalmente, quien suscribe esta prevención no desconoce que la interpretación constitucional expuesta en estas consideraciones puede implicar eventuales dificultades para la ejecución y cumplimiento de la regla constitucional y la legislación derivada. Sin embargo, la eficacia del diseño de acceso a la información pública no puede soslayar la necesaria fidelidad que debe existir con el mandato constitucional.

**Acordada con el voto en contra del Ministro señor Domingo Hernández Emparanza, quien estuvo por rechazar el requerimiento por los mismos fundamentos desarrollados en voto disidente de la STC Rol N<sup>º</sup> 2.246, de 31 de enero de 2013.**

Redactó la sentencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander. La prevención y la disidencia fueron redactadas por sus respectivos autores. Notifíquese, comuníquese, regístrese y archívese.

### **Rol N<sup>º</sup> 2.379-2013**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora Marisol Peña Torres, por los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril, y el Suplente de Ministro señor

Alan Bronfman Vargas. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

ROL N° 2.380-2012

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 292,  
INCISO FINAL, Y 492, INCISO SEGUNDO, DEL CÓDIGO  
DEL TRABAJO, DEDUCIDO POR EMPRESA DEPURADORA  
DE AGUAS SERVIDAS

Santiago, primero de agosto de dos mil trece.

**VISTO Y CONSIDERANDO:**

1°. Que mediante presentaciones de fecha 25 de junio y de 9 de julio del año en curso, agregadas a fojas 206 y 211 de autos, comparece don Javier Presas Marcos, representante convencional de la requirente, Empresa Depuradora de Aguas Servidas Limitada, asistido por su abogado, don Gilberto Rudolph Vivanco y solicita a esta Magistratura Constitucional tener a su parte por desistida de la acción constitucional deducida en estos autos, en razón de haberse puesto fin al juicio en que incide;

2°. Que para efectos de lo previsto en el inciso tercero del artículo 46 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, mediante resolución de fecha 11 de julio pasado, escrita a fojas 212 se confirió traslado a las demás partes de la gestión pendiente y se ordenó comunicar la referida presentación al Presidente de la República, al Senado y a la Cámara de Diputados;

3°. Que consta en autos que tanto las partes como los órganos constitucionales interesados no evacuaron el traslado dentro de plazo ni se opusieron al desistimiento.

**SE RESUELVE:**

**Téngase a la parte requirente por desistida de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducida y por terminado el proceso constitucional.**

Notifíquese, hecho, archívese.

**Rol N<sup>º</sup> 2.380-2012**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente Subrogante, Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake, y por los Ministros señora Marisol Peña Torres, señores Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.



# 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> 2.306 A 2.380

ÍNDICE GENERAL DE LAS SENTENCIAS PRONUNCIADAS  
POR EL EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
ROLES N<sup>os</sup> 2.306 A 2.380



ÍNDICE TEMÁTICO DE SENTENCIAS DICTADAS  
POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCIÓN QUE INCIDEN  
ROLES N<sup>OS</sup> 2.306 A 2.380

ARTÍCULO 3<sup>º</sup>, INCISO SEGUNDO  
**Administración descentralizada.**

1. **Rol N<sup>º</sup> 2.367**

Considerandos 44<sup>º</sup>, 45<sup>º</sup> 47<sup>º</sup> y 50<sup>º</sup>

No vulnera la Constitución que el proyecto de ley en cuestión –a través del cual se crea el Ministerio del Deporte– no establezca secretaríos regionales ministeriales, toda vez que es una materia de libre configuración por la ley. No se vulnera el mandato de que la administración del Estado “*será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada, en su caso*”, pues dicho mandato debe cumplirse “*de conformidad a la ley*”. Por lo mismo, es el legislador el que debe definir las maneras en que se produce esta descentralización o desconcentración.

ARTÍCULO 5<sup>º</sup>, INCISO SEGUNDO  
**Límite al ejercicio de la soberanía.**

1. **Rol N<sup>º</sup> 2.333**

Considerandos 3<sup>º</sup> y 4<sup>º</sup> de los votos por acoger el requerimiento, de la Ministra señora Marisol Peña Torres y de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Gonzalo García Pino y Juan José Romero Guzmán.

El derecho a la identidad personal es un derecho esencial que emana de la naturaleza humana y se encuentra estrechamente vinculado con ésta, estando protegido por diversos tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

ARTÍCULO 8<sup>º</sup>

**Publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado.**

1. **Rol N<sup>º</sup> 2.341**

Considerandos 13<sup>º</sup> y 14<sup>º</sup>

La aplicación del inciso cuarto del artículo 8<sup>º</sup> de la Ley N<sup>º</sup> 19.640 vulnera la Constitución al permitir, vía reglamentaria, que cierta información

que posee el Ministerio Público pueda ser reservada, toda vez que sólo el legislador y en virtud de una ley aprobada con quórum de votación más exigente que el común, puede establecer reservas, las cuales no pueden ir más allá de las causales que la misma Constitución ha establecido.

**2. Rol Nº 2.377**

Considerandos 9º, 10º y 14º

La concreción del principio de probidad exige una conducta intachable y un desempeño honesto y leal de toda función o cargo que se ejerza en la Administración del Estado, con preeminencia del interés general sobre el particular, de forma que todas las autoridades deben caracterizarse por lo razonable e imparcial de sus decisiones.

Si bien en el pasado se entendía que la tenencia de un cargo previo podía comprometer algún interés al ejercer un nuevo cargo público y tal dualidad implicaba el inmediato cese en el primero; hoy en día, un hipotético conflicto de intereses, sólo hace exigible por parte de la autoridad una abstención o continencia, para participar en aquellas específicas decisiones o acuerdos donde pueda concurrir esa concreta inhabilidad.

De este modo, los concejales, en el ejercicio de sus cargos, únicamente se encuentran impedidos de intervenir en la fiscalización o cualquier otra determinación relativas a las unidades y servicios subalternos donde puedan laborar como funcionarios municipales.

De esta forma, vulnera la Constitución aquella norma en cuya virtud un concejal deba ser relevado de su cargo, por el hecho de venir ejerciendo un empleo adquirido con antelación en la misma entidad municipal.

**3. Rol Nº 2.379**

Considerandos 25º y 26º

Sólo son públicos ciertos aspectos de la actuación administrativa: los actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen.

Para interpretar lo anterior, debe considerarse que para que estemos en presencia de un acto administrativo producido por medios electrónicos, no basta el solo hecho de que un documento sea electrónico. Es necesaria, además, la existencia de una firma electrónica certificada mediante firma electrónica simple o avanzada.

**Rol Nº 2.379**

Considerando 27º

El carácter reservado o secreto de un asunto no vulnera la Constitución, toda vez que ella misma contempla la posibilidad de que la ley directamente o la Administración, sobre la base de ciertas causales legales específicas, declare algo como secreto o reservado.

**ARTÍCULO 19**

**Garantías fundamentales.**

**1. Rol Nº 2.379**

Considerando 24º



La Constitución reconoce una titularidad amplia de derechos constitucionales, dentro de los que caben los funcionarios públicos.

En consecuencia, la Constitución consagra que los funcionarios, al igual que el resto de las personas, sean titulares de los derechos fundamentales que ella asegura, con las restricciones que en cada caso establece.

## ARTÍCULO 19, Nº 2

### **Igualdad ante la ley.**

#### **1. Rol Nº 2.330**

Considerando 10° de los votos por acoger el requerimiento, de los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Marcelo Venegas Palacios, Marisol Peña Torres, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado.

La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todos quienes se encuentran en la misma situación y, consecuentemente, distintas para aquellos que se ubican en circunstancias diversas.

Si bien el legislador puede formular diferencias o estatutos especiales, tales distinciones son constitucionalmente admisibles sólo cuando obedecen a presupuestos objetivos, pertinentes y razonables; cuando resultan proporcionadas e indispensables y persigan una finalidad necesaria y tolerable.

#### **2. Rol Nº 2.306**

Considerandos 14° y 15°

La atribución del cuidado personal del menor a uno de los cónyuges cuando éstos se encuentran separados, parece razonable e inspirada en el interés superior del niño, no representando en sí misma una vulneración a la garantía de igualdad ante la ley, pues aunque establezca una diferencia de trato entre el padre y la madre, la misma tiene justificación en la realidad social de nuestro país. Adicionalmente, no se trata de una regla absoluta, desde el momento que ella puede ser alterada por acuerdo de los padres, como también por resolución judicial dictada conforme al inciso tercero del artículo 225 del Código Civil.

#### **Rol Nº 2.306**

Considerandos 20° y 21°

La excepción que el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil contempla para variar la regla de atribución que haya operado en virtud del inciso primero o segundo del mismo artículo, resulta excesivamente onerosa y desproporcionada para aquel de los padres que, no teniendo el cuidado personal de los hijos, aspira a tenerlo, pues exige la ocurrencia de circunstancias tan altas y calificadas que constituyen una diferencia de trato que cabe calificar de arbitraria y que no tiene amparo en la Constitución.

En efecto, al exigir que la medida sea indispensable para el interés del hijo, pero no por cualquier causa, sino únicamente por maltrato, descuido u otra causa justificada, impide al juez, si no concurren estas circunstancias, confiar al padre o adre el cuidado de los hijos aunque fuere simplemente beneficioso de acuerdo a las circunstancias del caso.

En consecuencia, el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil produce una diferencia de trato que excede lo que es lícito hacer al legislador conforme a la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

**3. Rol Nº 2.320**

Considerando 14°

Si el criterio esencial para el pago de una asignación familiar es el vivir a expensas de aquel cónyuge proveedor o proveedora de familia, no se justifica realizar una distinción según el sexo del causante y del beneficiario. En consecuencia, el artículo 3°, letra a), del D.F.L. Nº 150, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1981, consagra una diferencia de trato carente de razonabilidad entre dos categorías de personas (cónyuge hombre y cónyuge mujer) que se encuentran en una condición similar.

**4. Rol Nº 2.323**

Considerandos 17°, 18° y 20°

Si bien el artículo 277, inciso segundo, del Código Procesal Penal establece una diferenciación (un sujeto procesal, el Ministerio Público, puede apelar y otros no), tal diferenciación tiene fundamento en el rol que le corresponde al Ministerio Público en el proceso penal, en que el imputado goza de una presunción de inocencia y que dado que al Ministerio Público le corresponde compilar la prueba, puede incurrir en la causal de exclusión de prueba consistente en “inobservancia de garantías fundamentales”.

En consecuencia, no se trata de una medida desproporcionada.

**Rol Nº 2.330**

Considerandos 17°, 23°, 24°, 25° y 27° de los votos por el rechazo del requerimiento, de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza.

**Rol Nº 2.354**

Considerandos 9°, 17°, 18° y 20°

**5. Rol Nº 2.330**

Considerandos 11° y 14° de los votos por acoger el requerimiento, de los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Marcelo Venegas Palacios, Marisol Peña Torres, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado.

Carece de razón aquella disposición que otorga el recurso de apelación privativamente a uno de los intervinientes (Ministerio Público), pero no al otro querellante.

La opción del querellante de entablar un ulterior recurso de nulidad no puede sustituir la posibilidad de reclamar prontamente en alzada el auto de apertura del juicio oral, ya que tal resolución determinará el curso de lo que será todo el juicio oral.

**6. Rol Nº 2.333**

Considerandos 8°, 16° y 17° de los votos para acoger el requerimiento, de

la Ministra señora Marisol Peña Torres y de los ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Gonzalo García Pino y Juan José Romero Guzmán.

Es inconstitucional, por establecer una diferencia de trato a situaciones similares, la norma en virtud de la cual el legislador circunscribió la posibilidad de incoar la acción de filiación contra los herederos del presunto padre o madre cuando éstos hayan fallecido antes de la vigencia de la Ley N° 19.585, toda vez que establece una diferencia de trato que no es necesaria, idónea ni proporcional para proteger la tranquilidad de los herederos frente a demandas infundadas o tendenciosas.

**Rol N° 2.333**

Considerando 13° de los votos para acoger el requerimiento, de la Ministra señora Marisol Peña Torres y de los ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Gonzalo García Pino y Juan José Romero Guzmán.

La aplicación del artículo 5° transitorio de la Ley N° 19.585 produce en el caso concreto un efecto inconstitucional, pues introduce una diferencia de trato entre aquellos hijos que pueden reclamar su paternidad o maternidad y aquellos que no pueden hacerlo por intentar la respectiva acción transcurrido el plazo de un año desde la vigencia de dicha ley. Tal diferencia de trato no aparece suficientemente justificada ni es idónea.

**Rol N° 2.333**

Considerandos 6° y 8° de los votos por rechazar el requerimiento, de los Ministros señores Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Domingo Hernández Emparanza y señora María Luisa Brahm Barril.

El artículo 5° transitorio de la Ley N° 19.585 no vulnera la Constitución, toda vez que la ley que crea un derecho, puede fijar las condiciones para su ejercicio. En este caso, se otorgó un derecho que antes no existía, cual es de demandar de filiación aun padre fallecido.

Si bien en el ordenamiento jurídico se establece que el derecho a demandar la filiación es imprescriptible, es posible que por otra norma legal se puedan establecer reglas de caducidad.

**7. Rol N° 2.344**

Considerandos 17°, 18° y 19°

El imperativo de conservar la calificación en lista 1 impuesto a los jefes de departamento o funcionarios pertenecientes a niveles jerárquicos equivalentes, es perfectamente acorde con el régimen de carrera funcionaria, a que adscriben los funcionarios titulares de planta que no son de exclusiva confianza de quien los nombra, como así también con su carácter técnico, profesional y jerarquizado. Se inspira en el propósito de cautelar su buen desempeño, asegurándoles su cargo por un período de tres años, siempre que su gestión haya sido eficiente y, eventualmente, la prórroga de su nombramiento por igual período, salvo que el jefe superior resuelva llamar a concurso al término del primer período trienal. No constituye un requerimiento desmesurado que coloque objetivamente a los titulares respectivos en situación de desmedro respecto de los demás funcionarios públicos. Por el contrario, se trata de un requisito razonable que armoniza con la definición de carrera funcionaria y que no discrimina caprichosamente entre

personas, sino que simplemente distingue a partir de las diversas jerarquías de los involucrados.

**8. Rol Nº 2.356**

Considerandos 4°, 5°, 7°, 8° y 20°

El artículo 16 B de la Ley Nº 18.410 no vulnera la igualdad ante la ley, pues no se establece una discriminación arbitraria entre particulares que actúan en el sistema eléctrico, los cuales no se encuentran en la misma situación.

En el mercado eléctrico, los actores relevantes son los usuarios o consumidores finales, las empresas de distribución eléctrica y la empresa de transmisión eléctrica, cada uno de los cuales presenta diferencias entre sí y dentro de cada segmento no se hacen distinciones entre aquellos que están en situaciones similares.

La disposición cuestionada resulta razonable si se tienen en cuenta los principios que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a relaciones comerciales en las que el consumidor se encuentra en una situación de desventaja respecto del prestador del servicio en términos de capacidad negociadora. La relación contractual de los usuarios finales es con las empresas concesionarias de distribución de energía eléctrica, quienes a cambio de un pago tienen la obligación de proporcionar un servicio regular y continuo, siendo el usuario un cliente cautivo.

**Rol Nº 2.372**

Considerando 7°

El artículo 16 B de la Ley Nº 18.410 no vulnera la igualdad ante la ley, toda vez que si todos los niveles del sistema eléctrico remiten al abastecimiento ininterrumpido de los consumidores finales, los cuales deben contratar el suministro sólo con las empresas distribuidoras locales y únicamente a ellas pagan unas tarifas previstas a tal propósito, es sensato que las obligaciones de mantener la continuidad del servicio y de pagar las indemnizaciones a que dé lugar su incumplimiento sean exigibles directa e inmediatamente a tales concesionarias.

**9. Rol Nº 2.357**

Considerando 25°

En el caso *sub lite*, debe considerarse que al evidenciarse dos situaciones distintas, que autorizan un trato diferente, éste no es arbitrario, sino fundado en criterios racionales reales que la autoridad legislativa solamente se limita a ponderar. Lo que se reprocha por las requirentes no es la desigualdad en el otorgamiento legal de un beneficio de seguridad social en sí, sino que su reproche radica en que no se le extiende al permiso posnatal parental el mismo beneficio remuneracional excepcional para los trabajadores públicos respecto de toda licencia médica, más que propia del permiso maternal pre ni posnatal. Si quienes trabajan en el sector público gozan estatutariamente de derechos especiales en materia de licencias médicas por enfermedad, los descansos de maternidad pre y post natal y las licencias médicas por enfermedad del hijo menor de un año, no es obligación del legislador brindarles similar trato, cada vez que se dispongan nuevos beneficios, lo que sería falta de razonabilidad y transformaría a este grupo de trabajado-

res en un grupo de tratamiento propio permanentemente superior al resto de los trabajadores.

**10. Rol Nº 2.358**

Considerando 21°

La norma cuestionada en virtud de la cual se establece la prohibición de uso de sistemas de medición de audiencia en línea en los servicios televisivos es una discriminación arbitraria, ya que no se divisa razón por la cual el “*people meter on line*” fuere nocivo sólo en televisión, pero no en radio o en otros medios de telecomunicaciones sociales, incluso informáticos. En ese sentido, se establecería una diferencia regulatoria carente de justificación racional e inconstitucional.

**11. Rol Nº 2.368**

Considerandos 23°, 28° y 29°

El hecho de que se pueda despedir a un trabajador no docente de un establecimiento municipal por tener más de seis meses de licencia en los dos últimos años, no vulnera la igualdad ante la ley.

Al respecto, debe señalarse que efectivamente hay una diferencia entre el personal de los establecimientos privados y de los municipales. Mientras el personal no docente de los establecimientos educacionales privados se rige por el Código del Trabajo (procediendo las indemnizaciones) el personal no docente de los establecimientos educacionales municipales tiene un régimen mixto. Su régimen general es el del Código del Trabajo; pero se le aplican algunas normas propias de los funcionarios públicos regidos por un sistema estatutario.

Ahora bien, el distingo en cuanto a la procedencia o no de indemnización cuando se pone término a un contrato por salud incompatible, es razonable, toda vez que mientras no exceda el máximo de duración de las licencias que la norma contempla, el trabajador no docente tiene un régimen más favorable si trabaja en un establecimiento municipal, que en uno privado.

En consecuencia, en el caso en cuestión no se puede pretender aplicar las normas cuando producen un resultado favorable (licencias médicas con goce de remuneraciones completas) y rechazarlas cuando no se produce tal resultado (no procedencia de la indemnización), siendo constitucionalmente aceptable la ausencia de indemnización en el caso de despido por esta materia, ya que ello se ve compensado con el derecho a usar licencia con pleno goce de remuneraciones.

**Rol Nº 2.369**

Considerandos 23°, 28° y 29°

**Rol Nº 2.370**

Considerandos 23°, 28° y 29°

ARTÍCULO 19, Nº 3

**Igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.**

**1. Rol Nº 2.335**

Considerandos 10°, 12°, 14° y 16°

La aplicación del artículo 88 del Código de Procedimiento Civil que exige consignación previa en caso de haber promovido y perdido dos o más incidentes, no vulnera la Constitución, toda vez que no impide al recurrente, en el caso concreto, poder repreguntar o contrainterrogar a los testigos, ni menos impide o restringe la intervención del letrado. Es una norma que resulta razonable y proporcional para un fin constitucionalmente lícito.

La norma en cuestión no impide el acceso a la jurisdicción, ya que el proceso en que se aplica está en pleno desarrollo y ejercicio, no afectándose en caso alguno la tutela judicial efectiva.

Adicionalmente, la norma en cuestión no importa la exigencia de una consignación previa para reclamar ante el juez, sino que para recurrir a una instancia jurisdiccional, posibilidad que se restringe mediante consignación a efectos de evitar procesos laterales.

## ARTÍCULO 19, N° 3, INCISO SEXTO

### **Debido proceso.**

#### **1. Rol N° 2.314**

Considerandos 10°, 11°, 12 y 13°

El procedimiento debe ser racional y justo. Racional para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad; justo, para orientarlo a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso.

En relación al debido proceso, la Constitución no clausura su contenido; por lo tanto, no existe un único modelo *iusfundamental* correcto que lo garantice.

Un aspecto del debido proceso y una manifestación del principio acusatorio es el deber de correlación o congruencia, el cual vincula al juez y su potestad de resolver, definiéndose como aquel elemento del debido proceso que obliga al juez a dictar una sentencia coherente con la investigación penal, pudiendo fallar sólo respecto de los hechos y las personas materia de la acusación fiscal, asegurando de esta forma una investigación penal racional y justa, así como una adecuada defensa jurídica.

Se hace referencia a STC Rol N° 1.838.

#### **Rol N° 2.335**

Considerando 17°

#### **Rol N° 2.314**

Considerandos 25° y 26°

El artículo 389 del Código Procesal Penal establece la supletoriedad de las normas que regulan el procedimiento penal ordinario, en cuanto se adecúan a la brevedad y simpleza del procedimiento simplificado. Tal precepto no afecta el derecho constitucional al debido proceso en el caso concreto, por cuanto el requirente aún tiene suficiente tiempo y etapas procesales para preparar su defensa en un juicio que recién comienza.

#### **2. Rol N° 2.323**

Considerandos 21°, 22°, 23° y 24°

El artículo 277, inciso segundo, del Código Procesal Penal no vulnera el debido proceso. En primer lugar, porque el imputado no queda indefenso, la ley otorga medios para que se cautele el debido proceso.

Si bien podría sostenerse que no obstante tener derecho al recurso de nulidad, por el principio de economía procedimental podría no tener sentido esperar hasta la dictación de la sentencia de término para reclamar. Al respecto, cabe señalar que, en base al mismo principio invocado, un cuestionamiento a la sentencia definitiva puede ser más eficaz, porque así se mide con claridad el impacto que pudo haber tenido en sus derechos la exclusión de la prueba.

La inexistencia de la apelación debe ser enjuiciada en el contexto de si existen o no otros recursos que permitan alcanzar la misma finalidad. Lo relevante es que no haya indefensión y que los recursos sean efectivos, toda vez que no está envuelto en la garantía del debido proceso un derecho a un recurso específico.

En consecuencia, dado que el imputado goza del derecho a deducir el recurso de nulidad contra la sentencia definitiva, se concluye que el único recurso del que se está privando al requirente, en virtud del artículo 277, inciso segundo del Código Procesal Penal, es el recurso de apelación.

**Rol Nº 2.330**

Considerandos 28°, 29° y 30° de los votos por el rechazo del requerimiento, de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza.

**Rol Nº 2.354**

Considerandos 21°, 22°, 23° y 24°

**Rol Nº 2.323**

Considerando 25°

El legislador tiene discrecionalidad para establecer procedimientos en única o en doble instancia, de acuerdo a la naturaleza del conflicto que se pretende regular. La Constitución no garantiza el derecho al recurso de apelación, es decir, no se asegura la doble instancia. Así, si bien el derecho al recurso es esencial al debido proceso, éste no es equivalente al recurso de apelación.

**Rol Nº 2.330**

Considerando 32° de los votos por el rechazo del requerimiento, de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza.

**Rol Nº 2.354**

Considerando 25°

**3. Rol Nº 2.325**

Considerandos 7° y 19°

No admitir la orden de no innovar en un juicio de terminación de contrato

de arrendamiento por no pago de rentas, no vulnera el debido proceso, sino que resulta coherente con la necesidad de restablecer prontamente al propietario el pleno ejercicio de las facultades esenciales que le asisten sobre el inmueble de que se trata. La orden puede significar, en la práctica, que el propietario se vea impedido de usar, gozar o disponer (jurídica o materialmente) del objeto de su propiedad, no obstante haber obtenido una sentencia favorable que declaró terminada la relación contractual en un proceso en que el arrendatario tuvo la posibilidad de defenderse.

**4. Rol Nº 2.325**

Considerando 15°

La Constitución no establece el catálogo de trámites que constituyen el racional y justo procedimiento. Eso permite flexibilidad, adecuación a la materia, uso de facultades discrecionales, respeto hacia la especialidad del procedimiento. No existe un modelo único de garantías que configure el debido proceso.

Si bien el derecho al recurso es parte de las garantías que constituyen el racional y justo procedimiento, la Constitución no garantiza el derecho al recurso de apelación, no asegura la doble instancia. Tampoco hay una exigencia constitucional de equiparar todos los recursos al de apelación, como un recurso amplio que conduce al examen fáctico y jurídico de lo resuelto en primera instancia.

**5. Rol Nº 2.346**

Considerando 27° de los votos por rechazar el requerimiento de la Ministra señora Marisol Peña Torres y de los Ministros señores Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza.

El debido proceso es aplicable a la sanción administrativa. En él, las personas pueden aducir alegaciones, aportar documentos u otros elementos de juicio, conocer el estado de tramitación de los procedimientos, obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente. La Ley Nº 19.880 cumple los estándares del debido proceso.

**Rol Nº 2.346**

Considerando 32° de los votos por rechazar el requerimiento de la Ministra señora Marisol Peña Torres y de los Ministros señores Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza.

Los artículos 34 y 35 del D.F.L. Nº 2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, en el caso concreto, no vulneran el debido proceso. Por una parte, porque el legislador no dejó en la indefensión a la empresa reclamante. Tanto es así, que la medida de sanción de clausura no se ha hecho efectiva, porque fue suspendida por los tribunales. Por la otra, porque la empresa se ha defendido adecuadamente sin recurrir al procedimiento administrativo. De hecho, no presentó recurso administrativo, recurrió directamente a impugnarla ante los tribunales; y tuvo 11 días entre la fiscalización y la sanción, sin que presentara antecedente alguno a la autoridad.

**6. Rol Nº 2.346**

Considerandos 12° y 21° de los votos por acoger el requerimiento, de los



Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake e Iván Aróstica Maldonado y de la Ministra señora María Luisa Brahm Barril.

Los principios del artículo 19, Nº 3, de la Constitución, en amplitud y generalidad, se aplican, en lo concerniente al fondo o sustancia de toda diligencia, trámite o procedimiento, cualquiera sea el órgano estatal involucrado, trátase de actuaciones judiciales, actos jurisdiccionales o decisiones administrativas en que sea, o pueda ser, afectado el principio de legalidad contemplado en la Constitución o los derechos asegurados en el artículo 19, Nº 3º, del Texto Fundamental.

En consecuencia, con los matices que obedecen a las características propias del derecho administrativo sancionador, las garantías del debido proceso le son aplicables.

**Rol Nº 2.346**

Considerandos 16º, 17º y 22º de los votos por acoger el requerimiento, de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake e Iván Aróstica Maldonado y de la Ministra señora María Luisa Brahm Barril.

Son contrarias a las normas que establecen el debido proceso aquellas disposiciones que no establezcan normas que aseguren a quien resulte afectado por la resolución de un servicio público un justo y racional procedimiento, al no contemplar, entre otras garantías, ni el emplazamiento a la persona respectiva, ni la oportunidad para defenderse.

En consecuencia, son contrarios a la Constitución los artículos 34 y 35 del D.F.L. Nº 2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, al no contemplar un procedimiento que permita al afectado una adecuada defensa de sus derechos en sede administrativa, en forma previa a la imposición de las sanciones que en cada caso se establecen. Tales normas establecen una sanción, sin que exista un proceso jurisdiccional en el que tenga lugar el principio de bilateralidad de la audiencia ante un tercero imparcial y, por consiguiente, en que se haya respetado el derecho de defensa de quien será objeto de una tan drástica limitación a sus derechos. Tal nivel de sanción –clausura– exige que la respuesta del Estado emane de un órgano distinto, que sea dictada de conformidad al mérito de un justo y racional procedimiento, debidamente tramitado.

**7. Rol Nº 2.346**

Considerandos 25º, 26º, 28º y 29º de los votos por acoger el requerimiento, de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake e Iván Aróstica Maldonado y de la Ministra señora María Luisa Brahm Barril.

El derecho a un procedimiento justo y racional no sólo se refiere a aspectos adjetivos o formales, sino que también comprende elementos sustantivos de significada connotación material, como es garantizar la proporcionalidad de las medidas.

Así, son contrarios a la Constitución los artículos 34 y 35 del D.F.L. Nº 2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, ya que no resguardan ni promueven dicha finalidad, toda vez que por vía administrativa y sin ninguna cautela judicial previa, permite aplicar una sanción de clausura, hasta por hechos de ínfima magnitud y en los que puede no haber mediado ni siquiera culpa del infractor.

Por su parte, el principio de legalidad exige que la sanción administrativa esté vinculada con suficiente previsibilidad a una determinada infracción. Sin embargo, resulta que el artículo 34 impugnado en la gestión pendiente, es muy exiguo, sin contener un catálogo de conductas que constituyen infracciones lo suficientemente graves como para ser sancionadas con clausura.

Finalmente, por su parte, la proporcionalidad de la sanción constituye una materialización de la garantía de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Sin embargo, en el caso en cuestión, se prescinde de la proporcionalidad requerida, cuando como en la especie, a las dos penas de multa impuestas por dos infracciones, cualquiera que éstas sean, se adiciona la clausura.

**8. Rol Nº 2.356**

Considerando 22º

El artículo 16 B de la Ley Nº 18.410 no vulnera el derecho de acceso a la justicia ni a un racional y justo procedimiento. Ello, dado que el precepto legal impugnado no contempla procedimiento alguno en que se adjudiquen derechos para una de las partes o en que se resuelvan conflictos, no regulándose potestad sancionatoria alguna.

**Rol Nº 2.373**

Considerando 12º

El artículo 16 B de la Ley Nº 18.410 no vulnera el acceso a la justicia, toda vez que junto con disponer que las compensaciones deben abonarse a los usuarios “de inmediato”, reconoce el derecho que asiste al concesionario para repetir en contra de terceros responsables.

**9. Rol Nº 2.371**

Considerando 6º

Si bien la configuración del debido proceso ha sido entregada al legislador, éste debe contemplar, entre otras, las siguientes garantías: el oportuno conocimiento de la acción, la bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal, imparcial e idóneo y establecido por anterioridad por el legislador.

**Rol Nº 2.371**

Considerandos 8º, 10º y 11º

Entre los elementos que integran el debido proceso se encuentra la bilateralidad de la audiencia, pero debe considerarse que su intensidad no es la misma según el procedimiento de que se trate, siendo la notificación el elemento central en esta materia. Con todo, la forma de practicar una notificación es competencia del legislador, la que debe satisfacer el estándar del debido proceso, para lo cual se debe analizar la naturaleza del proceso de que se trate y la persona a quien se pretende poner en conocimiento de la resolución que se trate.

**Rol Nº 2.371**

Considerando 19º

A juicio del Tribunal Constitucional, que una resolución produzca efectos desde su dictación y no desde su notificación, como sanción a no haber establecido domicilio dentro de determinado territorio, no infringe el derecho al debido proceso, toda vez que ha sido la propia empresa requirente en el caso concreto, la que se ha colocado en la supuesta indefensión que alega, como producto del incumplimiento de una carga procesal que no podía desconocer.

**10. Rol Nº 2.346**

Considerando 56° de los votos por rechazar el requerimiento de la Ministra señora Marisol Peña Torres y de los Ministros señores Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza.

Para que haya vulneración al principio *non bis in idem* es necesario que un mismo ilícito sea sancionado dos veces. Lo que se busca evitar es una doble valoración de una misma contravención. Pero este principio no prohíbe que una persona pueda ser castigada con dos sanciones por una misma infracción. Así, por ejemplo, un ilícito puede tener una pena principal y una accesoria.

**11. Rol Nº 2.363**

Considerandos 22°, 26° y 27° de los votos para acoger el requerimiento, de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino y Juan José Romero Guzmán.

El derecho a un juez competente es parte del derecho a un juez natural, garantía integrante del debido proceso.

En el caso de la justicia militar, es esperable que ésta contenga derechos procesales básicos que protejan a la víctima. Sin embargo, el actual proceso penal militar contiene un conjunto mínimo de derechos que le impiden a la víctima el derecho a un proceso público y un adecuado derecho a defensa que le permita velar por sus intereses, máxime si el victimario es integrante de la misma institución jerárquica de quien lo juzga, vulnerándose, en consecuencia, el derecho a ser juzgado por un juez natural.

**ARTÍCULO 19, Nº 3, INCISO NOVENO**

**Principio de tipicidad.**

**1. Rol Nº 2.324**

Considerando 32°

Si bien es posible que una ley remita a otra ley para efectos de definir la conducta prohibida y su sanción (leyes penales en blanco impropias), no es lícito constitucionalmente que no se precise con claridad cuáles son las conductas lícitas y las prohibidas de esa remisión.

**Rol Nº 2.324**

Considerandos 32° y 33°

Los artículos 44 y 45 del proyecto de ley que establece el sistema de elecciones primarias para la nominación de candidatos a Presidente de la República, parlamentarios y alcaldes, establecen una remisión a los Títulos

VII, VIII y IX de la Ley Nº 18.700. Tal remisión es inconstitucional por no cumplir con el requisito de que todo tipo penal debe establecer, a lo menos, el núcleo esencial de la conducta punible, cuestión que no acontece en tal remisión.

#### ARTÍCULO 19, Nº 5

##### **Inviolabilidad de las comunicaciones.**

###### **1. Rol Nº 2.377**

Considerandos 28°, 29°, 30° y 31°

El artículo 5°, inciso segundo, de la Ley Nº 20.285, en el caso concreto, vulnera la Constitución, toda vez que los correos electrónicos son una forma de comunicación privada –entendiendo por tales aquellas en que el emittente singulariza al o a los destinatarios de su comunicación con el evidente propósito de que sólo él o ellos la reciban–.

El carácter inviolable de la comunicación no tiene que ver con el contenido de la misma, se protege el mensaje, sea que tenga que ver con aspectos públicos o privados. No es necesario para estar amparado por tal protección que el correo sea encriptado o con técnicas de cifrado.

Asimismo, no cambia la naturaleza de comunicación privada el hecho de que los correos emanen de funcionarios públicos.

###### **Rol Nº 2.377**

Considerandos 41°, 42° y 43°

En el caso concreto, los correos electrónicos no son actos o resoluciones ni fundamentos de las mismas ni constan en ningún expediente, por lo que no pueden ser considerados como información susceptible de ser entregada en el marco de la Ley Nº 20.285.

#### ARTÍCULO 19, Nº 9, Y Nº 18°

##### **Derecho a la protección social de la salud y derecho a la seguridad social.**

###### **1. Rol Nº 2.337**

Considerandos 3° y 4°

Tanto el derecho a la protección de la salud como el derecho a la seguridad social presuponen la cobertura de ciertos estados de necesidad a través de determinadas prestaciones o servicios, solventadas con equivalentes cotizaciones o aportes, aspectos esenciales cuya entidad y cuantía son materia de reserva legal.

La fórmula empleada –sistema privado de salud– es coherente con las garantías constitucionales, las cuales permiten la concurrencia de instituciones públicas y privadas en la administración de los aportes respectivos.

###### **Rol Nº 2.337**

Considerando 5°

Dado que las Isapres asumen los riesgos puestos a su cargo por un tiempo que puede durar toda la vida del afiliado, aparece indispensable al Estado modular “*el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social*” mediante un procedimiento de actualización de los precios contratados.

**2. Rol Nº 2.337**

Considerando 2º

Los artículos 38, inciso tercero, y 38 bis de la Ley Nº 18.933 no vulneran la Constitución, toda vez que es acorde a su texto que la ley prevea un alza de precios o tarifas respecto de contratos indefinidos y con prestaciones diferidas en el tiempo, si se entiende que ello obedece al ecuaníme propósito de adaptarlos a las nuevas circunstancias, que hacen posible financiar el incremento efectivo de los beneficios de salud.

**Rol Nº 2.337**

Considerando 8º

La facultad que los artículos 38, inciso tercero, y 38 bis de la Ley Nº 18.933, entregan a las Isapres se encuentra razonablemente delimitada por el propio legislador y debe ser entendida como un mecanismo concebido para mantener la equivalencia de las prestaciones de los contratantes, con vistas a precaver que, a través de su aplicación, se produzca un enriquecimiento sin causa de una de ellas en desmedro de la otra.

**3. Rol Nº 2.368**

Considerando 13º

El Tribunal Constitucional ha señalado en ocasiones anteriores que la licencia médica es un derecho de los funcionarios y que el régimen de las licencias forma parte del ámbito de la seguridad social, tendiente a permitir enfrentar adecuadamente las enfermedades.

**Rol Nº 2.369**

Considerando 13º

**Rol Nº 2.370**

Considerando 13º

**ARTÍCULO 19, Nº 12, INCISOS PRIMERO Y QUINTO**

**Libertad de emitir opinión.**

**1. Rol Nº 2.358**

Considerandos 9º y 11º

La norma cuestionada en virtud de la cual se establece la prohibición de uso de sistemas de medición de audiencia en línea en los servicios televisivos, se orientaría a mejorar la calidad de la televisión. Sin embargo, en opinión del Tribunal Constitucional, no se ve la forma cómo un instrumento de medición en tiempo real de la audiencia pueda generar por su sola utilización un efecto en la planificación de la parrilla programática, cuya estructura y características corresponde decidir con autonomía editorial a los propietarios del respectivo medio.

Ahora bien, la norma en cuestión no implica, *per se*, un acto de censura previo, sino un ejercicio de detección de las preferencias de un grupo representativo de televidentes, sobre los programas emitidos en un momento determinado por los distintos canales de televisión, abierta o cerrada.

**Rol Nº 2.358**

Considerandos 14° y 15°

La garantía del numeral 12 del artículo 19 de la Constitución, comprende la libertad para “... *establecer, operar y mantener estaciones de televisión*”. Las facultades de operación significan la de realizar algo o “*maniobrar, llevar a cabo alguna acción con auxilio de aparatos...*”. Por ende, el uso del recurso tecnológico denominado “*people meter on line*” queda comprendido dentro de esa esfera de libertad intangible de operación de estaciones de televisión, por los medios que estime convenientes.

El legislador en esta materia tiene sólo una potestad regulatoria, en virtud de la cual puede fijar las condiciones de ejercicio de esa libertad, pero no limitarla, suprimirla o afectarla en su núcleo esencial, mediante una prohibición de utilización de una determinada tecnología de investigación y medición de la teleaudiencia.

Es por lo anterior, que la disposición legal cuestionada deviene fundamentalmente en desproporcionada y no razonable, toda vez que no existe demostración conocida de alguna adecuación causal entre la prohibición legal y el mejoramiento de la calidad de la programación televisiva.

**ARTÍCULO 19, Nº 15, INCISO QUINTO**

**Ley Orgánica Constitucional de Elecciones Primarias**

**1. Rol Nº 2324**

Considerandos 21° y 22°

El artículo 35 del proyecto de ley que establece el sistema de elecciones primarias para la nominación de candidatos a Presidente de la República, parlamentarios y alcaldes, vulnera la Constitución, en particular, la frase “*en general, todo aquello relativo al acto eleccionario*” que permite al Servicio Electoral regular tal materia, toda vez que la Constitución establece que una ley orgánica constitucional sea la que establezca un sistema de elecciones primarias. En tal sentido, es la ley orgánica la que debe establecer el régimen jurídico de las primarias, no dejando en manos del Servicio Electoral definir ese marco jurídico en aspectos esenciales. El legislador puede establecer ese todo armónico y sistemático directamente o remitiendo a otras disposiciones legales. Pero no puede confiar esa tarea a la autoridad administrativa.

Adicionalmente, la vulneración se produce porque a través de tal disposición se deslegaliza un ámbito que la Constitución reservó a la competencia del legislador orgánico.

**ARTÍCULO 19, Nº 16**

**Libertad de elección y de contratación laboral.**

**1. Rol Nº 2.340**

Considerandos 3° y 4° de los votos por el rechazo del requerimiento, de los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Iván Aróstica Maldonado, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril.

El artículo 25 del Código del Trabajo es una norma atendible y razonable, considerando la especial naturaleza que reviste la función del transporte allí regulada.

Si bien del artículo 19, N° 16, de la Constitución se deriva la obligación de remunerar los servicios efectivamente desempeñados y aquellas horas en que el trabajador se encuentra a disposición del empleador, esto es, en aptitud o presto a realizar tareas bajo sus órdenes, no caen bajo tales premisas los tiempos de espera y descansos.

**2. Rol N° 2.340**

Considerandos 6°, 7°, 8°, 9°, 10°, 11°, 12° y 13° de los votos para acoger el requerimiento, de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino.

Al garantizar la libertad de trabajo, la Constitución no sólo se refiere a la libertad de elección y contratación laboral, sino que también a la protección del trabajo mismo. Ello, abarca más que la tradicional estabilidad en el empleo, pues comprende la necesidad de que la remuneración permita al trabajador acceder a una vida digna, los estándares mínimos de seguridad e higiene en el trabajo, la promoción en igualdad de condiciones y el derecho al descanso.

La protección constitución del trabajo implica, para el legislador, impedir el posible abuso de la posición de predominio y del poder negociador del empleador, e impedir que se perjudique especialmente al trabajador por su necesidad de trabajar. Asimismo, implica impedir que se ponga en riesgo la vida del trabajador, su seguridad, su salud, el normal desenvolvimiento de su vida social y familiar, el necesario tiempo libre destinado al esparcimiento y al descanso. En definitiva, implica proteger el justo equilibrio entre las distintas actividades cotidianas de la persona que presta su trabajo, con el objeto de que dicha labor no monopolice su vida.

**3. Rol N° 2.340**

Considerandos 20°, 21°, 22°, 23°, 24°, 25° y 29° de los votos para acoger el requerimiento, de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino.

El artículo 25 del Código del Trabajo vulnera lo señalado en el numeral 16 del artículo 19 de la Constitución, tanto respecto de los descansos como de los tiempos de descanso y espera.

En primer lugar, vulnera la Constitución pues considera que los tiempos de espera y descanso no constituyen trabajo y, por lo tanto, no deben ser remunerados. Si bien los trabajadores no deben ejecutar órdenes de su empleador en tal período, éstos tampoco pueden disponer libremente de dicho tiempo, pues su libertad se encuentra restringida a disfrutar de tal descanso a bordo de un bus, pernoctando lejos de su hogar o reposando en el lugar de trabajo.

En segundo lugar, desprotege a los trabajadores, en la medida que hace recaer sobre ellos la especialidad de la actividad. No porque la actividad propiamente tal sea esa excepcional debe recaer en la parte más débil de la relación el mayor peso.

En tercer lugar, la norma no se adecúa a lo señalado por la Constitución pues entrega a la libertad contractual un aspecto propio de la jornada. En efecto, los trabajadores se ven arrojados a la voluntad de su empleador de negociar una “retribución” o “compensación” por los descansos y tiempos de espera.

**Rol Nº 2.340**

Considerando 1° de los votos para acoger el requerimiento, de la ministra señora Marisol Peña Torres y ministro señor Francisco Fernández Fredes. La acción de inaplicabilidad en contra del artículo 25 del Código del Trabajo debe ser acogida parcialmente, en lo que se refiere a la retribución de los tiempos de espera sin realizar labor que los conductores y auxiliares de los servicios de transporte interurbano de pasajeros deben cumplir entre turnos laborales, toda vez que durante dichos lapsos esos trabajadores no disponen efectivamente de su tiempo y los mismos son decididos por el empleador o resultan de contingencias fortuitas y durante su transcurso sus trabajadores permanecen a su disposición.

**Rol Nº 2.340**

Considerando 3° de los votos para acoger el requerimiento, de la Ministra señora Marisol Peña Torres y Ministro señor Francisco Fernández Fredes.

La Constitución, al incluir como garantía el reconocimiento expreso de la libertad de trabajo y su protección, extiende la protección al trabajo mismo, en atención al compromiso de respeto a la dignidad del trabajador en la forma en que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo. Por ello, el legislador no puede liberar al empleador de remunerar el tiempo que a él dedican sus trabajadores, ya que de esa forma se vulneraría la protección constitucional de que goza el trabajo.

ARTÍCULO 19, Nº 20

**Igual repartición de las cargas públicas.**

**1. Rol Nº 2.332**

Considerandos 5°, 6°, 10°, 11° y 16° de los votos por acoger el requerimiento, de los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto y Juan José Romero Guzmán y de las Ministras señoras Marisol Peña Torres y María Luisa Brahm Barril.

Las disposiciones de la Ley de Rentas Municipales que facultan a las municipalidades para cobrar derechos por la publicidad que, no encontrándose en la vía pública, pueda ser vista desde la misma, corresponden a un tributo propiamente tal.

Si bien las municipalidades están habilitadas para determinar, mediante ordenanzas locales, las cantidades a pagar por concepto de otros derechos, concesiones o servicios, en cuanto a los tributos, sólo están habilitadas para aplicarlos al financiamiento de obras de desarrollo local.

**Rol Nº 2.332**

Considerando 12° de los votos por acoger el requerimiento, de los Minis-



tros señores Raúl Bertelsen Repetto y Juan José Romero Guzmán y de las Ministras señoras Marisol Peña Torres y María Luisa Brahm Barril.

Si la prestación pecuniaria exigida por una municipalidad no tiene como contrapartida un servicio o beneficio, ella debe ser considerada un tributo, el cual, para ajustarse a la Constitución, debe satisfacer las garantías que la misma contempla para el ejercicio de la potestad tributaria.

**Rol N° 2.332**

Considerando 13° de los votos por acoger el requerimiento, de los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto y Juan José Romero Guzmán y de las Ministras señoras Marisol Peña Torres y María Luisa Brahm Barril.

El principio de legalidad tributaria exige que, al menos, la ley determine los elementos esenciales de la obligación tributaria, esto es, el hecho gravado, la base imponible, el sujeto obligado y la tasa o cuantía a pagar, no siendo procedente la delegación de facultades legislativas.

**2. Rol N° 2.332**

Considerandos 21° y 22° de los votos por rechazar el requerimiento, de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Frenes, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino.

Las disposiciones de la Ley de Rentas Municipales que facultan a las municipalidades para cobrar derechos por la publicidad que, no encontrándose en la vía pública, pueda ser vista desde la misma no vulneran la Constitución, pues de trata de un derecho municipal, dado que es la propia ley la que define que hay contraprestación, pagándose por el permiso y no por la publicidad.

**ARTÍCULO 19, N° 21**

**Derecho a desarrollar una actividad económica.**

**1. Rol N° 2.346**

Considerando 38° de los votos por acoger el requerimiento, de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake e Iván Aróstica Maldonado y de la Ministra señora María Luisa Brahm Barril.

El numeral 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental establece el derecho de desarrollar una actividad económica, lo que debe ser ejercicio respetando las normas legales que lo regular.

Al respecto, debe considerarse que si bien al “regular” una actividad se pueden establecer limitaciones y restricciones a su ejercicio, éstas deben ser ordenadas por ley y no mediante normas de carácter administrativo. Se hace referencia a STC Roles N° 167, 146 y 467.

**Rol N° 2.346**

Considerando 39° de los votos por acoger el requerimiento, de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake e Iván Aróstica Maldonado y de la Ministra señora María Luisa Brahm Barril.

En el caso en cuestión, el artículo 34 del D.F.L. N° 2, de 1967, infringe la Constitución al impedir el ejercicio de una actividad económica lícita, toda vez que permite al Inspector del Trabajo, por la vía administrativa,

clausurar un establecimiento, en la especie la actividad de transporte de pasajeros, en caso que esa empresa incurra en multas administrativas. En efecto, de no ser por ese precepto legal, las referidas empresas podrían desarrollar la actividad económica que despliegan, libres de la amenaza de clausura administrativa.

**2. Rol Nº 2.358**

Considerando 22°

La norma cuestionada en virtud de la cual se establece la prohibición de uso de sistemas de medición de audiencia en línea en los servicios televisivos importa una supresión de la demanda por un servicio, lo que indudablemente amaga la actividad económica de las empresas proveedoras de ese servicio de medición, sin que se divise razón moral, de orden público o de seguridad nacional que amerite tal prohibición legal.

**3. Rol Nº 2.368**

Considerandos 16° y 20°

El hecho de que se pueda despedir a un trabajador por tener más de seis meses de licencia en los dos últimos años, no vulnera el artículo 19, Nº 21, de la Constitución.

Ello, dado que la actividad de los establecimientos educacionales que administran los municipios no puede encuadrarse en tal numeral del artículo 21, ya que los establecimientos educacionales municipales no realizan actividad empresarial, aunque pueden acogerse al beneficio de la subvención.

**Rol Nº 2.369**

Considerandos 16° y 20°

**Rol Nº 2.370**

Considerandos 16° y 20°

ARTÍCULO 19, Nº 25

**Propiedad industrial.**

**1. Rol Nº 2.365**

Considerando 17°

La propiedad industrial es una especie de propiedad o cuasi-propiedad porque no puede asimilarse directamente ni a un derecho real ni a un derecho personal. Tal condición jurídica la reconoce el constituyente al asociar el derecho de propiedad industrial solamente a los incisos segundo al quinto del artículo 19, Nº 24, de la Carta Fundamental.

**Rol Nº 2.365**

Considerando 19°

Por mandato constitucional, corresponde al legislador regular el plazo o tiempo por el cual se reconoce el dominio industrial a su titular.

La Constitución establece un régimen diferente para el derecho de autor y de la propiedad intelectual, respecto del derecho de propiedad industrial. La Constitución habilita al legislador para definir la protección de la propiedad industrial por el tiempo que establezca la ley. De la misma

manera lo hace respecto del derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, pero con un límite definido por el constituyente, en el sentido de que el tiempo de protección no será inferior al de la vida del titular.

## ARTÍCULO 33

### **Ministros de Estado.**

#### **1. Rol Nº 2.367**

Considerandos 25°, 26°, 27°, 29° y 30°

De conformidad al artículo 33 de la Carta Fundamental, la ley debe determinar la “*organización*” de los ministerios, lo que se realiza a través de leyes simples. Sin embargo, la misma Constitución consagra, en su artículo 38, que es materia de ley orgánica constitucional determinar “*la organización básica de la administración pública*”.

Adicionalmente, debe considerarse que es la misma Carta Fundamental la que establece la potestad reglamentaria del Presidente de la República, estando concebida para la ejecución de las leyes. De este modo, la existencia de una materia reservada a la ley, no excluye la intervención del reglamento en la medida que se limite a pormenorizar o detallar lo establecido en un precepto legal.

Interpretar en conjunto los artículos 33, inciso segundo, y 65, inciso cuarto, Nº 2, ambos de la Carta Fundamental, lleva a la conclusión de que es materia de ley determinar “*el número*”, la “*organización*” y “*el orden de precedencia de los Ministros titulares*”, lo que implica necesariamente la atribución de crearlos.

Ahora bien, la “*organización*” no tiene que ver con las atribuciones, con el procedimiento, con las plantas de personal, con el presupuesto, con el estatuto de personal ni con el régimen de remuneraciones. Tiene que ver con la estructura interna de la entidad, con las unidades que tiene y con la jerarquía de las mismas, con la forma en que se ordenan y se relacionan.

De este modo, en el lenguaje constitucional, crear un órgano de la Administración es más amplio que organizarlo; abarca más aspectos, como definir funciones y atribuciones, el régimen de recursos humanos, de bienes y presupuestos.

#### **Rol Nº 2.367**

Considerandos 35°, 36°, 37°, 38°, 39° y 40°

Si bien en ocasiones anteriores el Tribunal Constitucional consideró que facultar a una autoridad administrativa para regular la organización interna del servicio violaba la Constitución por ser ésta una materia de ley, de iniciativa exclusiva del Presidente, debe considerarse que tal doctrina debe ser modificada, toda vez que, entre otros motivos, se basaba en una mirada estricta de la reserva de ley, lo que hoy en día no es interpretado de tal forma.

Así, hoy se entiende que es perfectamente posible la intervención regulatoria de un reglamento, en la medida que el mismo no innove ni adicione aspectos que el legislador no previó, siendo posible que pormenorice deta-

lles, situaciones que la ley no puede abordar por la generalidad o abstracción que le es propia.

Por tal motivo, entre otros, es posible concluir que establecer una reserva absoluta de ley en materia organizatoria no es una interpretación adecuada ni lógica.

**Rol Nº 2.367**

Considerandos 52° y 58°

La remisión al reglamento para la distribución temática de las divisiones del Ministerio del Deporte no vulnera la Constitución, toda vez que la norma impugnada no otorga funciones ni competencias al Ministerio o a sus órganos, no se refiere al personal que puede integrar el Ministerio del Deporte, no faculta a la autoridad para crear órganos desconcentrados y sólo permite la distribución temática de la tarea en las distintas Divisiones, las cuales están creadas por el propio legislador.

Adicionalmente, debe agregarse que la fijación de las áreas temáticas sólo implica establecer las materias que las Divisiones deben asumir, pero no determina su organización.

ARTÍCULO 63, Nº 18

**Reserva legal en materia de procedimiento.**

**1. Rol Nº 2.346**

Considerandos 35° y 37° de los votos por rechazar el requerimiento de la Ministra señora Marisol Peña Torres y de los Ministros señores Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza. Las normas legales que regulan el procedimiento administrativo tienen características propias. Por de pronto, son leyes comunes. De acuerdo al mandato del Nº 18 del artículo 63 de la Constitución, estas leyes sólo deben fijar "*las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración*". Estas leyes, denominadas también marco, se distinguen porque si bien en toda ley hay un margen de operación para el reglamento, en ellas ese margen se incrementa, por su carácter general. Por lo mismo, en ellas es indispensable la complementación de la autoridad administrativa.

Adicionalmente, debe considerarse que es posible y lícito que la Administración pueda regular algunos aspectos determinados en una ley, siendo la misma Constitución la que armoniza la potestad legislativa con la potestad reglamentaria.

**Rol Nº 2.346**

Considerandos 38°, 51° y 52° de los votos por rechazar el requerimiento de la Ministra señora Marisol Peña Torres y de los Ministros señores Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza.

Los artículos 34 y 35 del D.F.L. Nº 2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social no vulnera la reserva legal en materia procedimental, pues tiene suficiente densidad, especificando la autoridad que puede sancionar, los casos en que ello ocurre, la sanción que puede aplicarse, la duración de la misma. Por otra parte, tiene determinación, pues establece

que la clausura se hace efectiva 20 días después de la notificación de la resolución que la dispone y los empleadores están obligados a pagar a sus trabajadores las remuneraciones establecidas en sus respectivos contratos de trabajo.

No obstante la norma en cuestión tiene elementos de discrecionalidad, la misma no tiene nada de inconstitucional, porque tratándose de una sanción, lo relevante es que los elementos esenciales de ella estén establecidos en la ley y tiene elementos tales que permiten a quien la aplica subsumir adecuadamente los hechos en la conducta descrita.

#### ARTÍCULO 77

##### **Ley Orgánica Constitucional de Tribunales.**

###### **1. Rol Nº 2.338**

Considerando 6°

Es materia de ley orgánica constitucional aquella normativa que incide en 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 es aquella referida al establecimiento de una materia de arbitraje forzoso.

###### **Rol Nº 2.338**

Considerando 10°

No se afectan los atributos de la jurisdicción ni los factores que determinan la competencia de los tribunales aquella normativa en virtud de la cual se establece que el árbitro que resuelva un asunto deberá optar exclusiva e íntegramente por una de las dos proposiciones de las partes, no pudiendo fallar por otra alternativa ni acoger proposiciones de una y de otra parte.

#### ARTÍCULO 93, INCISO PRIMERO, Nº 2

##### **Cuestiones de constitucionalidad de auto acordados.**

###### **1. Rol Nº 2.313**

Considerando 9°

Es presupuesto esencial para que el Tribunal Constitucional pueda entrar a conocer del requerimiento de inconstitucionalidad la existencia de una gestión, juicio o proceso penal pendiente ante un tribunal ordinario o especial.

###### **Rol Nº 2.317**

Considerando 8°

#### ARTÍCULO 93, INCISO PRIMERO Nº 6, E INCISO DÉCIMO PRIMERO

##### **Requerimiento de inaplicabilidad.**

###### **1. Rol Nº 2.321**

Considerando 5°

La impugnación en cuya virtud el Tribunal Constitucional podría declarar inaplicable por inconstitucional un determinado precepto legal, no puede

presentarse en términos hipotéticos o teóricos, o aludiendo en citas meramente argumentativas a parte de su jurisprudencia, pero sin hacerse cargo de otros veredictos próximos que le puedan ser contradictorios.

**2. Rol Nº 2.364**

Considerando 3º

La resolución de una acción de inaplicabilidad tiene efectos puramente supresivos o negativos, en el sentido de impedir que el juez de la instancia aplique un precepto legal. No importa, empero, un mandamiento positivo de aplicar otra norma legal o, *per se*, la aplicación de un precepto constitucional, más allá de lo necesario para sólo inaplicar un precepto legal.

**Rol Nº 2.379**

Considerando 7º

El recurso de inaplicabilidad está diseñado para excluir o permitir la inclusión de preceptos legales dentro del abanico de normas que tiene el juez de la instancia para resolver el asunto controvertido, antes de que se dicte sentencia. Por lo mismo, detectada y fundada la contradicción con la Constitución, debe ser marginada de dicho ámbito por el Tribunal Constitucional, para que esa interpretación no se aplique.

La inaplicabilidad no exige, como en la acción de inconstitucionalidad, que el precepto sea inconstitucional a todo evento y en toda circunstancia, bastando que haya una interpretación inconciliable con la Carta Fundamental para que el Tribunal Constitucional tenga habilitada su competencia para coger dicha inaplicabilidad.

**3. Rol Nº 2.336**

Considerando 6º

De acuerdo a lo señalado previamente por el Tribunal Constitucional, *“únicamente procede declarar la inadmisibilidad de acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en razón de un pronunciamiento 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”* (STC Rol Nº 1.710).

**4. Rol Nº 2.311**

Considerando 7º

La fundamentación razonable para declarar admisible un requerimiento de inaplicabilidad supone explicitar la aptitud del o de los preceptos legales objetados para contrariar, en su aplicación al caso concreto, la Constitución, lo que debe ser expuesto circunstanciadamente, motivo por el cual 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 2.315**

Considerando 7º

**Rol Nº 2.326**

Considerando 8°

**Rol Nº 2.339**

Considerando 10°

**Rol Nº 2.349**

Considerando 8°

**Rol Nº 2.351**

Considerando 11°

**Rol Nº 2.366**

Considerando 6°

**Rol Nº 2.315**

Considerando 8°

No se encuentra razonablemente fundado aquel requerimiento en que se sostiene algo que no tiene correlación con los antecedentes de la gestión pendiente.

**Rol Nº 2.331**

Considerando 7°

No se encuentra razonablemente fundado aquel requerimiento en que los fundamentos de hecho se encuentran fuera de los casos y formas a que se refiere la preceptiva cuya aplicación se impugna.

**Rol Nº 2.348**

Considerando 5°

No se encuentra razonablemente fundado aquel requerimiento que no contiene una exposición clara de cómo los hechos y fundamentos en que se apoya producen como resultado la infracción constitucional que se denuncia.

**Rol Nº 2.349**

Considerando 7°

**Rol Nº 2.318**

Considerando 7°

No le corresponde al Tribunal Constitucional resolver problemas de mera legalidad, lo que implica que el requerimiento carece de fundamento plausible.

**Rol Nº 2.326**

Considerando 7°

**Rol Nº 2.344**

Considerando 14°

**Rol Nº 2.353**

Considerandos 7° y 9°

**Rol Nº 2.359**

Voto por declarar la inadmisibilidad del requerimiento, de los Ministros señores Francisco Fernández Fredes y Domingo Hernández Empanza.

**Rol Nº 2.360**

Voto por declarar la inadmisibilidad del requerimiento, de los Ministros señores Francisco Fernández Fredes y Domingo Hernández Empanza.

**Rol Nº 2.376**

Considerando 7°

**Rol Nº 2.307**

Considerando 7°

No se encuentra razonablemente fundado aquel requerimiento en que no se indica de forma clara cómo se produce la infracción constitucional.

**Rol Nº 2.311**

Considerando 8°

**Rol Nº 2.339**

Considerando 11°

**Rol Nº 2.349**

Considerando 7°

**Rol Nº 2366**

Considerando 7°

**Rol Nº 2.363**

Considerando 2° de los votos para rechazar el requerimiento, de los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto e Iván Aróstica Maldonado y Ministra señora María Luisa Brahm Barril.

No se encuentra razonablemente fundado aquel requerimiento en que no se cuestionan las normas que causarían, de manera directa e inmediata, los posibles efectos inconstitucionales.

**5. Rol Nº 2.328**

Considerando 8°

Es inadmisibile aquel procedimiento en que no existe una gestión pendiente en que pueda tener efectos un pronunciamiento de inaplicabilidad.

**Rol Nº 2.329**

Considerando 6°

**Rol Nº 2.334**

Considerando 6°

**Rol Nº 2361**

Considerando 8°

**Rol Nº 2.378**

Considerando 5°

**6. Rol Nº 2.311**

Considerando 6°



Debe declararse improcedente aquel requerimiento en que el precepto impugnado no ha de tener aplicación en la gestión pendiente.

**Rol Nº 2.312**

Considerando 2º

**Rol Nº 2.319**

Considerando 10º

**Rol Nº 2.322**

Considerando 10º

**Rol Nº 2.342**

Considerando 10º

**Rol Nº 2.343**

Considerando 10º

**Rol Nº 2.345**

Considerando 6º

**Rol Nº 2.375**

Considerando 7º

**Rol Nº 2.319**

Considerando 6º

El Tribunal Constitución ya ha resuelto que el que la aplicación de un precepto legal haya de resultar decisiva en la resolución de un asunto “*supone que el Tribunal Constitucional efectúe un análisis para determinar si de los antecedentes allegados al requerimiento puede concluirse que el juez necesariamente ha de tener en cuenta la norma legal que se impugna, para decidir la gestión*” (STC Rol Nº 668).

**Rol Nº 2.322**

Considerando 6º

**Rol Nº 2.339**

Considerando 8º

**Rol Nº 2.342**

Considerando 9º

**Rol Nº 2.343**

Considerando 9º

**Rol Nº 2.345**

Considerando 5º

**Rol Nº 2.319**

Considerando 7º

La aplicación decisiva de un precepto legal “*tiene que ver con la causalidad directa y necesaria entre dicha aplicación y la decisión del litigio, en términos que la estimación –o rechazo– de la pretensión sea el efecto de la incidencia de la norma legal en la resolución del conflicto. Si éste puede producirse por la aplicación de otro*

*precepto legal, dejará de ser decisiva la aplicación del que se impugna” (STC Rol Nº 1.312).*

**Rol Nº 2.322**

Considerando 7º

**7. Rol Nº 2.308**

Considerando 8º

El requerimiento de inaplicabilidad es una vía inidónea para ser dirigida en contra de un auto acordado de la Corte Suprema.

**Rol Nº 2.327**

Considerandos 7º y 9º

El requerimiento de inaplicabilidad es una vía inidónea para ser dirigida en contra de un precepto de carácter reglamentario, toda vez que sólo se puede dirigir en contra de preceptos legales.

**8. Rol Nº 2.316**

Considerando 2º

No debe acogerse a tramitación aquel requerimiento en que no se ha acompañado certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial o bien, éste no cumple con las exigencias legales.

**ARTÍCULO 118, INCISO QUINTO**

**Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.**

**1. Rol Nº 2.324**

Considerando 12º

El inciso final del artículo 4º del proyecto de ley que establece el sistema de elecciones primarias para la nominación de candidatos a Presidente de la República, parlamentarios y alcaldes, es constitucional en el entendido de que, para efectos de la elección de alcaldes, el territorio electoral comprende el territorio de la comuna o agrupación de comunas que son administradas por la respectiva Municipalidad.

**ARTÍCULO 119**

**Concejo Municipal.**

**1. Rol Nº 2.355**

Considerando 6º

Debe tener carácter de ley orgánica constitucional aquellas disposiciones en que se establecen materias en que el alcalde necesariamente requiere el acuerdo del Concejo Municipal.

**2. Rol Nº 2.377**

Considerandos 11º y 14º

Vulnera la Constitución aquella norma en cuya virtud un concejal deba ser relevado de su cargo, por el hecho de venir ejerciendo un empleo adquirido con antelación en la misma entidad municipal, toda vez que la membresía en los órganos administrativos de generación electoral debe

abrirse en función de hacerla accesible a todos quienes puedan materializar la participación de la comunidad local, por lo que el establecimiento de incompatibilidades, que impiden incorporarse a tales cuerpos colegiados u obran como causales de expulsión de ellos, debe reservarse para operar en supuestos de derecho estricto, donde no existan otras opciones menos lesivas pero igualmente efectivas tendientes a cautelar el orden institucional y la plena vigencia del principio de probidad.



ÍNDICE GENERAL DE LAS SENTENCIAS PRONUNCIADAS  
POR EL EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Roles N<sup>os</sup> 2.306 a 2.380

**Rol N<sup>o</sup> 2.306-2012 ..... 15**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 225, INCISOS PRIMERO Y TERCERO, DEL CÓDIGO CIVIL, DEDUCIDO POR LUIS EUGENIO PALMA BUSTAMANTE.

PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN.

DISIDENCIA, RESPECTO DE DIVERSAS PARTES DE LA SENTENCIA, DE LOS MINISTROS SEÑORES HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE, IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, DOMINGO HERNÁNDEZ EMPARANZA, CARLOS CARMONA SANTANDER Y GONZALO GARCÍA PINO Y DE LAS MINISTRAS SEÑORAS MARISOL PEÑA TORRES Y MARÍA LUISA BRAHM BARRIL.

Sentencia: 30 de mayo de 2013 – **Se acoge parcialmente**

**Rol N<sup>o</sup> 2.307-2012 ..... 36**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 91 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, DEDUCIDO POR CARLOS NIETO GONZÁLEZ Y OTROS.

Sentencia: 27 de septiembre de 2012 – **No se acoge a tramitación**

**Rol N<sup>o</sup> 2.308-2012 ..... 39**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL AUTO ACORDADO SOBRE PROCEDIMIENTO PARA INVESTIGAR RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE JUECES Y FUNCIONARIOS JUDICIALES DE LA CORTE SUPREMA, DEDUCIDO POR ABIGAÍL SANTOS GALLARDO.

DISIDENCIA DEL MINISTRO SEÑOR HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE.

Sentencia: 3 de octubre de 2012 – **Inadmisible**

**Rol Nº 2.309-2012** ..... 43

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 277, INCISO SEGUNDO, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, DEDUCIDO POR LEONIDAS ALEJANDRO CONTIN NARANJO.

Sentencia: 9 de octubre de 2012 – **No se acoge a tramitación**

**Rol Nº 2.310-2012** ..... 43

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 277, INCISO SEGUNDO, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, DEDUCIDO POR ANTONIO CONTIN GONZÁLEZ.

Sentencia: 9 de octubre de 2012 – **No se acoge a tramitación**

**Rol Nº 2.311-2012** ..... 44

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LA FRASE QUE INDICA, CONTENIDA EN EL INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 257 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, DEDUCIDO POR RAFAEL LUIS FAZIO MOLINA.

Sentencia: 12 de octubre de 2012 – **Inadmisible**

**Rol Nº 2.312-2012** ..... 47

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 348, INCISO CUARTO, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, DEDUCIDO POR EDUARDO PATRICIO CASTRO GÓMEZ.

PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR RAÚL BERTELSEN REPETTO.

Sentencia: 6 de agosto de 2013 – **Rechazado**

**Rol Nº 2.313-2012** ..... 54

REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL INCISO SEGUNDO DEL NUMERAL 2º DEL AUTO ACORDADO SOBRE TRAMITACIÓN Y FALLO DEL RECURSO DE PROTECCIÓN DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LA CORTE SUPREMA, DEDUCIDO POR MASTER SOCIEDAD ANÓNIMA.

Sentencia: 12 de octubre de 2012 – **Inadmisible**

**Rol Nº 2.314-2012** ..... 58

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 389, PARTE FINAL, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, DEDUCIDO POR DOMINGO ALBERTO SOTO LÓPEZ.

PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN.

Sentencia: 22 de octubre de 2013 – **Rechazado**

**Rol Nº 2.315-2012** ..... 71

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO ÚNICO, INCISO PRIMERO, DE LA LEY Nº 20.473, EN LA PARTE QUE INDICA, DEDUCIDO POR EL CENTRO DE MANEJO DE RESIDUOS ORGÁNICOS COLHUE S.A.

DISIDENCIA DEL MINISTRO SEÑOR JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY.

Sentencia: 20 de noviembre de 2012 – **Inadmisible**

**Rol Nº 2.316-2012** ..... 75

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LETRAS B) Y C) DEL Nº 8 DEL ARTÍCULO 1º DE LA LEY Nº 20.580, QUE MODIFICA EL INCISO QUINTO DEL ARTÍCULO 197 Y AGREGA UN INCISO FINAL AL MISMO ARTÍCULO DE LA LEY DE ALCOHOLES, EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 238 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, DEDUCIDO POR MÓNICA DE LAS MERCEDES MUÑOZ PEREIRA.

Sentencia: 25 de octubre de 2012 – **No se acoge a tramitación**

**Rol Nº 2.317-2012** ..... 76

REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL Nº 20 DEL AUTO ACORDADO DEL TRIBUNAL CALIFICADOR DE ELECCIONES, DE 7 DE JUNIO DE 2012, QUE REGULA LA TRAMITACIÓN Y LOS PROCEDIMIENTOS QUE DEBEN APLICAR LOS TRIBUNALES ELECTORALES REGIONALES, DEDUCIDO POR RENÉ LEYTON LEYTON Y OTROS.

Sentencia: 12 de octubre de 2012 – **Inadmisible**

**Rol Nº 2.318-2012** ..... 80

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 272 DEL CÓDIGO CIVIL, ANTES DE LA VIGENCIA DE LA LEY Nº 10.271, DE ABRIL DE 1952, DEDUCIDO POR ANA FRANCISCA CASANOVA GALLARDO, JUEZ TITULAR DEL TERCER JUZGADO DE FAMILIA DE SANTIAGO.

Sentencia: 13 de noviembre de 2012 – **Inadmisible**

**Rol Nº 2.319-2012** ..... 83

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 25, 25 BIS Y 26 BIS DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, DEDUCIDO POR JORGE MAXIMILIANO VARGAS BARRIOS.

PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE Y GONZALO GARCÍA PINO.

Sentencia: 14 de mayo de 2013 – **Rechazado**

**Rol Nº 2.320-2012 ..... 91**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS EXPRESIONES “EN LA FORMA QUE DETERMINE EL REGLAMENTO” E “INVÁLIDO”, CONTENIDAS EN LA LETRA A) DEL ARTÍCULO TERCERO DEL D.F.L. Nº 150, DE 1981, DEL MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL, QUE FIJA EL TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DE LAS NORMAS SOBRE EL SISTEMA ÚNICO DE PRESTACIONES FAMILIARES, CONTENIDO EN EL D.L. Nº 307, DE 1974, DEDUCIDO POR MARÍA FERNANDA VILA PIÉRART Y OTRO.

PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES CARLOS CARMONA SANTANDER Y GONZALO GARCÍA PINO.

DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, DOMINGO HERNÁNDEZ EMPARANZA Y MINISTRA SEÑORA MARÍA LUISA BRAHM BARRIL.

Sentencia: 14 de agosto de 2013 – **Acogido**

**Rol Nº 2.321-2012 ..... 108**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 25, 25 BIS, 26 Y 26 BIS DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, DEDUCIDO POR EL PRIMER JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE SANTIAGO.

PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE Y GONZALO GARCÍA PINO.

Sentencia: 4 de julio de 2013 – **Rechazado**

**Rol Nº 2.322-2012 ..... 115**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 25, 25 BIS Y 26 BIS DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, DEDUCIDO POR MIGUEL ANTONIO MUÑOZ CARTAGENA.

PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE Y GONZALO GARCÍA PINO.

Sentencia: 14 de mayo de 2013 – **Rechazado**

**Rol Nº 2.323-2012 ..... 115**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 277, INCISO SEGUNDO, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, DEDUCIDO POR EDUARDO PEDRO RAMÓN ZEGERS LARRAÍN.

PREVENCIÓN DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES Y DEL MINISTRO SEÑOR DOMINGO HERNÁNDEZ EMPARANZA.



DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES RAÚL BERTELSEN REPETTO, IVÁN ARÓSTICA MALDONADO Y JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN Y DE LA MINISTRA SEÑORA MARÍA LUISA BRAHM BARRIL.

Sentencia: 9 de enero de 2014 – **Rechazado**

**Rol Nº 2.324-2012 ..... 135**

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE EL SISTEMA DE ELECCIONES PRIMARIAS PARA LA NOMINACIÓN DE CANDIDATOS A PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, PARLAMENTARIOS Y ALCALDES.

PREVENCIÓN, RESPECTO DE DIVERSAS PARTES DE LA SENTENCIA, DE LOS MINISTROS SEÑORES JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY, DOMINGO HERNÁNDEZ EMPARANZA Y GONZALO GARCÍA PINO.

DISIDENCIA, RESPECTO DE DIVERSAS PARTES DE LA SENTENCIA, DE LOS MINISTROS SEÑORES MARCELO VENEGAS PALACIOS, HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE, JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY, IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, CARLOS CARMONA SANTANDER Y GONZALO GARCÍA PINO Y DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES.

Sentencia: 20 de noviembre de 2012

**Ley Nº 20.640, de 6 de diciembre de 2012**

**Rol Nº 2.325-2012 ..... 168**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL NUMERAL NOVENO, PARTE FINAL, DEL ARTÍCULO 8° DE LA LEY Nº 18.101, MODIFICADA POR LA LEY Nº 19.866, DEDUCIDO POR SERVILIBROS S.A.

PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES RAÚL BERTELSEN REPETTO, HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE, IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, DOMINGO HERNÁNDEZ EMPARANZA Y DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES.

DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE E IVÁN ARÓSTICA MALDONADO Y DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES.

Sentencia: 25 de abril de 2013 – **Rechazado**

**Rol Nº 2.326-2012 ..... 182**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PARTE QUE INDICA DEL ARTÍCULO 24, INCISO SEGUNDO, Y DEL ARTÍCULO 201, INCISO FINAL, AMBOS DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, DEDUCIDO POR MIGUEL NASUR ALLEL.

Sentencia: 11 de diciembre de 2012 – **Inadmisible**

**Rol Nº 2.327-2012 ..... 186**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 146 DEL REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA, CONTENIDO EN EL D.S. Nº 597, DE 14 DE JUNIO DE 1984, DEL MINISTERIO DEL INTERIOR, DEDUCIDO POR ERIK GONZALO ESPINOZA CERDA, JUEZ TITULAR DEL JUZGADO DE GARANTÍA DE VIÑA DEL MAR.

Sentencia: 16 de octubre de 2012 – **Inadmisible**

**Rol Nº 2.328-2012 ..... 189**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 120, INCISO PRIMERO, Y DEL ARTÍCULO 125, INCISO SEGUNDO, LETRA C), AMBOS DE LA LEY Nº 18.834, SOBRE ESTATUTO ADMINISTRATIVO; DEL ARTÍCULO 64 DE LA LEY Nº 18.575 ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE BASES GENERALES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO; Y DEL ARTÍCULO 20, PARTE FINAL, DEL CÓDIGO PENAL, DEDUCIDO POR GUSTAVO MUÑOZ SALINAS.

PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES Y DOMINGO HERNÁNDEZ EMPARANZA.

Sentencia: 10 de diciembre de 2012 – **Inadmisible**

**Rol Nº 2.329-2012 ..... 192**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 91 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, DEDUCIDO POR CARLOS NIETO GONZÁLEZ Y OTROS.

Sentencia: 20 de diciembre de 2012 – **Rechazado**

**Rol Nº 2.330-2012 ..... 195**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 277, INCISO SEGUNDO, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, EN ESPECIAL EN LA ORACIÓN “CUANDO LO INTERPUSIERE EL MINISTERIO PÚBLICO”, DEDUCIDO POR RODRIGO HINZPETER KIRBERG, MINISTRO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA.

PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY.

Sentencia: 29 de enero de 2013 – **Rechazado por empate de votos**

**Rol Nº 2.331-2012 ..... 216**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 277, INCISO SEGUNDO, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, DEDUCIDO POR LEONIDAS ALEJANDRO CONTIN NARANJO Y ANTONIO CONTIN GONZÁLEZ.

Sentencia: 13 de noviembre de 2012 – **Inadmisible**

<b>Rol Nº 2.332-2012</b> .....	<b>219</b>
REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 41, Nº 5, Y 42, INCISOS PRIMERO Y SEGUNDO, DEL D.L. Nº 3.063, LEY SOBRE RENTAS MUNICIPALES, DEDUCIDO POR CBS OUTDOOR CHILE S.A.	
PREVENCIÓN DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES.	
Sentencia: 24 de julio de 2014 – <b>Rechazado por empate de votos</b>	
<b>Rol Nº 2.333-2012</b> .....	<b>252</b>
REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 5º TRANSITORIO, INCISOS TERCERO Y CUARTO, DE LA LEY Nº 19.585, DEDUCIDO POR ANDREA MALDONADO ILLANES, JUEZ TITULAR DEL TRIBUNAL DE FAMILIA DE COYHAIQUE.	
PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN.	
Sentencia: 11 de junio de 2013 – <b>Rechazado por empate de votos</b>	
<b>Rol Nº 2.334-2012</b> .....	<b>271</b>
REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 6º DEL D.F.L. Nº 1, DE 1994, DEL MINISTERIO DE HACIENDA, ESTATUTO ORGÁNICO DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, DEDUCIDO POR RIGG S.A.	
Sentencia: 31 de octubre de 2012 – <b>Inadmisible</b>	
<b>Rol Nº 2.335-2012</b> .....	<b>274</b>
REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 88 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, DEDUCIDO POR FERNANDO EDUARDO VARGAS LLANOS.	
DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE E IVÁN ARÓSTICA MALDONADO.	
Sentencia: 29 de octubre de 2013 – <b>Rechazado</b>	
<b>Rol Nº 2.336-2012</b> .....	<b>285</b>
REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 387, INCISO SEGUNDO, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, DEDUCIDO POR JOSÉ GABRIEL FIGUEROA LEIVA.	
Sentencia: 23 de noviembre de 2012 – <b>Inadmisible</b>	
<b>Rol Nº 2.337-2012</b> .....	<b>290</b>
REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, INCISO TERCERO, Y 38 BIS DE LA LEY Nº 18.933, DEDUCIDO POR MARÍA ELENA LAVÍN LLONA.	

PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN.  
DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE, FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES, CARLOS CARMONA SANTANDER Y GONZALO GARCÍA PINO.

Sentencia: 1 de octubre de 2013 – **Rechazado**

**Rol Nº 2.338-2012** ..... **327**

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY Nº 20.599, QUE REGULA LA INSTALACIÓN DE TORRES SOPORTE DE ANTENAS EMISORAS.

DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE, JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY Y DOMINGO HERNÁNDEZ EMPARANZA Y DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES.

Sentencia: 20 de noviembre de 2012

**Ley Nº 20.643, de 29 de diciembre de 2012**

**Rol Nº 2.339-2012** ..... **334**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 21 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, DEDUCIDO POR ESSBIO S.A.

Sentencia: 8 de noviembre de 2012 – **Inadmisible**

**Rol Nº 2.340-2012** ..... **339**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 25, INCISO PRIMERO, DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, DEDUCIDO POR EL SINDICATO NACIONAL PULLMAN SUR.

PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN.

Sentencia: 12 de septiembre de 2013 – **Rechazado por empate de votos**

**Rol Nº 2.341-2012** ..... **360**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 8º, INCISO CUARTO, DE LA LEY Nº 19.640, ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO, DEDUCIDO POR ALEJANDRO FAINÉ MATURANA.

PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR IVÁN ARÓSTICA MALDONADO.

DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES, DOMINGO HERNÁNDEZ EMPARANZA Y CARLOS CARMONA SANTANDER.

Sentencia: 14 de agosto de 2013 – **Acogido**

**Rol Nº 2.342-2012 ..... 374**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 42, NUMERAL 1º, INCISO FINAL, DE LA LEY SOBRE IMPUESTO A LA RENTA, APROBADA POR EL D.L. Nº 824, DE 1974, ANTES DE SU DEROGACIÓN POR LA LEY Nº 20.219, DEDUCIDO POR JAIME OMAR QUINTANA GUTIÉRREZ.

Sentencia: 16 de noviembre de 2012 – **Inadmisible**

**Rol Nº 2.343-2012 ..... 378**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 42, NUMERAL 1º, INCISO FINAL, DE LA LEY SOBRE IMPUESTO A LA RENTA, APROBADA POR EL D.L. Nº 824, DE 1974, ANTES DE SU DEROGACIÓN POR LA LEY Nº 20.219, DEDUCIDO POR JAIME OMAR QUINTANA GUTIÉRREZ.

Sentencia: 16 de noviembre de 2012 – **Inadmisible**

**Rol Nº 2.344-2012 ..... 378**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 8º, LETRA D), INCISO FINAL, DE LA LEY Nº 18.834 SOBRE ESTATUTO ADMINISTRATIVO, DEDUCIDO POR ALEJANDRA MIRANDA DELGADO.

DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE, FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES, CARLOS CARMONA SANTANDER Y GONZALO GARCÍA PINO.

Sentencia: 30 de enero de 2014 – **Rechazado**

**Rol Nº 2.345-2012 ..... 405**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 166 Y 171, INCISO SEGUNDO, DEL CÓDIGO SANITARIO, DEDUCIDO POR THYSSENKRUPP ACEROS Y SERVICIOS S.A.

PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE.

DISIDENCIA DEL MINISTRO SEÑOR IVÁN ARÓSTICA MALDONADO.

Sentencia: 22 de noviembre de 2012 – **Inadmisible**

**Rol Nº 2.346-2012 ..... 408**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 34 Y 35 DEL D.F.L. Nº 2, DE 1967, DEL MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL, DEDUCIDO POR TRANSPORTES EXPRESO NORTE AC LIMITADA.

Sentencia: 16 de enero de 2014 – **Rechazado por empate de votos**

**Rol Nº 2.347-2012** ..... **452**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 39, INCISO PRIMERO, DEL D.F.L. Nº 3, DE 1997, LEY GENERAL DE BANCOS, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 40 DE LA MISMA LEY, DEDUCIDO POR NICHOLAS SHEA CAREY Y JEAN BOUDEGUER SIMONETTI.

Sentencia: 15 de noviembre de 2012 – **Retirado**

**Rol Nº 2.348-2012** ..... **453**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 464, Nº 1, Y 472 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, DEDUCIDO POR INGRASUR LIMITADA, REDPAN LIMITADA Y LA LIBERTAD S.A.

Sentencia: 22 de noviembre de 2012 – **No se acoge a tramitación**

**Rol Nº 2.349-2012** ..... **456**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 5º TRANSITORIO, INCISO SEXTO, DE LA LEY Nº 19.070, ESTATUTO DOCENTE, DEDUCIDO POR CORPORACIÓN SERVICIO EVANGÉLICO PARA EL DESARROLLO (SEDAPE).

Sentencia: 11 de diciembre de 2012 – **Inadmisibile**

**Rol Nº 2.350-2012** ..... **460**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 39, INCISO PRIMERO, DEL D.F.L. Nº 3, DE 1997, LEY GENERAL DE BANCOS, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 40 DE LA MISMA LEY, DEDUCIDO POR JEAN BOUDEGUER SIMONETTI.

DISIDENCIA DEL MINISTRO SEÑOR IVÁN ARÓSTICA MALDONADO.

Sentencia: 28 de mayo de 2013 – **Desistido**

**Rol Nº 2.351-2012** ..... **462**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 5º, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY Nº 20.285, SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, EN LA PARTE QUE INDICA, DEDUCIDO POR ANGÉLICA MANRÍQUEZ RAMÍREZ, SUBSECRETARIA DE TRANSPORTES SUBROGANTE, EN REPRESENTACIÓN DEL MINISTERIO DE TRANSPORTE Y TELECOMUNICACIONES, PEDRO PABLO ERRÁZURIZ DOMÍNGUEZ, MINISTRO DE TRANSPORTE Y TELECOMUNICACIONES, POR SÍ, PATRICIO PÉREZ GÓMEZ, COORDINADOR GENERAL DE TRANSPORTES, POR SÍ, Y RICARDO OPORTO JARA.

DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES MARCELO VENEGAS PALACIOS E IVÁN ARÓSTICA MALDONADO.

Sentencia: 26 de diciembre de 2012 – **Inadmisible**

**Rol Nº 2.352-2012 ..... 466**

REQUERIMIENTO PRESENTADO POR UN GRUPO DE DIPUTADOS RESPECTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 11, INCISOS SEGUNDO Y TERCERO; 12, INCISO PRIMERO; 20 Y 21 DEL PROYECTO DE LEY QUE “ESTABLECE UN RÉGIMEN SIMPLIFICADO PARA LA CONSTITUCIÓN, MODIFICACIÓN, TRANSFORMACIÓN, FUSIÓN, DIVISIÓN Y TERMINACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS QUE INDICA”, CONTENIDO EN EL BOLETÍN Nº 7.328-03.

Sentencia: 4 de diciembre de 2012 – **Téngase por no presentado**

**Rol Nº 2.353-2012 ..... 467**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL TRATADO ENTRE LA REPÚBLICA DE CHILE Y LA REPÚBLICA DE ARGENTINA SOBRE CONTROLES INTEGRADOS DE FRONTERAS, DE 8 DE AGOSTO DE 1997, PARA EL EFECTO DE EXTENDER TERRITORIALMENTE LA COMPETENCIA DEL JUZGADO DE GARANTÍA DE LOS ANDES, DEDUCIDO POR HÉCTOR GUZMÁN GODOY.

Sentencia: 4 de diciembre de 2012 – **Inadmisible**

**Rol Nº 2.354-2012 ..... 472**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 277, INCISO SEGUNDO, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, PARTICULARMENTE RESPECTO DE LA ORACIÓN “CUANDO LO INTERPUSIERE EL MINISTERIO PÚBLICO”, Y DEL ARTÍCULO 320 DEL MISMO CÓDIGO, PARTICULARMENTE RESPECTO DE LA ORACIÓN “DICTE LAS INSTRUCCIONES NECESARIAS PARA QUE SUS PERITOS PUEDAN ACCEDER A EXAMINAR”, DEDUCIDO POR CARLOS DAVID CONTRERAS QUISPE.

PREVENCIÓN DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES Y DEL MINISTRO SEÑOR DOMINGO HERNÁNDEZ EMPARANZA.

DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES RAÚL BERTELSEN REPETTO, IVÁN ARÓSTICA MALDONADO Y JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN.

Sentencia: 9 de enero de 2014 – **Rechazado**

**Rol Nº 2.355-2012 ..... 494**

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY QUE OTORGA A LOS FUNCIONARIOS MUNICIPALES QUE INDICA UNA BO-

NIFICACIÓN POR RETIRO VOLUNTARIO Y UNA BONIFICACIÓN ADICIONAL.

PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR DOMINGO HERNÁNDEZ EMPARANZA.

DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE, CARLOS CARMONA SANTANDER, JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY Y GONZALO GARCÍA PINO.

Sentencia: 11 de diciembre de 2012

**Ley Nº 20.649, de 11 de enero de 2013**

**Rol Nº 2.356-2012 ..... 499**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 16 B DE LA LEY Nº 18.410, QUE CREA LA SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES, DEDUCIDO POR COMPAÑÍA NACIONAL DE FUERZA ELÉCTRICA S.A. (CONAFE) Y EMPRESA ELÉCTRICA ATACAMA S.A. (EMELAT).

DISIDENCIA DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES.

Sentencia: 28 de noviembre de 2013 – **Rechazado**

**Rol Nº 2.357-2012 ..... 517**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 6, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY Nº 20.545, QUE MODIFICÓ LAS NORMAS SOBRE PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD E INCORPORÓ EL PERMISO POSTNATAL PARENTAL, DEDUCIDO POR LEYLA ALEJANDRA CHAHÍN VALENZUELA Y OTROS FISCALES DEL MINISTERIO PÚBLICO.

PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR IVÁN ARÓSTICA MALDONADO Y MARÍA LUISA BRAHM BARRIL.

DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES CARLOS CARMONA SANTANDER Y GONZALO GARCÍA PINO.

Sentencia: 4 de julio de 2013 – **Rechazado**

**Rol Nº 2.358-2012 ..... 549**

REQUERIMIENTO PRESENTADO POR UN GRUPO DE DIPUTADOS, QUE REPRESENTAN LA CUARTA PARTE DE LOS MIEMBROS EN EJERCICIO DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS, RESPECTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL Nº 9 DEL ARTÍCULO ÚNICO DEL PROYECTO DE LEY QUE “PERMITE LA INTRODUCCIÓN DE LA TELEVISIÓN DIGITAL TERRESTRE”, CONTENIDO EN EL BOLETÍN Nº 6.190-19.

PREVENCIÓN DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES.

DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES FRANCISCO FERNÁNDEZ



FREDES, CARLOS CARMONA SANTANDER, JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY Y GONZALO GARCÍA PINO.

Sentencia: 9 de enero de 2013 – **Acogido**

**Rol Nº 2.359-2012** ..... 584

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY Nº 18.020 Y DEL ARTÍCULO 151, INCISO PRIMERO, DE LA LEY Nº 18.834, DEDUCIDO POR ROSA ELIANA ARÉVALO MARTÍNEZ.

Sentencia: 2 de enero de 2013 – **Inadmisibles por empate de votos**

**Rol Nº 2.360-2012** ..... 586

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY Nº 18.020 Y DEL ARTÍCULO 151, INCISO PRIMERO, DE LA LEY Nº 18.834, DEDUCIDO POR BEATRIZ RIVEROS SEPÚLVEDA.

Sentencia: 2 de enero de 2013 – **Inadmisibles por empate de votos**

**Rol Nº 2.361-2012** ..... 587

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY Nº 18.700, ORGÁNICA CONSTITUCIONAL SOBRE VOTACIONES POPULARES Y ESCRUTINIOS, Y DEL ARTÍCULO 119, INCISO TERCERO, DE LA LEY Nº 18.695, ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE MUNICIPALIDADES, DEDUCIDO POR JAIME QUINTANA LEAL, PRESIDENTE DEL PARTIDO POR LA DEMOCRACIA.

PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES CARLOS CARMONA SANTANDER, JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY Y GONZALO GARCÍA PINO.

Sentencia: 4 de diciembre de 2012 – **Inadmisibles**

**Rol Nº 2.362-2012** ..... 590

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 6 DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR, DEDUCIDO POR MICHELE GUERRA PASTÉN.

Sentencia: 26 de diciembre de 2012 – **No se acoge a tramitación**

**Rol Nº 2.363-2012** ..... 591

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 5, Nº 3, DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR, DEDUCIDO POR LORENA FRIES MONLEON, DIRECTORA DEL INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS.

PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN.

Sentencia: 14 de enero de 2014 – **Rechazado por empate de votos**

**Rol Nº 2.364-2012** ..... **619**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 25, INCISO PRIMERO, DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, DEDUCIDO POR CRISTIÁN MAURICIO VIDAL VERA.

PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR IVÁN ARÓSTICA MALDONADO Y DE LA MINISTRA SEÑORA MARÍA LUISA BRAHM BARRIL.

Sentencia: 7 de enero de 2014 – **Rechazado**

**Rol Nº 2.365-2012** ..... **626**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 48 Y 108, LETRA B), DE LA LEY Nº 19.039 DE PROPIEDAD INDUSTRIAL, DEDUCIDO POR CORPORACIÓN NACIONAL DEL COBRE DE CHILE (CODELCO).

PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE E IVÁN ARÓSTICA MALDONADO Y DE LA SEÑORA MARÍA LUISA BRAHM BARRIL.

DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES RAÚL BERTELSEN REPETTO, JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, CARLOS CARMONA SANTANDER Y DOMINGO HERNÁNDEZ EMPARANZA.

Sentencia: 14 de enero de 2014 – **Acogido parcialmente**

**Rol Nº 2.366-2012** ..... **659**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 565 Y 561, EN LA PARTE QUE INDICA, Y DEL ARTÍCULO 569, INCISO PRIMERO, TODOS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, DEDUCIDO POR SOCIEDAD CONTRACTUAL MINERA BOREAL.

Sentencia: 26 de diciembre de 2012 – **Inadmisible**

**Rol Nº 2.367-2012** ..... **663**

REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 3º DEL PROYECTO DE LEY QUE CREA EL MINISTERIO DEL DEPORTE, DEDUCIDO POR UN GRUPO DE DIPUTADOS, QUE REPRESENTAN MÁS DE LA CUARTA PARTE DE LOS MIEMBROS EN EJERCICIO DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS.

PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES MARCELO VENEGAS PALACIOS E IVÁN ARÓSTICA MALDONADO.

DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES RAÚL BERTELSEN REPETTO, HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE Y FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES.

Sentencia: 16 de enero de 2013 – **Rechazado**

**Rol Nº 2.368-2012** ..... **690**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY Nº 18.020 Y DEL ARTÍCULO 151, INCISO PRIMERO, DE LA LEY Nº 18.834, DEDUCIDO POR SONIA RÍOS REINOSO.

PREVENCIÓN DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES Y DE LOS MINISTROS SEÑORES FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES, GONZALO GARCÍA PINO, DOMINGO HERNÁNDEZ EMPARANZA Y JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN.

Sentencia: 3 de septiembre de 2013 – **Rechazado**

**Rol Nº 2.369-2012** ..... **707**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY Nº 18.020 Y DEL ARTÍCULO 151, INCISO PRIMERO, DE LA LEY Nº 18.834, DEDUCIDO POR MARÍA INÉS ROA ARCE.

PREVENCIÓN DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES Y DE LOS MINISTROS SEÑORES FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES, GONZALO GARCÍA PINO, DOMINGO HERNÁNDEZ EMPARANZA Y JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN.

Sentencia: 3 de septiembre de 2013 – **Rechazado**

**Rol Nº 2.370-2012** ..... **707**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY Nº 18.020 Y DEL ARTÍCULO 151, INCISO PRIMERO, DE LA LEY Nº 18.834, DEDUCIDO POR MARÍA CECILIA DÍAZ CUEVAS.

PREVENCIÓN DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES Y DE LOS MINISTROS SEÑORES FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES, GONZALO GARCÍA PINO, DOMINGO HERNÁNDEZ EMPARANZA Y JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN.

Sentencia: 3 de septiembre de 2013 – **Rechazado**

**Rol Nº 2.371-2012** ..... **708**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 139, INCISO FINAL, DEL CÓDIGO DE AGUAS, DEDUCIDO POR MINERA EL TESORO.

PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR IVÁN ARÓSTICA MALDONADO Y DE LA MINISTRA SEÑORA MARÍA LUISA BRAHM BARRIL.

Sentencia: 4 de noviembre de 2014 – **Rechazado**

**Rol Nº 2.372-2012** ..... **722**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 139, INCISO FINAL, DEL CÓDIGO DE AGUAS, DEDUCIDO POR ANTOFAGASTA MINERALS S.A.

PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR IVÁN ARÓSTICA MALDONADO Y DE LA MINISTRA SEÑORA MARÍA LUISA BRAHM BARRIL.

Sentencia: 4 de noviembre de 2014 – **Rechazado**

**Rol Nº 2.373-2012** ..... **723**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 16 B DE LA LEY Nº 18.410, QUE CREA LA SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES, DEDUCIDO POR CGE DISTRIBUCIÓN S.A., EMPRESA ELÉCTRICA MELIPILLA, COLCHA-GUA Y MAULE S.A., EMPRESA ELÉCTRICA DE TALCA S.A., Y COMPAÑÍA NACIONAL DE FUERZA ELÉCTRICA S.A.

DISIDENCIA DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES.

Sentencia: 12 de septiembre de 2013 – **Rechazado**

**Rol Nº 2.374-2012** ..... **740**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 988, INCISO SEGUNDO, DEL CÓDIGO CIVIL, ANTERIOR A LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY Nº 19.585, EN LA PARTE QUE INDICA, DEDUCIDO POR ÁLVARO MORALES AHUMADA.

Sentencia: 30 de mayo de 2012 – **Desistido**

**Rol Nº 2.375-2012** ..... **741**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 5, Nº 3, DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR, DEDUCIDO POR ANACLARA VIDAURRÁZAGA LUXOR.

Sentencia: 24 de enero de 2013 – **Inadmisible**

**Rol Nº 2.376-2012** ..... **745**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 157, INCISO CUARTO, DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE TRIBUNALES, DEDUCIDO POR CLEMENTE PONCE MOLINA.

Sentencia: 26 de diciembre de 2012 – **Inadmisible**

**Rol Nº 2.377-2012** ..... **748**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 75 DE LA LEY Nº 18.695, ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE MUNICIPALIDADES, DEDUCIDO POR LA CORTE DE APE-

LACIONES DE RANCAGUA.

PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR GONZALO GARCÍA PINO.

DISIDENCIA DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES Y DE LOS MINISTROS SEÑORES FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES, DOMINGO HERNÁNDEZ EMPARANZA Y RAÚL BERTELSEN REPETTO.

Sentencia: 10 de diciembre de 2013 – **Acogido**

**Rol Nº 2.378-2012** ..... 765

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 503, INCISO PRIMERO, Y 506 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, DEDUCIDO POR NÚCLEO PAISAJISMO S.A.

Sentencia: 22 de enero de 2013 – **Inadmisible**

**Rol Nº 2.379-2012** ..... 768

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 5º, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY Nº 20.285, EN LA PARTE QUE SEÑALA “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”, DEDUCIDO POR RODRIGO UBILLA MACKENNEY, SUBSECRETARIO DEL INTERIOR.

PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN.

DISIDENCIA DEL MINISTRO SEÑOR DOMINGO HERNÁNDEZ EMPARANZA.

Sentencia: 29 de enero de 2014 – **Acogido**

**Rol Nº 2.380-2012** ..... 794

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 292, INCISO FINAL, Y 492, INCISO SEGUNDO, DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, DEDUCIDO POR EMPRESA DEPURADORA DE AGUAS SERVIDAS.

Sentencia: 1 de agosto de 2013 – **Desistido**

