



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias del Derecho

**La Interpretación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
Período 2006 – 2010.**

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales

Autor
Roberto Andrés Arteaga González

Profesor Guía
Álvaro Luciano Fuentealba Hernández

Octubre de 2013

Agradecimientos

Una tesis como ésta, no puede ser considerada como el fruto del trabajo de una sola persona, sino que de una particular y única conjugación de relaciones, momentos, palabras, ideas, cariño, etc., la que, en este caso, ha sido plasmada en las páginas que usted leerá a continuación.

En ese sentido, una lista de agradecimientos nunca puede ser del todo exhaustiva, puesto que siempre hay personas que, sin necesariamente desearlo, cooperaron a la formación de alguna idea o al cambio de un paradigma. Sin embargo, es necesario mencionar a quienes fueron más significativos para mí en este proceso.

En primer lugar, quisiera agradecer a mi madre y, a través de ella, a mi familia, que son y han sido mis primeros críticos y mi primer apoyo.

A mis amigos, sobre todo a Marianne e Ignacio, que hicieron que la vida universitaria fuera una que valiera la pena ser vivida.

A mi maestro y profesor guía, Álvaro Fuentealba, por su paciencia, sus enseñanzas y su plena confianza en mi trabajo. Él es, antes que nada, una inspiración a mi incipiente vocación académica.

A Luciano, que es para quien finalmente escribí estas páginas, para que algún día viva en una sociedad en que sus derechos sociales sean plenamente respetados.

Y, por sobre todas las cosas, a Francisca, por su compañía, sus palabras, sus ideas, su comprensión y su incondicional amor.

Tabla de Contenido

Elemento	Página
Introducción	5
1. Sobre el Deber de Fundamentación de las Sentencias.	5
2. Sobre los estándares.	8
Capítulo Primero	
Elementos de Teoría de la Interpretación Constitucional	12
1. Ideas Generales.	12
2. Los Derechos Fundamentales como Conceptos Esencialmente Controvertidos.	14
3. Interpretación Constitucional, Seguridad Jurídica y Objetividad	18
4. Elementos de Hermenéutica Constitucional Presentes en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.	30
Capítulo Segundo	
La Posición Institucional del Tribunal Constitucional luego de la Reforma de 2005	44
1. Introducción.	44
2. La discusión de los proyectos de Reforma Constitucional.	45
3. Cantidad de jueces y proceso de nombramiento.	48
4. La discusión respecto a las facultades del Tribunal Constitucional	51

Capítulo Tercero	
Nociones sobre la naturaleza de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su interpretación en el constitucionalismo nacional	65
1. Sobre el concepto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.	65
2. Sobre la función de los Derechos Sociales.	76
3. Avances en la Doctrina y Jurisprudencia Nacional.	83
Capítulo Cuarto	
El Derecho a la Educación en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.	89
1. Consideraciones Generales.	89
2. Contenido y Niveles de la Educación Parvularia.	92
3. Funciones de las Subvenciones.	99
4. La nueva Ley General de Educación.	104
Capítulo Quinto	
El Derecho a la Seguridad Social en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.	130
1. Consideraciones Generales.	130
2. Los fines de la seguridad social y las finalidades del Estado.	132
3. La legitimidad de los plazos como modalidades para ejercer un derecho de la seguridad social.	146

Capítulo Sexto

El Derecho a la Protección de la Salud	167
1. Consideraciones Generales.	167
2. Las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad, basadas en el Derecho a la Protección de la Salud.	174
Conclusiones	204
Bibliografía	212

Introducción

1. Sobre el Deber de Fundamentación de las Sentencias

El discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general¹ y tiene como característica principal, el que sus premisas deben estar obligatoriamente vinculadas con el derecho vigente². En consecuencia, los jueces deben fundamentar sus sentencias de acuerdo a las reglas y principios del derecho vigente³. Es la realización de este deber la que nos permite conocer las razones - al menos las expresas - que llevan a los sentenciadores a decidir un caso de determinada manera.

La actividad judicial adquiere especial relevancia cuando se refiere a la determinación de la constitucionalidad de las normas emitidas por los órganos legislativos, es decir, cuando el criterio para la determinación de la validez de una norma sea su conformidad con otra de carácter superior, en este caso, la Constitución Política de la República.

En nuestro sistema jurídico, dicha actividad ha sido conferida de forma privativa al Tribunal Constitucional, el que como los demás órganos de adjudicación, tiene el deber de fundamentar sus sentencias conforme al derecho vigente.

¹ ALEXY, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 206.

² *Ibíd.*

³ ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. La Fundamentación de las Sentencias: ¿Un Rasgo Distintivo de la Judicatura Moderna? *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. XV, Diciembre de 2003, p. 35.

Dada la especial naturaleza de la jurisdicción constitucional - sobre todo el que muchas normas contienen conceptos de contenido jurídico indeterminado o de textura abierta -, la obligación Tribunal Constitucional se vuelve mucho más intensa y debe tener especial cuidado en la expresión y uso de cánones de fundamentación y argumentación que no dejen dudas respecto de su racionalidad. Si bien es imposible que todos estén de acuerdo respecto de la corrección de la decisión de un Tribunal, tratándose de la adjudicación constitucional, y justamente por su naturaleza, se debe exigir mayor densidad argumentativa, una robusta y seria dogmática y un desarrollo convincente respecto a que las razones expresadas sean lógicas, pero sobre todo, que estén externamente justificadas.

La doctrina ha hecho un esfuerzo por determinar los elementos de interpretación usados por el Tribunal Constitucional, pudiendo encontrar los referidos al uso de argumentos sobre la base del tenor literal⁴, la interpretación armónica⁵, la búsqueda de la intención del legislador⁶, la referencia al literalismo y originalismo⁷, etc.

Por otra parte, se puede apreciar una tendencia en la cultura jurídica interna chilena, en orden a buscar resolver conflictos sobre derechos económicos, sociales y culturales, a través de la judicialización de los mismos. Es decir, que

⁴ ALDUNATE LIZANA, Eduardo. Categorías para el Análisis de la Argumentación Jurídica del Tribunal Constitucional. Los Argumentos sobre la Base del Tenor Literal y la Interpretación Armónica. *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial, 1998, p. 115 - 120.

⁵ *Ibíd.*

⁶ ZAPATA LARRAÍN, Patricio. *Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 170 y ss.

⁷ *Ibíd.*

sean los jueces quienes determinen las prestaciones que debe otorgar el Estado a los ciudadanos que recurren a ellos, cuando éstos estiman que el legislador o la administración no se los han asegurado⁸. Por las características del recurso de protección, la actuación de los tribunales ordinarios ha sido resolver aquellos conflictos particulares, aplicando las normas constitucionales y legales vigentes, sin que se puedan establecer soluciones generales que sean aplicables a quienes no han recurrido a las Cortes.

Es por ello, que es tan importante la competencia del Tribunal Constitucional, sobre todo aquella del artículo 93 N° 7 de la Constitución, que le permite derogar preceptos legales vigentes, por ser contrarios a la Carta Fundamental, puesto que los efectos del uso de dicha facultad se aplican a toda la población y a todos los estamentos del Estado.

Pero lo más importante respecto a este punto, y lo que constituirá el objeto de esta memoria, es que la interpretación que de los derechos económicos, sociales y culturales da el Tribunal Constitucional permite saber, con un mayor grado de certeza, cuál es el contenido de estas prerrogativas en el derecho chileno. Es decir, a través de la actividad de la Justicia Constitucional, se van creando los estándares que permiten determinar si las normas legales y reglamentarias se adecuan o no al contenido de la Carta Fundamental, y van

⁸ A modo de ejemplo, sólo el año 2009 se presentaron 6.244 recursos de protección de garantías constitucionales, cotizantes de ISAPRES que alegaban que las alzas en los precios de los planes que ellos pagan, violan sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la protección de la salud y a la seguridad social. Fuente: www.poderjudicial.cl

proporcionando criterios específicos para decidir qué es derecho y qué no lo es en cada situación que somete a su decisión.

2. Sobre los estándares.

La sentencia dictada por el Tribunal Constitucional de Chile en el rol 1710-2010 es la primera que tiene efectos generales sobre los derechos económicos, sociales y culturales de la población, por cuanto ella declara la inconstitucionalidad de los numerales 1, 2, 3, y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que regula a los operadores privados del sistema de salud, más conocida como Ley de Isapres. Estas normas constituían lo que es conocido como “tabla de factores”. Mediante ella se determinaba el precio final que un cotizante de Isapre pagaría por el plan elegido, el que se obtenía de la multiplicación del precio base por el factor que dictaba la tabla, cuyo guarismo se calculaba de acuerdo a la edad y sexo del cotizante.

El Tribunal Constitucional, decidió que la aplicación de esta tabla de factores constituía una discriminación arbitraria por sexo, la que no es compatible con el derecho a la igualdad consagrado en el número 2 del artículo 19 de la Constitución. Pero fue más allá y determinó que, además, se restringía el derecho a la protección de la salud y que la tabla de factores no respondía a los principios de la seguridad social tenidos en vista por el constituyente, - solidaridad, igualdad, suficiencia y unidad o uniformidad de las prestaciones - para lo cual debió interpretar al artículo 19° N° 18 de la Carta Fundamental,

estableciendo un estándar para la determinación de las conductas que se entenderán ajustadas a dicho derecho fundamental.

En esta parte, quiero detenerme en el concepto de “estándar”, como ha sido usado en el derecho internacional y, particularmente en el derecho internacional de los derechos humanos. Según Warwick McKean, los estándares constituyen una categoría de referencia indeterminada, que permite definir la parte del contenido en que una norma es oscura en su aplicación. En ese sentido, ellos constituyen límites generales de conducta aceptable que deben aplicarse según las circunstancias del caso y que constituyen la base fundamental del derecho moderno para la individualización de la aplicación⁹. Dicho de otra forma, los estándares permiten darle contenido a una norma, que por lo general establece una conducta indeterminada, incorporando los usos y costumbres del tiempo y lugar en que se aplicará, dinamizando de esa manera el proceso hermenéutico. La determinación de estos estándares constituye un ejercicio hermenéutico de parte del intérprete de la norma, lo que en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales tiene importantísimas consecuencias, puesto que la generalidad de su formulación requiere de especificidad en su aplicación. Ello permitirá que el receptor de la norma constitucional – el legislador, el adjudicador, etc. – pueda saber con certeza cuál es el límite máximo de su actuar. Así por ejemplo, la creación de un estándar que determine los límites del

⁹ MCKEAN, Warwick, *Equality and Discrimination under International Law*. Traducción del capítulo a cargo de Patricia Palacios Zuloaga. Capítulo XV, Clarendon Press, Oxford University Press, 1983, pp. 264 - 284.

derecho a la protección de la salud, permitirá al legislador saber de antemano qué instituciones debe crear, cuál es la protección que deberá entregar a los ciudadanos de éste derecho, en qué casos el Estado estaría incumpliendo sus obligaciones constitucionales y también crearía las condiciones para que los ciudadanos sepan cuándo considerar cumplido o violado el derecho que invocan.

Me refiero a los estándares que ha fijado el Tribunal Constitucional en materia de derechos económicos, sociales y culturales; la forma en que ha llegado a tales soluciones, especialmente los enfoques interpretativos que ha adoptado (el recurso a los argumentos literal, armónico, originalista); las críticas que se puedan hacer desde la teoría de la interpretación constitucional de la cual daré cuenta en el siguiente capítulo; los aportes que han supuesto las decisiones del Tribunal Constitucional para la extensión de una protección de los derechos económicos, sociales y culturales y los retrocesos que, desde una óptica liberal y no paternalista de los derechos, han experimentado los grupos afectados por ciertas decisiones.

Para ello, en una primera parte me referiré a la Teoría de la Interpretación Constitucional, los efectos de las reformas constitucionales de 2005 y su importancia en la nueva conformación del Tribunal Constitucional, para finalmente, discurrir sobre nociones básicas de los Derechos Sociales poniendo énfasis en su estructura, su justificación y los avances en la interpretación doctrinal de los mismos.

En la segunda parte, pasaré revista a los estándares normativos que ha dado el Tribunal Constitucional respecto del derecho a la protección de la salud (artículo 19 N° 9), el derecho a la educación (artículo 19 N° 10), el derecho a la seguridad social (artículo 19 N° 18) y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19 N° 8).

En las conclusiones expondré la tesis respecto a cómo el Tribunal Constitucional se ha convertido en uno de los actores más importantes en la defensa de los derechos sociales y las razones por las cuales considero que debe empoderarse aún más en su rol, usando además como norte el principio de solidaridad contenido en el artículo 3° de la Constitución.

Este trabajo está dirigido tanto a los operadores de la justicia como al mundo académico. A los primeros, porque una de las tareas básicas de un abogado es saber, con cierto grado de certeza, cuál es la decisión que previsiblemente vaya a tomar un tribunal frente al caso que se le está presentando; y a los segundos, por la importancia que tiene, en la determinación de una teoría de la interpretación constitucional, la actividad efectivamente realizada por los adjudicadores constitucionales.

Capítulo Primero

Elementos de Teoría de la Interpretación Constitucional

1. Ideas Generales.

Una Teoría de la Interpretación Constitucional, debe dar cuenta de las herramientas a usar cuando sea necesario dar contenido a los preceptos del texto constitucional, ya sea por el mismo poder constituyente, por un abogado en su práctica privada, por un profesor de derecho en su clase, por un alumno en su examen final, por el juez en la decisión de un caso concreto, etc.

Esta clase de interpretación puede ser auténtica en el caso de que sea hecha por el constituyente, privada en caso de que sea hecha por un abogado, jurista o ciudadano, o también puede ser oficial, si es que el fin de la interpretación es tomar una decisión autoritativa por algún órgano del Estado¹⁰.

Cuando dicha interpretación oficial, se realiza con el fin de dirimir un conflicto es llamada “operativa”. Wróblezky conceptualiza esta clase de interpretación señalando que es la que se da cuando:

“[El] órgano que aplica el derecho interpreta las reglas utilizadas en el proceso de aplicación al caso concreto”¹¹.

Acotando el ámbito de ésta clase de interpretación – para los fines de esta memoria – es posible decir que es aquella que se da cada vez que el juez

¹⁰ ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. Los Afanes de la Teoría de la Interpretación Constitucional. *Revista Derecho y Humanidades*, 2006, N° 12, p. 32.

¹¹ WRÓBLEZKY, Jerzy. Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica. Traducción de Arantxa Azurza. Madrid, Civitas Ediciones S.L., 1985. Cabe señalar que Wróblezky toma esta definición de FERRAJOLI, Luigi. Interpretazione Dottrinale e Interpretazione operativa. *Rivista int. Di Filosofia del Diritto*, 1966, N° 1.

constitucional manifieste dudas respecto del sentido y posterior aplicación de una o más de las normas contenidas en la Constitución Política de la República¹².

En lo que resta de este capítulo, examinaré tres tópicos relacionados con la interpretación que darán una mejor perspectiva respecto del análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional a propósito de los derechos económicos, sociales y culturales.

Primero, expondré las razones que llevan a considerar a las normas de la parte sustantiva de la Constitución, en general, y aquellas que protegen derechos fundamentales en particular, como conceptos esencialmente controvertidos, con sus características de generalidad y exhaustividad y las razones de porqué ello no constituye un obstáculo para su aplicación.

Luego revisaré las relaciones entre interpretación, seguridad jurídica y objetividad, es decir, la forma en que la certeza jurídica se vuelve una finalidad de la interpretación constitucional y cómo se pueden asegurar mayores niveles de objetividad en los jueces, puesto que si bien entendemos que la interpretación de un juez de un precepto constitucional se hace con la óptica de sus propias convicciones y concepciones, tiene límites que siempre podrán ser controlados si se respeta el deber de fundamentación de las sentencias.

¹² Una conceptualización similar realiza Wróblezky de esta clase de interpretación en *Íbid.*, p. 35.

Finalmente, revisaré algunos de los criterios de hermenéutica usados históricamente por nuestro Tribunal Constitucional, sus diferencias y relaciones con los especificados en el Código Civil y las dificultades que su uso presenta.

2. Los Derechos Fundamentales como Conceptos Esencialmente Controvertidos.

Dentro de los pocos elementos sobre teoría constitucional en los que existe un acuerdo generalizado entre los autores, figura el que las cláusulas sustantivas de la Constitución y aquellas referidas a derechos fundamentales, están redactadas de una forma general y exhaustiva. De hecho, el mismo Kelsen, consciente de este problema, recomendaba no incluir en el texto constitucional conceptos tales como justicia, libertad o igualdad, e incluso alentaba una redacción precisa en todos aquellos preceptos referidos a estos derechos fundamentales¹³.

Esta característica de las normas constitucionales, ha sido una de las principales razones para que se objete cualquier intento de aplicar estos preceptos de la Carta Fundamental a casos concretos. A modo de ejemplo es posible citar al formalismo jurídico, representado en los Estados Unidos por Christopher Columbus Langdell, quien sostenía que en las labores de interpretación y aplicación del derecho sólo era necesario llevar a cabo un

¹³ KELSEN, Hans, La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional). En: RUIZ MANERO, J. (ed), *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988, pp. 142 - 143. Y también en KELSEN, H. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid, Tecnos, 1995, pp. 33 - 34.

estudio cuidadoso del asunto respectivo para encontrar dentro del derecho mismo una respuesta correcta, por lo que los jueces no deberían inmiscuirse en cuestiones morales, políticas, económicas, etc.¹⁴

Marisa Iglesias Vila, siguiendo a W.B. Gallie, manifiesta que el lenguaje usado en la Constitución, lleva a que en ella se expresen lo que llama “Conceptos Esencialmente Controvertidos”¹⁵. Estos serían conceptos evaluativos referidos a bienes complejos que pueden ser descritos de diferentes formas, residiendo la utilidad de estos en la controversia competitiva que generan¹⁶. Que sean evaluativos, implica que estos tengan una dimensión valorativa, puesto que expresa un valor o se refiere a algo que evaluamos positiva o negativamente¹⁷. Así por ejemplo, cuando se hace referencia al derecho a la propiedad, aceptamos que tal derecho es un bien deseado por toda la comunidad, es decir, que nuestra propiedad privada es algo que todos deseamos nos sea respetado. Otro aspecto de los conceptos esencialmente controvertidos es su complejidad. Ello quiere decir, que se refieren a estándares y bienes sociales a los que se les atribuye un carácter complejo¹⁸. Por ejemplo, valoramos el derecho a la vida, pero discrepamos respecto de si le es reconocible o no al *nasciturus*. También le damos una gran importancia a la libertad de expresión, pero no estamos de

¹⁴ Citado por VEGA GÓMEZ, Juan. Seguridad Jurídica e Interpretación Constitucional. En: VEGA GÓMEZ, Juan y CORZO SOSA, Edgar (coord.) *Tribunales y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 2002.

¹⁵ IGLESIAS VILA, Marisa. Los conceptos esencialmente controvertidos en la Interpretación Constitucional. *Doxa*, 2000, N° 23.

¹⁶ *Ibíd.*, pp. 79 - 80.

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ *Ibíd.* Pág. 82

acuerdo en si los aportes en dinero que alguien quiera hacer a alguna campaña política, están amparados por dicho estatuto. Esta complejidad, según Iglesias Vila, abre la posibilidad de que se presenten diversas caracterizaciones que, a pesar de referirse al mismo estándar, ordenen de forma distinta sus diferentes aspectos¹⁹. En este sentido, Raz sostiene que las diferentes explicaciones subrayan uno u otro rasgo, igualmente esencial, del concepto explicado, y dejan muchos otros sin detallar²⁰. Lo anterior, es indicio de que mientras más complejo sea un concepto, como el derecho a la vida arriba ejemplificado, existen más posibilidades de que las explicaciones que se dan respecto al significado de tal concepto sean dispares entre sí.

También se puede mencionar entre las características de estos conceptos, su carácter de argumentativos. Esto en dos vías. En primer lugar, puesto que ellos recogen los desacuerdos sustanciales que se producen en el seno de su discusión, es decir, están expresados de una forma lo suficientemente amplia tanto para servir de argumento para quienes sostienen que el Estado debe garantizar el acceso a todos los niveles de educación, cuanto para quienes reclaman que son los privados aquellos llamados a satisfacer una necesidad del mercado²¹. Que los desacuerdos sean sustanciales quiere decir que en ellos se produce una forma de comunicación, y por lo tanto, una divergencia dentro de

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ *Ibíd.*

²¹ A propósito, Amartya Sen, sostiene que "si una idea subyacente tiene una ambigüedad esencial, la formulación precisa de esa idea debe intentar captar esa ambigüedad, en vez de ocultarla o eliminarla." SEN, Amartya. *Capacidad y Bienestar*. En: NUSSBAUM, Martha y SEN, Amartya (comp.), *La Calidad de Vida*. 1ª edición en español, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 59.

una misma práctica o forma de vida²². En una segunda dimensión, los conceptos esencialmente controvertidos son argumentativos, ya que la actitud de los interlocutores ante el desacuerdo es buscar que su propia visión del concepto, sea la que finalmente se imponga como la mejor aproximación a su verdadero significado²³.

Finalmente, estos conceptos poseen una dimensión funcional, lo que implica que la existencia de los mismos garantiza que se producirán debates, puesto que su función no es generar consensos²⁴, sino que generar discrepancias entre los miembros de la sociedad. Iglesias los entiende como conceptos que se refieren a estándares cuya existencia va siempre unida a la función dialéctica que cumplen²⁵.

Es así entonces, que los conceptos esencialmente controvertidos son evaluativos, complejos, argumentativos y funcionales. De ello se podría extraer la imposibilidad de conseguir un acuerdo respecto del contenido de alguna de las normas sobre derechos fundamentales en la Constitución²⁶, pero la exhaustividad y generalidad de las normas, no implica, necesariamente, que

²² IGLESIAS VILA, Op. Cit. Nota 15, p. 84. La autora resalta la idea de que, para que exista un desacuerdo, los interlocutores deben tener una base previa sobre la cual deben estar de acuerdo, de lo contrario, se produciría lo que ella denomina “desacuerdo conceptual”, que se forma cuando se usa un mismo término para referirse a dos situaciones distintas, como si al discutir sobre el derecho a la educación, una parte lo hiciera bajo el entendido de que dicho concepto se refiere al derecho a recibir educación y la otra con la idea de que lo que se discute es acerca del derecho a enseñar. En ese caso, claramente es imposible que se produzca acuerdo alguno puesto que los interlocutores discrepan sobre la base misma de aquello que pretenden discutir.

²³ *Ibid.*, pp. 85 – 86.

²⁴ *Ibid.*, p. 87.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Asumiendo que éstas cláusulas responden al modelo de conceptos esencialmente controvertidos.

todos los desacuerdos sean radicales e imposibles de dirimir y si bien pareciera ser que la Justicia Constitucional es contraria a la idea de que no es posible, en todos los casos, acordar el sentido correcto de una norma *iusfundamental*, aparece como necesaria en muchos sentidos. Por la antedicha razón, se deben establecer límites precisos a la actividad de los jueces, puesto que si bien el Tribunal Constitucional tiene la última palabra respecto a la aplicación de una norma de la Carta Fundamental, no siempre tendrá la interpretación correcta, por lo que la importancia de su fundamentación se vuelve radical, ya que es la única forma en la cual podremos evaluar sus decisiones y criticarlas para, de esa forma, enriquecer la necesaria dogmática constitucional.

Pero esta última parte está más relacionada con la seguridad jurídica y la objetividad en la interpretación constitucional.

3. Interpretación Constitucional, Seguridad Jurídica y Objetividad

La seguridad jurídica, es para muchos autores, uno de los elementos esenciales del derecho. Para Máximo Pacheco, una de las acepciones posibles de este concepto, dice relación con considerarla como una seguridad contra las modificaciones del Derecho, que procura evitar la incertidumbre del Derecho vigente, es decir, las modificaciones jurídicas arbitrarias, realizadas sin previo estudio y consulta²⁷. Para José Luis Cea, por otro lado, constituye una de las

²⁷ PACHECO GÓMEZ, Máximo. Teoría del Derecho. 5° Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 504.

finalidades que debe cumplir el Derecho²⁸, siendo un elemento de tal importancia que correspondería considerarla como un derecho fundamental, puesto que en sus términos la seguridad jurídica, o certeza legítima como él decide nombrarla, es:

“[Un] valor nominativo de máxima importancia, por sí solo configurativo del Estado de Derecho vivido en el marco de la democracia constitucional”²⁹.

Todavía dentro del ámbito nacional, Jorge Millas, afirma que la seguridad jurídica es la situación peculiar del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales cuando estas relaciones se hallan previstas por un estatuto objetivo conocido y generalmente observado³⁰. Es decir, la seguridad de quien conoce o puede conocer lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno³¹.

Para autores como Lon L. Fuller la seguridad jurídica es la congruencia entre la acción oficial y las reglas declaradas³², lo que busca darle a este elemento del derecho un rol de estabilidad social y predictibilidad de las decisiones judiciales.

Pero por otra parte, conviene tomar en consideración lo señalado por Fernando

²⁸ CEA EGAÑA, José Luis. La Seguridad Jurídica como Finalidad en la Interpretación por el Juez Constitucional. Ponencia expuesta en el Encuentro de Trabajo sobre el Proceso Justo, entre el Tribunal Constitucional de Chile y la Corte Constitucional Italiana. Santiago, Tribunal Constitucional de Chile, 2003, p. 1.

²⁹ *Ibíd.*, p. 6

³⁰ MILLAS, Jorge. Filosofía del Derecho, Ediciones Universidad Diego Portales, 2012, p. 356.

³¹ *Ibíd.*

³² FULLER, Lon. The Morality of Law. Yale University Press, 1969, p. 81.

Atria, quien, haciendo referencia a la función de la certeza jurídica, señala que lo importante de ella no es meramente la posibilidad de prever aquello que los tribunales dirán, sino que las decisiones jurisdiccionales se sigan de las reglas dadas con anticipación³³.

En mi concepto, para que ello sea así, se deben dar a lo menos dos presupuestos básicos: la existencia de una dogmática de los Derechos Fundamentales diferenciada del resto de las normas constitucionales y el respeto del Tribunal Constitucional a sus propios precedentes^{34 - 35}.

La existencia de una dogmática constitucional, es uno de los elementos que considera Patricio Zapata para sostener que es posible la aplicación de las normas de textura abierta que se encuentran en la Constitución Política. Ello, considerando que los jueces se insertan en una determinada comunidad jurídica y que ésta tiene ciertas concepciones respecto del contenido del derecho vigente. A este respecto, señala Alberto Calsamiglia:

³³ ATRIA LEMAITRE, Fernando. Seguridad Jurídica y Derechos Fundamentales: Sobre Predictibilidad y Autogobierno. En BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (coord.) *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Santiago, Legal Publishing Chile, 3° Edición, 2009.

³⁴ ACATTINO SCAGLIOTTI, Daniela. La interpretación de los Derechos Fundamentales y la Seguridad Jurídica. Una Mirada a la Práctica Constitucional Chilena. En BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (coord), Op. Cit. Nota 33, p. 17 - 29. La autora menciona, además de los dos criterios señalados acá, un redimensionamiento del efecto horizontal de los derechos fundamentales. Dicho elemento no aporta mucho en lo que se refiere estrictamente a la práctica del Tribunal Constitucional, pero sí lo hace respecto de la interpretación realizada por los Tribunales Ordinarios de Justicia.

³⁵ ALDUNATE LIZANA, Op. Cit. Nota 4. Señala el autor que “[a]nte la ausencia de control institucional [del Tribunal Constitucional], la única alternativa es la del control por parte de la doctrina. Puesto que la decisión misma ya no puede ser cambiada, su eficacia solo puede radicar en un cierto *ethos* judicial para el cual sea relevante que el fundamento de sus decisiones resista la prueba de una crítica racional desde el punto de vista jurídico”.

“[C]uanto menos esté desarrollada una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerá del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución[.] [A]llí donde no existe dogmática los supuestos dudosos [...] son resueltos inconexamente de caso en caso, contradictoriamente, y nadie puede decir de antemano cuál es el tratamiento jurídico que va a recibir. La dogmática se opone a la inseguridad que crea la ambigüedad que el lenguaje legal. Construye criterios racionales integrados a una teoría para la resolución de los casos dudosos. La seguridad que ofrece la dogmática no es una seguridad literal sino racional”³⁶.

Así entonces, es posible ver cómo la existencia de una dogmática, entendida como las opiniones generalizadas de la comunidad jurídica respecto de una norma jurídica, permite generar mayores niveles de seguridad jurídica, puesto que, al decir de Zapata, la dogmática tiene un efecto homogeneizador, que es posible verificar en el momento en el cual el juez se ha salido inopinada o desembozadamente del cauce de la misma. Ello lo expone no sólo al ridículo o repudio de sus pares, sino que también a los ataques de los políticos profesionales³⁷.

³⁶ CALSAMIGLIA, Albert. Introducción a la Ciencia Jurídica. Barcelona, Editorial Ariel, 1988, p. 140.

³⁷ ZAPATA LARRAÍN, Op. Cit. Nota 6, p. 43.

Para Zapata, los aportes de diversos autores configurarían una dogmática constitucional importante en la cultura jurídica chilena. Señala al respecto los trabajos de José Luis Cea, Arturo Fermandois, Pablo Ruiz- Tagle y Renato Cristi, Eduardo Aldunate, pero él mismo reconoce que respecto de algunos derechos fundamentales de la Constitución, v.gr. la libertad de expresión, los aportes dogmáticos se encuentran en falta.

La inexistencia de una dogmática, es una cuestión diferente a que el juez tome una decisión que se salga de los cauces de la misma. Según Daniela Accatino, en estas condiciones - de un bajo desarrollo dogmático - las decisiones de los tribunales resultan difícilmente previsibles y controlables, pues los conceptos jurídicos pierden su capacidad de aportar criterios públicos de valoración³⁸. La autora plantea que bajo esa perspectiva, los jueces debieran respetar ciertos límites mínimos que subyacen al objeto y fin de los derechos que, aunque de un contenido esencialmente controvertido, demuestran tener ciertos casos paradigmáticos de aplicación y de exclusión. Así por ejemplo, aunque no es posible conocer a través de la dogmática constitucional chilena los límites del derecho a la igualdad y no discriminación, sí es posible para los jueces saber, a base sólo del texto del artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, que cualquier forma institucional de segregación racial se encuentra prohibida. En el caso del derecho a la educación, son claros los mínimos exigibles para el Estado en el caso de la enseñanza pre básica, básica y media y la ley no podrá limitar el

³⁸ ACATTINO SCAGLIOTTI, Daniela. Op. Cit. Nota34, pp. 19 - 24.

acceso de los estudiantes, puesto que existe la obligación de otorgar estas prestaciones a aquellos que lo soliciten.

Ahora bien, los límites mínimos que debe respetar y garantizar el Estado respecto de los derechos fundamentales, están más o menos definidos en el propio articulado que los contiene. Pero los casos que se encuentren por sobre el mínimo, requieren que el Tribunal haga un ejercicio interpretativo.

En primer lugar, cuando el Tribunal Constitucional ejerce su competencia preventiva, sostiene Accatino³⁹, adoptará una decisión en la que escoja una de las diferentes concepciones del derecho en cuestión, y si bien con ello puede decirse que se vulnera el principio democrático o del autogobierno, no sucede lo mismo con la certeza jurídica puesto que tras la decisión judicial, los ciudadanos contarán con una norma común que les permita saber los límites del derecho en conflicto, más allá del mínimo.

Pero, en el caso en que el Tribunal Constitucional ejerce su competencia represiva, expresada en el artículo 93 N° 6 y 7 del Código Político, al elegir entre una concepción de entre todas las que compiten por la interpretación correcta del derecho, se afecta, según Accatino, además, el valor de la seguridad jurídica, puesto que se trastoca la certidumbre de la ciudadanía respecto de la vigencia de una norma legal, o en el caso en que se declare definitivamente la inconstitucionalidad de un precepto legal, con su correspondiente expulsión del sistema jurídico, la incerteza respecto de la

³⁹ *Ibíd.*

regulación de los efectos que regía dicha norma derogada, incerteza que es aún mayor.

Para Accatino⁴⁰, la resolución de estos casos debiera pasar por una fuerte deferencia hacia el legislador, puesto que es en la sede legislativa en que se supone se enfrentan las diversas concepciones sobre estos conceptos esencialmente controvertidos y de esa forma se velaría no sólo por el valor de la certeza jurídica, sino que también por el de la democracia y el autogobierno.

Ahora bien, lo anterior no obsta a la creación de una dogmática diferenciada de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Para ello se podría considerar que la propia jurisprudencia del Tribunal es útil para crearla, estableciendo, como ya he señalado en este trabajo, estándares normativos para el entendimiento de ciertos derechos. Pero la utilidad de ello se verificará, como diré más adelante, en la medida en que el Tribunal Constitucional respete sus propios precedentes.

Lo que queda claro con lo expuesto hasta acá es que el desarrollo de una dogmática constitucional en general y sobre los derechos fundamentales que protege la Carta Fundamental en particular, sirve para garantizar mayores grados de certeza jurídica al ponerle al Tribunal Constitucional límites que, si bien no son obligatorios, lo desincentivarían de apartarse de tales lineamientos dogmáticos.

⁴⁰ *Ibíd.*

Pasando a un segundo punto de este tópico, cabe recordar, que la importancia de una construcción dogmática seguida de las decisiones tomadas por el Tribunal Constitucional, es mucho mayor si es que éste se da a la tarea de respetar sus propios precedentes.

La tradición jurídica continental se ha caracterizado, a diferencia de la tradición anglosajona del derecho, por no contar entre sus fuentes formales de derecho a los precedentes judiciales. John Henry Merryman, en su tradicional obra "Sistemas Legales en América Latina y Europa"⁴¹, expone que uno de los elementos que diferencian a las tradiciones legales continental y anglosajona es que mientras para la segunda, los precedentes constituyen una fuente formal de derecho que, cuando se dan las condiciones preestablecidas, es de aplicación obligatoria para los jueces - constituyendo la doctrina del *stare decisis* -, para la tradición romano canónica, la jurisprudencia no constituye derecho y su efecto es siempre relativo, como lo señala el artículo 3° del Código Civil chileno.

Pero la práctica constitucional y el hecho de que, como ya se ha dicho reiteradamente, los derechos fundamentales contenidos en la Constitución son, en su mayoría, conceptos esencialmente controvertidos, ha hecho que sea posible darle una vuelta a la forma en que valoramos al cúmulo de sentencias judiciales. Esto no quiere decir que los precedentes judiciales del Tribunal Constitucional deban ser una fuente formal de derecho, sino que tienen que

⁴¹ MERRYMAN, John H. Sistemas Legales en América Latina y Europa. Tradición y Modernidad. Traducción de Eduardo L. Suárez. Santiago, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 59 - 71.

constituirse como un elemento que puede tanto apoyar un argumento en torno a la mantención de una forma de tomar una decisión, como imponer al Tribunal el deber de explicar por qué entiende que un derecho en particular protege una situación en un caso para luego, en supuestos similares, negar la eficacia de dicho derecho. Según Accatino, una forma de argumentación vinculada a los propios precedentes, funciona como una descarga de argumentación cuando se mantienen aquellos que se han establecido con anterioridad; en cambio, un giro en la jurisprudencia supone una carga en la argumentación, puesto que el Tribunal deberá explicar con precisión cuáles fueron las razones que lo llevaron a decidir de manera distinta a como lo venía haciendo⁴².

Ya que se sostiene que los jueces deben sujetar sus sentencias a sus precedentes o dar buenas razones por las cuales los abandonarán y tomando en cuenta además lo que dijimos respecto a la poco profunda doctrina constitucional existente en materia de derechos fundamentales, cabe preguntarse si no hay un peligro de que los jueces representen en sus sentencias sus propias concepciones facciosas⁴³ de lo que debiera considerarse el sentido de un precepto constitucional. Para dilucidar ese peligro, cabe hacerse la misma pregunta que Owen Fiss⁴⁴, es decir cuánto, en

⁴² ACATTINO SCAGLIOTTI, Daniela. Op. Cit. Nota 34, pp. 27 - 29. En el mismo sentido, ALEXY, Robert, Op. Cit. Nota 1, p. 263, señala: “[A]parece como cuestión de principio la exigencia del respeto a los precedentes, admitiendo el apartarse de ellos, pero endosando en tal caso la *carga de la argumentación* a quien quiera apartarse” (El destacado es del autor).

⁴³ Tomo el concepto de ATRIA LEMAITRE, Fernando. Op. Cit. Nota 33, p. 16.

⁴⁴ FISS, Owen. Objetividad e Interpretación. Traducción de José Manuel Simián. *Revista Derecho y Humanidades*, 2003, N° 13, pp. 103 - 120.

la interpretación constitucional, depende del valor subjetivo otorgado por los jueces.

Para Fiss, la adjudicación es el proceso por el cual un juez llega a entender y expresar el significado de un texto legal dotado de autoridad y los valores contenidos en él. Entonces, adjudicación es interpretación⁴⁵. En respuesta a los nihilistas⁴⁶, que señalan que la generalidad y exhaustividad del texto constitucional hacen imposible un entendimiento objetivo de la Constitución, el autor manifiesta que precisamente esas características son las que provocan la interpretación, siendo el proceso interpretativo, uno en el que se genera significado. Hacer al texto específico y concreto, es una manera de entender y expresar el sentido del mismo. En esta parte, Fiss sostiene que la cuestión crucial en su concepto, no es si la interpretación judicial de cláusulas específicas, contenida en cualquier sentido realista es legítima y la de cláusulas generales no lo es, dado que ambas requieren de una interpretación sustantiva, en los términos dichos más arriba por Iglesias, sino que el hecho más importante es determinar si cualquier interpretación judicial puede alcanzar la medida de objetividad requerida por el derecho⁴⁷.

Para Fiss, tal como para Mckean, es necesaria entonces la existencia de estándares, pero para el primero, estos implican que la interpretación pueda ser

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 103

⁴⁶ FISS caracteriza algo que denomina “nuevo nihilismo”, que sostiene que para cualquier texto, particularmente uno lleno de conceptos esencialmente controvertidos como la Constitución, hay un sinnúmero de significados posibles, que la interpretación consiste en elegir uno de esos significados, y que en este proceso de selección el juez expresará inevitablemente sus propios valores. *Ibíd.*, p. 106.

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 107

medida respecto de un conjunto de normas que trascienden el punto de vista particular de la persona que ofrece la interpretación⁴⁸. La objetividad, entonces, necesita que la interpretación pueda ser juzgada por algo distinto a nuestras propias nociones de corrección, o a las del juez pertinente. Ello requiere que la interpretación sea restringida, y para ello se necesitan dos elementos. Uno de ellos, es la existencia de reglas de disciplina que restrinjan al intérprete y que serán los estándares por los cuales será posible juzgar la corrección de la interpretación⁴⁹. Dichas reglas determinan la relevancia y el peso que se le debe dar al texto jurídico y además los momentos procedimentales en que se debe verificar la interpretación. Al poner límites al intérprete, estas normas de disciplina, restringen la subjetividad del proceso interpretativo, transformándolo así en uno objetivo. Pero por supuesto que ésta es una objetividad delimitada y es en realidad la única a la que puede optar el derecho⁵⁰, puesto que buscar más que eso sería crear falsas expectativas al sistema jurídico lo que, en palabras de Oliver Wendell Holmes sería “buscar la omnipresencia protectora en el cielo”⁵¹.

El otro elemento que menciona Fiss para conseguir la objetividad en el Derecho, dice relación con lo mencionado arriba por Accatino en relación a la existencia de una dogmática diferenciada de los derechos fundamentales⁵².

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 108

⁵¹ Voto disidente del Juez Holmes en *Southern Pacific Co. v. Jensen* 214 US 205, 222, 1916

⁵² *Op. Cit.* Nota 34.

Puesto que señala el autor norteamericano, que es necesaria la existencia de una comunidad legal interpretativa que reconozca a esas reglas como auténticas⁵³. En definitiva, a lo que apuntan ambos autores, es a que la existencia de una comunidad jurídica que reconozca reglas de disciplina por un lado y la existencia de una dogmática de los derechos constitucionales, diferenciada del resto de las normas de la Carta Fundamental por otro, tienden a generar incentivos para que los jueces sujeten sus decisiones a las reglas dadas por la comunidad, lo cual ciertamente trae como efecto secundario que se generen interpretaciones objetivas, en el sentido arriba explicado, que finalmente generen mayores niveles de seguridad jurídica.

Como hemos podido apreciar, la seguridad jurídica, entendida tanto como la predictibilidad de las decisiones judiciales, cuanto que ellas se sigan de las normas del derecho vigente, constituye uno de los valores de nuestra tradición jurídica, y como tal debe ser tomada en cuenta por los jueces y en particular por el Tribunal Constitucional a la hora de dirimir una contienda. Pero ello acarrea dificultades, dada la generalidad y exhaustividad con que están expresadas las normas sustantivas y de derechos fundamentales en nuestra Constitución, lo que tiene solución si es que existe una activa y profunda dogmática constitucional y si, a falta de ella, se produce una fuerte deferencia al legislador en casos dudosos y un respeto a los propios precedentes del Tribunal Constitucional. De esa forma, podemos tener al menos un marco más o menos

⁵³ FISS, OWEN. Op. Cit. Nota 444, p. 107

definido de una decisión que tiene, en el caso del artículo 93 N° 7 de la Constitución, efectos *erga omnes*.

4. Elementos de Hermenéutica Constitucional Presentes en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En esta parte examinaré algunos de los elementos de hermenéutica que la doctrina ha entendido se desprenden de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. Con ello, pretendo dar contenido a lo dicho arriba respecto de la necesidad de una dogmática constitucional y la existencia de reglas de disciplina aceptadas por la comunidad jurídica que deben ser observadas en la argumentación del Tribunal.

Antes de entrar en materia, quisiera llamar la atención sobre un punto tocado por Patricio Zapata⁵⁴, respecto del rol de la tradición en la interpretación, cuando sostiene que:

“No puede dudarse que, ya sea que se trate de definir los contornos de los derechos, los límites posibles al pluralismo, las ventajas de la descentralización política o la importancia de la función judicial, por poner algunos ejemplos, la tradición del constitucionalismo constituye un valioso auxiliar hermenéutico. El intérprete de la Constitución debe aprovechar ésta riqueza acumulada. Si bien ella no contiene respuestas específicas

⁵⁴ ZAPATA LARRAÍN, Op. Cit. Nota 6, p. 145 - 169.

puede, sin embargo, iluminar sobre el alcance de los derechos y la finalidad de las instituciones”⁵⁵

Con este párrafo, conclusivo de sus ideas respecto al rol de la tradición en la interpretación, podemos ver cómo este autor le otorga una gran importancia a la historia de las ideas respecto de la Constitución, como forma de entender las normas que ella contiene y las instituciones que consagra. Para Zapata, la historia constitucional chilena, da cuenta que desde muy temprano el Chile republicano fue dando origen a una tradición constitucional respetuosa de las libertades y preocupada de evitar los abusos de poder⁵⁶. Si bien esta idea es controvertible⁵⁷, puede rescatarse de ella el hecho de que busca manifestar una dogmática constitucional específica. De proseguir en estos esfuerzos sería posible configurar de manera clara no sólo las reglas de disciplina que debe observar el Tribunal Constitucional en sus argumentaciones, sino que también marcar los límites mínimos que debe respetar el Estado respecto de los derechos fundamentales garantizados a los ciudadanos.

Dicho lo anterior, corresponde ver los criterios usados por el Tribunal Constitucional en sus decisiones.

Lo primero es hacer una advertencia respecto de la razón para no equiparar estos elementos de interpretación, con los contenidos en los artículos 19 al 24

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 161.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 166.

⁵⁷ Y así lo señala el propio Zapata, citando la obra de RUIZ-TAGLE, Pablo y CRISTI, Renato. *La República en Chile*, Santiago, LOM Ediciones, 2006. Estos autores, señalan que en Chile no ha existido una tradición jurídica sobre el constitucionalismo, sino que ha sido más bien el esfuerzo de unos pocos estudiosos del derecho que no han alcanzado a permear al resto de los actores del sistema legal.

del Código Civil. Es evidente que en todos los ámbitos, los jueces se ven empujados a resolver las dudas sobre el sentido de la ley con las reglas dadas en el Código Civil y en general el uso de esos parámetros es correcto. Pero, como lo señala Zapata, no son claras las razones de por qué debiera subordinarse la interpretación de la norma fundamental a criterios contenidos en un cuerpo normativo de rango inferior⁵⁸. En ese mismo sentido, el propio Tribunal Constitucional ha declarado que:

“[La Constitución], a diferencia de las leyes ordinarias es una súper ley, es una ley fundamental; de aquí la necesidad de establecer con exquisito rigor, su preciso sentido, ya que las exigencias de certeza y seguridad jurídicas son mucho más exigibles en la interpretación del estatuto jurídico de la convivencia política, que establece no sólo quiénes son los órganos legisladores y los procedimientos seguidos para producir las leyes, sino el conjunto de afirmaciones sociales que hacen posible la inserción del individuo en el Estado. En este sentido, la Constitución es la expresión jurídica fundamental del Estado de Derecho. No debe olvidarse, por último, aunque resulte obvio decirlo, que la Carta Fundamental, en virtud del principio de jerarquía normativa, está por sobre las

⁵⁸ ZAPATA LARRAÍN, Op. Cit. Nota 6, p. 171.

disposiciones de interpretación de las leyes establecidas en el Código Civil⁵⁹.

Lo anterior no pretende negar validez alguna a las reglas directivas de interpretación del Código Civil, puesto que sería impensable prohibirle al intérprete constitucional el uso de las palabras técnicas de un arte o ciencia para dar sentido a una norma, o buscar el sentido de la norma en la historia fidedigna de la ley, etc. Sencillamente se trata de no atar las manos del adjudicador constitucional, el que como ya vimos se enfrenta a normas de una gran generalidad y exhaustividad y reconocerle a éste, una mayor libertad para buscar y crear criterios que le permitan obtener el sentido y significado de las normas dudosas en su aplicación. Al respecto, el ex Presidente del Tribunal Constitucional, Eugenio Valenzuela Somarriva, señala que:

“[P]uede sostenerse, de manera categórica que la doctrina del Tribunal Constitucional con cierta reticencia en sus primeros fallos; pero en forma constante y decisiva, a partir de la sentencia de 24 de septiembre de 1985⁶⁰, ha sido la de que los principios hermenéuticos clásicos de interpretar la ley, consagrados en los artículos 19 al 24 del Código Civil, son insuficientes para hacer lo propio con nuestra Constitución y, sin dejar de recurrir a ellos cuando corresponda y en el carácter

⁵⁹ Sentencia Tribunal Constitucional Rol 325-2001, considerando 13°

⁶⁰ Sentencia Tribunal Constitucional Rol 33-1985, control de constitucionalidad del proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre el Tribunal Calificador de Elecciones.

de subsidiarios, ha preferido criterios más extensos, distintos y profundos que responden de mejor manera a lo que es y debe ser una Constitución”⁶¹.

En lo que sigue haré referencia a los criterios más comunes vistos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las críticas que han recibido de parte de la doctrina. Estos son: los argumentos sobre la base del tenor literal o literalismo, la interpretación armónica o sistémica y finalista y el originalismo.

§ Argumentos sobre la Base del Tenor Literal o Literalismo

Para Patricio Zapata, el literalismo consiste en un método de interpretación que da una importancia superlativa a la precisión del significado de las palabras y termina identificando, sin otros parámetros adicionales, el tenor literal de los términos con el sentido de las normas⁶². Para Aldunate⁶³, este argumento aparece con varios nombres, entre ellos “texto”, “tenor literal”, “letra”, “expresión” y la “palabra”. A continuación de dichas fórmulas, se suele agregar la referencia al “sentido natural y obvio” o “verdadero sentido y alcance” de un texto normativo. El mismo Aldunate⁶⁴ diferencia las funciones del uso del tenor literal y a algunas de ellas haré referencia a continuación.

⁶¹ VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio. Criterios de Hermenéutica Constitucional Aplicados por el Tribunal Constitucional. Santiago, Tribunal Constitucional de Chile, 2005, p. 11.

⁶² ZAPATA LARRAÍN, Op. Cit. Nota 6, p. 179.

⁶³ ALDUNATE LIZANA, Op. Cit. Nota 4, p. 116.

⁶⁴ *Ibíd.*

Señala primero que existe una aplicación útil del tenor literal, que se produce cuando éste cumple, ya sea una función autónoma, auxiliar o cuando se manipula el mismo. En el primer caso, la mera referencia al tenor literal sirve para determinar el sentido de una disposición. En el segundo caso, la referencia al tenor literal sirve como un argumento más, que en apoyo de otros, permite clarificar el sentido de un precepto legal. En el tercer caso, el Tribunal manipula los preceptos legales ya sea para ampliar o restringir el contenido de la disposición. Ésta última es una función útil para Aldunate puesto que en la cadena argumentativa, efectivamente da una justificación o constituye parte de ella, y en definitiva sostendrá la conclusión final; pero su premisa es un tenor literal adulterado ya sea por adición u omisión⁶⁵.

Luego, explica que es posible usar el tenor literal sin una función argumentativa real, ya sea que se use como argumentación circular o vacía. En el primer caso, indica el autor que es posible que el Tribunal use el tenor literal como argumento proforma y que no cumpla ninguna función interpretativa. Esto se da en los casos en que se dice, por ejemplo, “siendo el texto del proyecto de ley claro, su sentido literal no ofrece lugar a dudas”. Señala al respecto Aldunate que en este caso el Tribunal Constitucional asume que del texto claro emana un sentido literal indubitado, pero no se da cuenta que dicha afirmación es tautológica, puesto que, en tal contexto, establecer la claridad de un texto

⁶⁵ *Ibíd.*, p. 117.

implica para el adjudicador una comprensión del mismo⁶⁶. Esto sería lo mismo que decir: “siendo claro el sentido del texto, su sentido es claro”. Lo más claro al respecto, es que dicha afirmación no contribuye a sostener la argumentación. Una segunda forma en que falta una función argumentativa real al tenor literal, se produce cuando estamos en presencia de una argumentación vacía, lo que al decir de Aldunate, se verificaría al hacer referencia a la claridad de la disposición o su evidente sentido literal, pero sin expresar cuál es el mismo. En la sentencia Rol 67-1989, el Tribunal señala que del propio tenor literal del artículo 44 de la Constitución, se da por supuesto que el interesado a postular por un determinado distrito electoral conozca anticipadamente el distrito respectivo y la región a la que ha de pertenecer, cuando la verdad es que dicha norma no da nada por supuesto, y para llegar a dicha conclusión ha debido necesariamente el Tribunal incorporar una norma no presente en la Carta Fundamental, cual es la irretroactividad de la ley electoral⁶⁷.

Otra situación que se produce con el uso del tenor literal, es el abandono *ab libitum* del mismo como referencia interpretativa⁶⁸. Esto se produce cuando el Tribunal se da cuenta de que la referencia a la literalidad del término sólo hará más ambiguo al mismo. También cuando el Tribunal Constitucional abandona el uso al tenor literal, a pesar de que el sentido de éste es evidente, como ocurre en el Rol 33-1985 sobre Tribunal Calificador de Elecciones ya citado. En él, el

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 117.

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 118.

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 119.

Tribunal señala que una rígida interpretación del texto constitucional debe ser rechazada puesto que “hiere el espíritu de la Constitución y el sentido común que es base de toda interpretación lógica”, además de estar en pugna con el articulado permanente de la Carta Fundamental.

Si bien en este último caso, es posible estar de acuerdo con el resultado al que llega el Tribunal, no es posible estarlo con el modo en que lo hizo. Lo anterior, lleva a pensar que tal vez sea necesario alejar al tenor literal como elemento preponderante de interpretación y usarlo en conjunto con el resto de los criterios de hermenéutica, lo cual le daría, en todos los casos, un real sentido.

§ *La interpretación armónica, sistémica o finalista.*

En esta parte, los autores muestran algunas diferencias conceptuales y evaluativas, respecto del rol de la interpretación armónica. Para Patricio Zapata, ésta se produce cuando para la determinación del significado de un texto constitucional, se requiere discernir las relaciones entre dicho precepto y el resto de los artículos de la Carta Fundamental⁶⁹. Para Eugenio Valenzuela, la finalidad en la interpretación de la Constitución, debe ser “la protección y la garantía de la libertad y dignidad del hombre” (sic)⁷⁰; ello quiere decir que para determinar el significado de cualquier enunciado normativo que se encuentre en el Código Político, se debe tener en cuenta que el objetivo de éste ha sido resguardar la libertad y la dignidad del ser humano. Ahora bien, libertad y dignidad son conceptos esencialmente controvertidos, en el sentido dicho por

⁶⁹ ZAPATA LARRAÍN, Op. Cit. Nota 6, p. 201.

⁷⁰ VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio. Op. Cit. Nota 61, p. 26.

Iglesias Vila, por lo que se ve compleja la tarea de determinar el sentido de normas cuya principal característica es su generalidad y exhaustividad con otros conceptos aún más generales y controvertidos.

En ese sentido, Eduardo Aldunate difiere de las posturas que le asignan valor preponderante a la interpretación armónica o finalista. Señala este autor que en la mayor parte de los casos, dicho ejercicio queda como una mera referencia retórica, en la medida en que el Tribunal Constitucional no explicita el razonamiento correspondiente⁷¹. Para Aldunate, si por interpretación sistémica o armónica se entiende que distintas normas de la Constitución se deben tratar de manera conjunta en el ejercicio interpretativo, dicho argumento se vuelve banal por cuanto no quiere decir otra cosa más que “aplicar a un problema jurídico todos los textos jurídicos relevantes”⁷². Por el contrario, manifiesta el autor, si se entiende por interpretación armónica la búsqueda de un significado que sea coherente con todos los pasajes de la Carta Fundamental con referencias similares o relacionadas, ello puede llevar a resultados absurdos, puesto que dicha operación, no puede tener como destino el equiparar el sentido asignado a los mismos términos en distintas partes de la Constitución, toda vez que dentro de cada precepto legal, su sentido puede variar de manera sustancial⁷³.

⁷¹ ALDUNATE LIZANA, Op. Cit. Nota 4, p. 119.

⁷² *Ibíd.*

⁷³ *Ibíd.* El autor cita para ilustrar esta idea lo ocurrido en la Sentencia Tribunal Constitucional Rol 236-1996, en la que, refiriendo su argumentación al precedente contenido en una sentencia de la Corte Suprema, el Tribunal concluye que las limitaciones al dominio son indemnizables en tiempos de normalidad constitucional bajo el argumento de que si ellas son procedentes en

Aldunate, dándole una vuelta al rol de la interpretación sistemática o armónica, manifiesta que si algún sentido ha de tener, debiera contemplar una operación interpretativa que dé vinculación a los distintos elementos del texto legal, pero no solo con la intención de establecer de manera poco reflexiva la identidad de sentido entre las mismas expresiones, sino a verificar o refutar según sea el caso, el que ellos cumplan la misma función en los respectivos preceptos⁷⁴.

Pero tal vez sea más conveniente hacer una referencia al contexto de la norma y reconocer que la ubicación de los términos o frases de un precepto legal, permite dar más luces sobre el sentido de la misma que si la tomamos aisladamente. Esta es tal vez la confusión en que cae Zapata, al entender por interpretación sistémica o finalista, el ejercicio de develar el significado de una norma por el contexto en que se encuentra⁷⁵.

§ Interpretación Ligada a la Historia de la Ley y Originalismo

He decidido tratar conjuntamente las referencias encontradas en las sentencias del Tribunal Constitucional a la historia de la ley y lo que es llamado originalismo. La razón de tratarlas juntas es porque presentan elementos

tiempos de anormalidad constitucional, tanto más deben entenderse indemnizables en situaciones de normalidad. Se toma la referencia a limitaciones y restricciones en bloque y se extrapola el sentido asignado a las restricciones a la propiedad en un contexto - estado de excepción - al sentido que ha de asignárseles a las restricciones que puede establecer el legislador en el contexto del artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental.

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 120.

⁷⁵ En ZAPATA LARRAÍN, *Op. Cit.* Nota 6, p. 201, señala el autor, al hablar de la interpretación sistémica o finalista, que “el estudio del contexto, a su vez, permite descubrir cuál es el papel o función distintiva que cumple dentro del sistema constitucional el precepto cuyo sentido se indaga.”

comunes y el originalismo se constituye más bien en una visión exacerbada del uso de la historia fidedigna de la ley. Éste último criterio, se encuentra presente en aquellos mencionados en nuestro Código Civil, específicamente en el artículo 19 que en lo pertinente señala:

“Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, **recurrir a su intención o espíritu**, claramente manifestados en ella misma, **o en la historia fidedigna de su establecimiento.**”⁷⁶

De esta manera, pareciera ser que al recurrir a la historia fidedigna de la ley - o de la Constitución - el Tribunal Constitucional usa uno de los clásicos criterios hermenéuticos, al que puede recurrir cualquier juez de la República, en la interpretación de cualquier norma. Pero es del caso que el Tribunal realmente tiende a homologar el sentido de la ley con la intención del legislador o del constituyente, según sea el caso⁷⁷. Ello difiere de lo señalado en el artículo 19 del Código de Bello el cual señala que puede el intérprete, para determinar el sentido de una expresión oscura de la ley, recurrir a la historia fidedigna del establecimiento de la ley como un criterio más, no como el equivalente funcional del significado. Es decir, identificar automáticamente el sentido del precepto con la intención del legislador constituye una práctica diferente del recurso a la historia de la ley, y esto es a lo que Zapata denomina “originalismo”⁷⁸.

⁷⁶ El destacado es mío.

⁷⁷ ZAPATA LARRAÍN, Op. Cit. Nota 6, p. 189.

⁷⁸ *Ibíd.*

Pudiera parecer a primera vista que éste recurso sería respetuoso del querer claramente determinado del constituyente como depositario de la voluntad popular, en lo que se refiere a la determinación de la norma fundamental que regirá la vida en sociedad. En ese sentido, sería coherente con el respeto al principio democrático, el equiparar la historia del establecimiento de la ley, con el sentido que pueda tener una norma cuya interpretación correcta sea dudosa, puesto que de esa manera el juez no estaría llenando el contenido de un concepto con sus concepciones facciosas, sino con aquello discutido en el seno de los máximos órganos de representación nacional.

Pero éste argumento es insuficiente por dos razones.

En primer lugar, señala Zapata, desde el punto de vista práctico es imposible conocer a ciencia cierta cuál ha sido la verdadera intención del legislador⁷⁹. Esto por varias razones. La primera es porque si bien se trata al legislador como un cuerpo unitario, lo cierto es que lo que se recoge es la opinión de los distintos parlamentarios, por lo que cabe preguntarse ¿qué opinión se tendrá como representativa de la historia fidedigna?, ¿la de un senador frente a la de un diputado?, ¿la del presidente de una comisión frente a la de un miembro de la misma?, ¿no se considerará lo sostenido por los parlamentarios que representen una minoría en la votación? Todas estas interrogantes permiten demostrar que en principio es imposible ubicar la verdadera historia de la ley. Pero además en otros casos es imposible por su inexistencia. Esto es lo que

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 190.

ocurre con ciertas normas de nuestra actual Constitución. Ya es un lugar común en una buena parte de la novedosa doctrina constitucional el entender que las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, presidida por Enrique Ortúzar, no puede ser mirada como la historia fidedigna de la Carta de 1980, ello por cuanto en dicha comisión no recayó el poder constituyente, sino que lo fue en la propia Junta de Gobierno la cual no emitió ningún documento oficial respecto de sus deliberaciones en la redacción de la Constitución.

Lo anterior tiene como consecuencia que el recurso al originalismo se convierta en una interpretación antidemocrática e inconstitucional. Antidemocrática, puesto que el poder constituyente recaía en la Junta Militar presidida por el General Pinochet, acorde a la propia legislación de la época⁸⁰, siendo las actas emanadas de esa junta la única “historia fidedigna”⁸¹. Además, es inconstitucional puesto que se contraviene el principio democrático del artículo 4º de la Carta Fundamental, expresado en el principio del pluralismo político consagrado en el artículo 19 Nº 15, ya que nuestra Constitución no fue otorgada

⁸⁰ Cfr. el Decreto Ley N° 128, de 12 de noviembre de 1973, publicado en el Diario Oficial de 16 de noviembre de 1973, que complementa y aclara el Decreto Ley N° 1; el Decreto Ley N° 527, de 17 de junio de 1974, que aprueba el Estatuto de la Junta de Gobierno, publicado en el Diario Oficial de 26 de junio de 1974; y el Decreto Ley N° 788, de 2 de diciembre de 1974, publicado en el Diario Oficial de 4 de diciembre de 1974, que dicta normas sobre el ejercicio del Poder Constituyente.

⁸¹ Gabriel Celis, señala que “[i]ncluso, si intentáramos justificar la utilización de las actas de la Comisión de Estudios [de la Nueva Constitución] desde las perspectiva propugnada por la Escuela Histórica del Derecho [de Savigny], en el sentido que la historia legislativa de cualquier precepto se encuentra también en el contexto histórico político, social, económico, cultural y/o religioso, bajo el cual se elaboró la respectiva ley, debeos objetar que en tal hipótesis, habría que necesariamente recurrir a todo el material histórico que dio lugar a la creación de la Constitución, incluyendo las actas de la junta, lo que también se encuentra ausente en el trabajo interpretativo de la escuela originalista en cuestión. CELIS DANZINGER, Gabriel. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Interpretación Constitucional Chilena. *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, Santiago, Universidad de Chile, 2007, N° 1, p. 45.

por una Asamblea Constituyente en que haya habido un mínimo de pluralismo o, por último, de acuerdo al procedimiento de reforma prescrito en el capítulo X de la Constitución de 1925, sino que fue el fruto de las ideas del régimen de facto y la doctrina constitucional servil a sus propósitos.

Por todo lo anterior, como ha sido posible apreciar, el uso de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, como criterio para desentrañar el sentido de un precepto legal o constitucional, es una herramienta útil, en la medida que se la use como es debido y no de forma tal que la actividad adjudicativa quede en manos del mismo legislador.

Capítulo Segundo

La Posición Institucional del Tribunal Constitucional luego de la Reforma de 2005

1. Introducción.

El control de la constitucionalidad de las leyes respondía, hasta la reforma constitucional de 2005, a lo que podemos llamar un modelo desconcentrado o disperso. La competencia principal del Tribunal Constitucional a este respecto era el control preventivo de las Leyes Orgánicas Constitucionales, de las Interpretativas de la Constitución y de las de quórum calificado y simples u ordinarias cuando fuera requerido al efecto. Por otro lado, correspondía a la Corte Suprema el conocimiento de las inaplicabilidades ex post, pero sólo para casos concretos. En este modelo no se contemplaba la posibilidad de que una ley o precepto legal pudiera ser declarado inconstitucional y ser, en definitiva expulsado del ordenamiento jurídico.

La reforma constitucional contenida en la Ley N° 20.050, cambia este modelo sustancialmente, concentrando el conocimiento de todas las materias relativas a la compatibilidad entre la Constitución y el resto de las normas del sistema jurídico nacional, en el Tribunal Constitucional.

Parte central de este trabajo, consiste en la afirmación de que es este Tribunal, el que ha sido llamado a resolver, de manera definitiva y con decisiones que pueden ser de eventual aplicación general o *erga omnes*, las cuestiones que se

pueden suscitar al crear o aplicar normas relacionadas con derechos económicos, sociales y culturales. Para sostener esta afirmación, es necesario revisar la historia de la Reforma Constitucional de 2005 y el debate que se produjo en el Poder Constituyente, respecto de la modificación a las atribuciones que se le entregaron finalmente al Tribunal Constitucional, colocándolo en el pináculo del ordenamiento jurídico nacional como el máximo adjudicador de las normas de mayor jerarquía del derecho patrio. Ahora bien, esta afirmación no sólo está basada en las competencias que se le entregan al Tribunal, sino que también con la composición del mismo, que lo dota de una legitimidad democrática de origen mayor al que tenía hasta antes de su modificación. Las referencias a las discusiones parlamentarias han sido obtenidas de la Historia de la Ley 20.050, de la Historia de los Artículos 3° y 93° de la Constitución, ambas compiladas por la Biblioteca del Congreso Nacional⁸² y del resumen de las mismas que preparó Emilio Pfeffer U.⁸³

2. La discusión de los proyectos de Reforma Constitucional.

La ley de reforma constitucional tuvo su origen en sendas mociones parlamentarias presentadas en el año 2000, tanto por parlamentarios de la entonces Alianza por Chile⁸⁴, como de la Concertación de Partidos por la

⁸² En www.bcn.cl

⁸³ PFEFFER URQUIAGA, Emilio. Reformas Constitucionales 2005. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

⁸⁴ Proyecto de ley de los Senadores, señores Andrés Chadwick, Sergio Díez Urzúa, Hernán Larraín Fernández y Sergio Romero Pizarro que modifica la composición y atribuciones del Congreso Nacional, la aprobación de los tratados internacionales, la integración y funciones del

Democracia⁸⁵. Fueron en total 58 enmiendas, que tuvieron incidencia en 12 capítulos de la Carta Fundamental, la mayor cantidad de ellas, en su parte orgánica que buscaron perfeccionar la democracia, a través de la elección directa de todos los cargos parlamentarios, la pérdida de facultades del Consejo de Seguridad Nacional, la reafirmación del carácter no deliberante de las Fuerzas Armadas y de Orden en conjunto con su sometimiento al poder civil a través de la potestad, que ahora tiene el Presidente de la República, de llamar a retiro a los Comandantes en Jefe, etc.

Hasta antes de la reforma, el Tribunal Constitucional se componía de siete miembros, tres eran Ministros de la Corte Suprema y eran elegidos por ésta en votaciones sucesivas y secretas, un abogado elegido por el Presidente de la República, dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional y un abogado elegido por el Senado, por la mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio. El texto aprobado por la Ley N° 20.500 y que hoy constituye el actual artículo 92 de la Constitución, indica que el Tribunal estará compuesto por diez miembros, de los cuales 3 son designados por el Presidente de la República; cuatro elegidos por el Congreso Nacional, de los cuales dos son nombrados directamente por el Senado y dos a proposición de la Cámara de Diputados

Tribunal Constitucional y otras materias que indica. Fecha 04 de julio, 2000. Cuenta en Sesión 07, Legislatura 342.

⁸⁵ Proyecto de ley refundido de los Senadores, señores Sergio Bitar Chacra, Juan Hamilton Depassier, Enrique Silva Cimma y José Antonio Viera-Gallo Quesney que reforma la Constitución política en materia de elecciones de Diputados y Senadores, composición del Senado, integración y atribuciones del Tribunal Constitucional, Fuerzas Armadas, Consejo de Seguridad Nacional, Plebiscito y otras materias que indica. Boletín 2534-07. Fecha 04 de julio, 2000. Cuenta en Sesión 07, Legislatura 342.

para su aprobación o rechazo por el Senado, señalando que en todos los casos se requiere el voto favorable de dos tercios de los senadores o diputados en ejercicio, según corresponda para aprobar el nombramiento y; tres miembros elegidos por la Corte Suprema en una votación secreta. Se establece la incompatibilidad entre el ejercicio del cargo de Ministro del Tribunal Constitucional y el del ejercicio libre de la profesión y la judicatura ordinaria.

Junto con lo anterior, se determina que el Tribunal funcionará en pleno o dividido en dos salas y se determina que su quórum para sesionar será de a lo menos ocho miembros cuando sesione en pleno y cuatro cuando lo haga en sala. Los acuerdos serán tomados por mayoría simple, salvo cuando se indique lo contrario⁸⁶, y deberá resolver en pleno las cuestiones indicadas en los números 1°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9° y 11° del artículo 93 de la Constitución.

En lo referido a las fuentes de derecho comparado que se tuvieron a la vista para introducir esta reforma, podemos mencionar de manera especial los casos de Colombia donde los miembros de la Corte Constitucional son nombrados tanto por el Senado, el Presidente de la República, la Corte Suprema y el Consejo de Estado; España, donde de los doce magistrados del Tribunal Constitucional, nombrados por el Rey, cuatro son a propuesta del Congreso de los Diputados por mayoría de tres quintos de sus miembros, cuatro a propuesta del Senado por idéntica mayoría, dos a propuesta del Gobierno y dos a

⁸⁶ Que ocurre con los casos del artículo 93 N° 6 en que se debe resolver por la mayoría de los miembros en ejercicio y N° 7 en que se debe resolver por la mayoría de los cuatro quintos de los integrantes en ejercicio.

propuesta del Consejo General del Poder Judicial; e Italia, en donde de los quince miembros de la Corte Constitucional, cinco son nombrados por el Presidente de la República, cinco por el Parlamento en sesión conjunta y cinco por las supremas magistraturas ordinarias y administrativas.

3. Cantidad de jueces y proceso de nombramiento.

En la discusión respecto a la composición y nombramiento de los nuevos ministros, la Corte Suprema, en el informe que le fuera solicitado, expresó su intención respecto de no disminuir el número de miembros del Tribunal que sean magistrados de carrera y afirmó la conveniencia de que al menos un tercio de los miembros del Tribunal fueran jueces del Poder Judicial.

El propio Tribunal Constitucional, en el informe que le fuera solicitado, consideró necesario y conveniente aumentar el número de miembros que lo componía de siete a nueve, en atención a las futuras nuevas atribuciones que se le podrían entregar, que representan una carga considerable de trabajo para ellos. Asimismo, manifestó, al igual que la Corte Suprema, que un número no menor a un tercio de los ministros del Tribunal, debiera provenir de la máxima magistratura, puesto que los integrantes de la Corte Suprema tienen una sólida formación judicial y exhiben experiencia y capacidad resolutive en la decisión de los asuntos que conocen.

En lo que respecta al nombramiento y composición, una de las cuestiones más discutidas fue la calidad que debían investir los miembros designados por el

Poder Judicial, ya que tanto el proyecto de reforma, como la mayoría del Senado, la Corte Suprema y el propio Tribunal Constitucional, eran partidarios de no disminuir el número de jueces profesionales a menos de un tercio. En contra de estas opiniones, estuvo el ex Presidente del Tribunal Constitucional Juan Colombo Campbell, quien estimó discutible que la Corte Suprema designe a sus propios ministros, puesto que se podría confundir la función de Juez Constitucional con la de “representante” del poder que lo nombra, lo cual sería negar la propia justicia constitucional, y se mostró a favor de que el Máximo Tribunal nombre abogados externos, de su propio cuerpo de abogados integrantes o de las Cortes de Apelaciones. Fue finalmente en la Cámara de Diputados, específicamente en la discusión en la sala, donde algunos parlamentarios⁸⁷ estuvieron a favor de que los miembros nombrados por la Corte Suprema no fueran ministros de la misma, sino que abogados sin vinculación institucional con ella, y poniendo exigencia para asegurar el profesionalismo y dedicación de estos, impedirles dedicarse al ejercicio libre de la profesión.

Así entonces, fue en el segundo informe de la Cámara de Diputados, en que se introdujo el actual número de Ministros del Tribunal y la forma en que estos serían nombrados. Luego de ello, el Presidente de la República realizó un veto, en el cual precisó las causales de inhabilidad para ser miembro del Tribunal Constitucional, estableciendo la dedicación exclusiva de los miembros a sus

⁸⁷ Como el Diputado Gonzalo Uriarte

cargos, impidiéndoles el ejercicio libre de la profesión de abogado y además aclaró el funcionamiento en dos salas y en el pleno del Tribunal.

El consenso mayoritario, al principio de la discusión, decía relación con el aumento de los miembros del Tribunal, en concordancia al aumento de las competencias del mismo. Se avanzó en una composición que respondiera de forma equitativa a los tres poderes del Estado, eliminando la atribución del Consejo de Seguridad Nacional de nombrar a dos abogados. Las mayores diferencias que se produjeron entre los miembros del Poder Constituyente, decían relación con el carácter que iban a tener los miembros del Tribunal Constitucional nombrados por la Corte Suprema. En ese sentido, parece acertada la fórmula propuesta por la Cámara de Diputados y finalmente aprobada, puesto que como lo señaló el ex presidente del Tribunal Constitucional, Juan Colombo Campbell en el debate de la Comisión del Senado, el juez constitucional responde a parámetros distintos del juez ordinario, puesto que debe estar vinculado más fuertemente con la realidad política del país, dada la naturaleza de los conflictos que está llamado a resolver, además, cabía la posibilidad de que se confundiera la naturaleza del nombramiento de los Ministros de Corte Suprema, integrantes del Tribunal Constitucional, desdibujándose su desvinculación con este poder del Estado y pasando a ser verdaderos representantes del mismo. En mi opinión, en el futuro debiera avanzarse en ampliar la transparencia y publicidad con que son nombrados los jueces del Tribunal Constitucional, particularmente con aquellos

nombrados por el Poder Ejecutivo, de forma tal de evitar situaciones en que la mera vinculación política sea la razón principal por la cual un abogado llega a integrar este máximo Tribunal.

4. La discusión respecto a las facultades del Tribunal Constitucional.

Con respecto a las atribuciones del Tribunal Constitucional, ellas se encontraban en el antiguo artículo 82 de la Carta Fundamental⁸⁸ y actualmente lo hacen en el artículo 93⁸⁹.

⁸⁸ Éstas eran:

1. Ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución;
2. Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;
3. Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley;
4. Resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones;
5. Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda o dicte un decreto inconstitucional;
6. Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 88;
7. Declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo la responsabilidad de las personas que hubieren tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad, en conformidad a lo dispuesto en los incisos sexto, séptimo y octavo del número 15° del artículo 19 de esta Constitución. Sin embargo, si la persona afectada fuere el Presidente de la República o el Presidente electo, la referida declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio;
8. Informar al Senado en los casos a que se refiere el artículo 49 No. 7 de esta Constitución;
9. Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones;
10. Pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios, y
11. Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuando ellos se refieran a materias que pudieren estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60.

Al revisar la discusión producida en la Comisión del Senado y los informes acompañados por la Excma. Corte Suprema y por el propio Tribunal

⁸⁹ Estas son:

1. 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;
2. 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;
3. Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;
4. Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley;
5. Resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones;
6. 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;
7. Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior;
8. Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda;
9. Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría General de la República haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 99;
10. Declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo la responsabilidad de las personas que hubieran tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad, en conformidad a lo dispuesto en los párrafos sexto, séptimo y octavo del N° 15° del artículo 19 de esta Constitución. Sin embargo, si la persona afectada fuera el Presidente de la República o el Presidente electo, la referida declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio;
11. Informar al Senado en los casos a que se refiere el artículo 53 número 7) de esta Constitución;
12. Resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado;
13. Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones;
14. Pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios;
15. Calificar la inhabilidad invocada por un parlamentario en los términos del inciso final del artículo 60 y pronunciarse sobre su renuncia al cargo, y
16. Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63.

Constitucional, se puede apreciar la tensión entre los ministros miembros del Poder Judicial, respecto de aquellos que no lo son, en lo relativo a la suma de competencias del máximo tribunal, en desmedro de las de la justicia constitucional, especialmente en lo relativo a la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y al control previo de los autos acordados.

La facultad de declarar la inaplicabilidad de un precepto legal por ser contrario a la Constitución, estaba entregada a la Corte Suprema de Justicia y tanto la moción de la Alianza por Chile como la de la Concertación trasladan dicha facultad al Tribunal Constitucional. En la discusión de la Comisión del Senado, el ex Presidente del Tribunal Constitucional, Eugenio Valenzuela Somarriva, se mostró partidario de la idea de radicar el conocimiento de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el Tribunal Constitucional y, además, de crear la acción de inconstitucionalidad. Sostiene al respecto que ello se debe, en su caso, a que conviene mantener la primera de las acciones para hacer un tránsito hasta la existencia sólo de la segunda de ellas, la que deroga una norma *ex post*, por ser contraria al texto constitucional.

Juan Colombo Campbell, concordó en que las causales invocadas para la inconstitucionalidad puedan ser de forma y de fondo, pero discrepó de Eugenio Valenzuela en lo concerniente a los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional. Estimó que el fallo de este organismo debe expulsar la norma del ordenamiento jurídico porque, de lo contrario, se produce una desigualdad absoluta entre dos personas que en un país se rigen por una misma

Constitución. Para un sujeto que logró una sentencia favorable en un recurso de inaplicabilidad, esa ley no existe y no se le aplica, y para todo el resto de los chilenos esa ley es perfectamente constitucional, tiene que aceptarse y los tribunales tienen que aplicarla. De tal modo que en virtud de los principios de supremacía constitucional, de la concentración de la justicia constitucional y de igualdad ante la ley, ésta debe ser constitucional o inconstitucional y si es inconstitucional, tiene que serlo para todos y eliminarse del sistema.

En el informe emanado por el Tribunal Constitucional, los ministros Faúndez y Álvarez se pronunciaron a favor de que se crearan competencias para conocer de una acción de inconstitucionalidad general, pero manteniendo el conocimiento de la acción de inaplicabilidad para un caso concreto, en la Corte Suprema. Contra esta postura estuvieron los ministros Colombo y Jordán, quienes eran partidarios de entregar el conocimiento de ambas acciones al Tribunal Constitucional.

En el Informe de la Corte Suprema, los ministros se mostraron contrarios a entregar el conocimiento de la acción de inaplicabilidad al Tribunal Constitucional, ya que éste se enmarca dentro de una gestión judicial y tendrá, inevitablemente, fin en un fallo de un Tribunal Ordinario o Superior de Justicia, por ello, estimaron de la mayor conveniencia que el Tribunal Constitucional conociera de una acción de inconstitucionalidad *in abstracto*, que tuviera efectos *erga omnes*, de forma tal de complementar su reconocida función de control preventivo. Ahora bien, es interesante destacar la preocupación,

infundada a mi parecer, de la Corte Suprema respecto del arreglo institucional, ya que los magistrados argumentaron que las modificaciones propuestas podrían alterar el “delicado equilibrio” que el constituyente ha mantenido entre los tres tradicionales poderes del Estado, desde el inicio de la vida independiente del país. Tal equilibrio, en concepto de la Corte, supone necesariamente la existencia de efectivos contrapesos y controles recíprocos entre los Poderes, situación que se habría ido deteriorando paulatinamente respecto del Poder Judicial. Dicha tendencia, se agudizaría al restársele a la Corte Suprema el conocimiento del recurso de inaplicabilidad, sin que la pérdida de ese control relativo de la constitucionalidad de las leyes para un caso particular en tramitación ante los tribunales sea compensada con otras facultades de fiscalización que se le confieran al Poder Judicial. Es débil el argumento del Máximo Tribunal en este sentido, por cuanto el entregar el conocimiento de la acción de inaplicabilidad al Tribunal Constitucional respeta de mucho mejor forma el sistema de “frenos y contrapesos” a que hace referencia, puesto que concentra el conocimiento de las acciones de ineficacia de la norma por inconformidad con la Constitución en un solo órgano, lo cual, desde el punto de vista de la unidad en la interpretación constitucional contribuye de mucho mejor forma, a mantener la seguridad jurídica en el sistema. Además, el Poder Judicial sigue teniendo en sus manos el conocimiento de acciones que son trascendentales en lo que se refiere a la fiscalización de los actos del poder público, como son los recursos de ilegalidad

y reclamación en contra de resoluciones de superintendencias, municipalidades, servicios públicos, etc. Además, aún sigue teniendo la competencia sobre la acción de nulidad de derecho público, la cual a todas luces, es una de las más importantes en lo que se refiere al control de los actos de la administración.

Asimismo, la Corte Suprema mostró su inconformidad con entregar al Tribunal Constitucional, el control de constitucionalidad de los autos acordados que dicten tanto ella misma como las Cortes de Apelaciones y la resolución de las contiendas de competencia entre los tribunales inferiores de justicia y las autoridades políticas y administrativas.

Al emitir su informe respecto de esta materia, los ministros del Tribunal Constitucional, sólo estuvieron de acuerdo en forma unánime respecto a que se ejerza el control de constitucionalidad de las normas de los tratados que versen sobre materias propias de las leyes orgánicas constitucionales, antes de su promulgación, a fin de dar solución a la controversia que se había suscitado acerca del quórum que requieren dichas normas para su aprobación por el Congreso y su consiguiente control preventivo de constitucionalidad⁹⁰. En el resto de la discusión sobre las atribuciones del Tribunal, los informantes no consiguieron estar de acuerdo, puesto que respecto a la acción de inaplicabilidad, los ministros Faúndez y Álvarez, eran de la misma opinión que la Corte Suprema respecto a mantener el conocimiento de esta acción en el

⁹⁰ De modo de evitar situaciones como la que se dio con la aprobación del Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional, o la aprobación del Convenio 169 de la O. I. T.

Máximo Tribunal, creando paralelamente la de inconstitucionalidad *in abstracto*, pero por otro lado, los ministros Jordán y Colombo, eran de la opinión contraria en cuanto a que estaban por entregar el conocimiento de ambas acciones al Tribunal Constitucional; por otra parte, el Ministro Valenzuela era partidario de entregar la acción de inaplicabilidad al Tribunal Constitucional, en los mismos términos en que existía a la época, pero dando legitimación activa al juez que estuviera conociendo de la causa. Junto con ello era de parecer que la acción de inconstitucionalidad nacería una vez que en tres fallos distintos se haya determinado la inaplicabilidad del mismo precepto legal. Respecto al control de constitucionalidad de los autos acordados, tanto los ministros Faúndez, Jordán y Álvarez, eran de la misma opinión que la Corte Suprema, respecto a que estas son normas de índole administrativa, ellas dicen relación con el régimen interno de los Tribunales y no sobre materias de carácter jurisdiccional y, aunque en casos de vacío legal la Corte Suprema dicte un auto acordado supletorio, el mismo sólo tiene vigencia hasta que se dicte la correspondiente ley, por lo que no estiman conveniente ni necesario someter a control a tales cuerpos normativos. Como es posible apreciar, los ministros del Tribunal que a su vez eran miembros de la Corte Suprema, fueron en su mayoría partidarios de mantener el *statu quo* de la acción de inaplicabilidad y dejar sin control a los autos acordados, cuando claramente ellos muchas veces tienen efectos generales en materias que no están reguladas en la ley, como el auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección, o aquel sobre tribunales de

familia, el cual por ejemplo establece un plazo para la presentación del pliego de posiciones que deberá contestar la parte citada en juicio, sin que dicho plazo se encuentre en la ley. Estas son razones más que suficientes por las que se justificaba la sustracción de conocimiento de la Corte Suprema en las materias recién mencionadas.

Tanto en la discusión en la comisión, como en la sala, los senadores debatieron principalmente respecto de las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. En la comisión, el ministro del Tribunal Constitucional Eugenio Valenzuela Somarriva, sostuvo que en la nueva acción de inaplicabilidad, se debieran evaluar cuestiones tanto de forma como de fondo, ya que la jurisprudencia casi unánime de la Corte Suprema era partidaria de no revisar vicios formales, opinión con la cual estuvo de acuerdo el Senador Diez, el cual además sostuvo que por razones institucionales la Corte Suprema no revisaba cuestiones de forma.

En el primer informe de la Comisión, y en lo que respecta a las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad, se adoptó como criterio entregar al Tribunal Constitucional el conocimiento de la inaplicabilidad de todo precepto legal contrario a la Constitución, por motivo de forma o de fondo, que corresponde aplicar en la decisión de cualquier gestión que se siga ante un Tribunal ordinario o especial, ampliando la legitimación activa de esta acción al tribunal que conoce de esta gestión, además de las partes litigantes. Después de tres fallos uniformes y unánimes, señalaba el informe, el Tribunal en pleno,

de oficio o a petición de parte, declarararía la inconstitucionalidad del precepto respectivo, con efectos generales; además, después de tres fallos uniformes, aun cuando no unánimes, el Tribunal, en pleno, de oficio, o a petición de parte, podría declarar por los dos tercios de sus miembros la inconstitucionalidad del precepto legal respectivo, con efectos generales.

En el segundo informe, la discusión de la comisión del Senado se centró fundamentalmente en la preocupación que en algunos miembros generaban las amplísimas atribuciones que se estaban entregando al Tribunal Constitucional. En este sentido, cabe destacar la opinión del senador Fernández, el que señaló que los reproches de constitucionalidad que se puedan presentar se dirigen, en el fondo, al actuar del Poder Legislativo, por lo cual no puede facilitarse que se realicen esos cuestionamientos, pues el reproche se dirige, en este caso, hacia un Poder del Estado que representa la voluntad de la ciudadanía. Sostuvo también que un exceso en las atribuciones que se otorgarán al Tribunal Constitucional, podría llevar a la incerteza jurídica e, incluso, a un grado insospechado de desigualdad. Se abre así, con la opinión de este senador, el debate respecto de si puede alegarse la inconstitucionalidad de un precepto que ha sido ya sometido a control previo. El senador Viera-Gallo, a propósito de la acción de inconstitucionalidad, señaló no estar convencido acerca de si el país está o no preparado para atribuir efectos generales a todo fallo. Tal mecanismo, en su opinión, si bien puede ser admisible, tratándose de un caso particular, implica dotar al Tribunal de atribuciones para ir en contra de los dos Poderes

del Estado, encargados de legislar. El senador Moreno, planteó su temor respecto a que no se había tomado en cuenta que se estaba entregando el poder para declarar inconstitucional un precepto legal a un Tribunal Constitucional cuyos miembros no pueden ser acusados constitucionalmente, es decir, se plantea conferirle un poder amplísimo, que en un instante de anormalidad institucional podría transformar a dicha entidad en un supra poder situado sobre la Constitución y los Poderes Colegisladores. El Ministro del Interior coincidió con el criterio de que no debieran proceder recursos de inaplicabilidad respecto de normas que han sido objeto de control preventivo de constitucionalidad por parte del Tribunal. La interposición de tales recursos podría significar entorpecimientos de graves consecuencias, por ello planteó la improcedencia de los señalados recursos, tanto respecto de las leyes orgánicas constitucionales, de las interpretativas de la Constitución y de los tratados internacionales, todos los cuales habrán sido previamente conocidos por el Tribunal. El senador Espina señaló que, dada la forma en que la Corte Suprema estaba conociendo actualmente el recurso de inaplicabilidad, se entiende que éste se liga a circunstancias determinadas; considera además injustificada la exigencia de tres fallos uniformes para que se declare la inconstitucionalidad de una norma con efectos generales. No debe existir, a su juicio, diferencia en cuanto a los efectos de las sentencias de este órgano, las cuales debieran afectar en todos los casos a la generalidad de la ciudadanía. Sostuvo, finalmente, que si se decidía mantener la existencia de dos tipos de declaración

de inconstitucionalidad - *in concreto* e *in abstracto* - sería conveniente aclarar que la sala requeriría del voto favorable de la mayoría de sus integrantes, en tanto que el pleno necesitaría del acuerdo de los dos tercios de sus nueve miembros.

Los criterios adoptados por la Comisión del Senado, plasmados en el segundo informe son:

- a) Mantener, como requisito de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, la existencia de gestiones judiciales previas.
- b) Preservar, igualmente, los criterios adoptados en cuanto a los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Es decir, ellas afectarán sólo el caso particular, en que se ha planteado la acción de inaplicabilidad y serán generales después de tres fallos uniformes.
- c) Mantener, la improcedencia de declarar la inaplicabilidad por el mismo vicio que fue materia de una sentencia de control previo de la ley.
- d) Dejar claramente establecido que el quórum para fallar en sala es la mayoría simple y, en pleno, los dos tercios del total de los miembros del Tribunal Constitucional.

Como se puede apreciar, se generó entre los senadores un legítimo recelo a las nuevas facultades que se iban a entregar al Tribunal Constitucional, principalmente aquella que le permite declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal y, en definitiva, derogarlo. Esa es la razón que explica por qué se propuso que la declaración de inconstitucionalidad fuera posible luego de que el

precepto legal en cuestionamiento, hubiera sido declarado inaplicable en tres oportunidades y que la decisión de expulsar a una norma del sistema jurídico nacional, fuera tomada por los dos tercios de los miembros en ejercicio del Tribunal.

En el Primer Informe de la Comisión de la Cámara de Diputados, se hizo presente que la derogación del antiguo artículo 80 de la Constitución, tenía como fin el privar a la Corte Suprema de la competencia para conocer la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, la que es entregada al Tribunal Constitucional. También en este informe, se recoge la idea de que sea luego de tres fallos uniformes respecto de la inaplicabilidad de un precepto legal, que el Tribunal pueda, de oficio o a petición de parte, declarar por los dos tercios de sus miembros, la inconstitucionalidad del precepto en cuestión, con efectos generales. En ese sentido, se entrega el conocimiento de la inaplicabilidad a una sala del Tribunal y de la inconstitucionalidad de una norma, al pleno del mismo.

La Cámara de Diputados, introdujo un nuevo inciso quinto al artículo 93, el cual establecía que la declaración de inconstitucionalidad de las normas cuestionadas de un proyecto de ley, de reforma constitucional o de un tratado, procedería únicamente por infracción de aquellos preceptos de la Constitución consignados como fundamento de la cuestión de constitucionalidad y que fueren expresamente invocados en el requerimiento. Esta modificación fue rechazada por el Senado, ya que consideró que bien podría ocurrir que la

norma cuestionada sea efectivamente inconstitucional, pero no por la causal invocada en el requerimiento, sino que por infringir otro precepto de la Carta Fundamental. De presentarse tal situación, sería inadmisibles que los jueces constitucionales se vean impedidos de declarar una inconstitucionalidad que es clara y evidente por una razón de tipo formal o circunstancial.

En las observaciones, al último informe de la Comisión del Senado, en lo relativo a la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el Presidente de la República realizó un veto que fue finalmente el texto aprobado en el artículo 93 inciso 12°. En su explicación, el Primer Mandatario, señaló que hacer el juicio de constitucionalidad en el mismo fallo en que se haya declarado inaplicable un precepto legal, impediría la alternativa de una vista de la causa con el objeto de solicitar opinión a los órganos democráticos del Estado que generaron la ley. Este procedimiento es esencial, puesto que el acto que caracteriza la expresión suprema del poder de los modernos Tribunales Constitucionales radica en su capacidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley. Este poder ha sido cuestionado doctrinariamente por constituir un poder contramayoritario o un contrapoder democrático. No obstante, es perfectamente conciliable con la democracia, ya que a diferencia de los demás órganos del Estado que existen para algo, la tarea del Tribunal Constitucional no es hacer el bien, sino evitar que se haga el mal, entendido éste como la actuación de los demás poderes del Estado, al margen de lo previsto en la

Constitución⁹¹. Es un órgano defensivo del Estado Democrático frente a su posible desnaturalización. Por lo mismo, en su tarea de declarar la inconstitucionalidad, ha de actuar con la debida prudencia y ejercicio de *ultima ratio* que dicha fórmula exige.

En ese sentido, el veto realizado declara que debe distinguirse netamente el juicio de inaplicabilidad del juicio de inconstitucionalidad. Tiene que establecerse, entonces, un procedimiento que articule este último juicio y para ello se remiten parte de sus aspectos a la regulación de la ley orgánica constitucional respectiva. Asimismo, se abre un limitado espacio a la acción pública, para pedir la declaración de inconstitucionalidad sólo una vez declarada la inaplicabilidad del precepto legal – al menos por una vez – por parte del Tribunal. En este caso, se puede proceder a un nuevo examen de admisibilidad de la acción con el objeto de limitar las múltiples acciones sobre asuntos similares. De la misma manera, se mantiene la capacidad del propio Tribunal para proceder de oficio. Este veto, fue plenamente aprobado por el Senado, quedando aprobado como texto definitivo.

⁹¹ PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. 7ª Edición, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2005, pp. 639 - 640

Capítulo Tercero

Nociones sobre la naturaleza de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Interpretación en el Constitucionalismo Nacional

1. Sobre el concepto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Previo a entrar al análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional, que constituyen la parte central de esta tesis, es necesario revisar algunos aspectos sobre el concepto de Derechos Sociales⁹². Para ello, se debe dar cuenta de la estructura de los derechos económicos, sociales y culturales, de forma tal de distinguir las obligaciones del Estado y poder determinar cuáles de ellas son plenamente exigibles ante -o controlables por- el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, es muy frecuente, al posicionarnos frente a la pregunta sobre los derechos económicos, sociales y culturales, encontrarnos con posturas que sostienen diferencias radicales entre estos y los así llamados “derechos civiles y políticos”⁹³. En esa dirección, se ha llamado a los Derechos Sociales, “derechos

⁹² La denominación de “Derechos Económicos, Sociales y Culturales” proviene del Derecho Internacional de los Derechos Humanos – ver Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 26, entre otros instrumentos internacionales -, mientras que la expresión “Derechos Sociales” es más usada por los estudiosos de los derechos fundamentales – ver Alexy, Ferrajoli, Atria, etc. Si bien ambos hacen referencia, en el plano normativo, a las mismas obligaciones de los estados, hay una ligera diferencia filosófica de la cual se pueden obtener referencias en COURTIS, Christian. Los Derechos Sociales Como Derechos. [En línea]. Citado el 18 de Abril de 2013. Disponible en <<http://www.campanaderechoeducacion.org/justiciabilidad/docu.docu.php>>, p. 37 y ss.

⁹³ Por ejemplo, V. HAYEK, F. “Derecho, legislación y libertad”, (“El espejismo de la justicia social”), Madrid, Unión Editorial, 1979, vol. II, cap. 9. En cuanto a posturas que afirmando la importancia de los derechos humanos, dejan en un segundo plano a los Derechos Sociales, se puede consultar a NIKKEN, Pedro. El concepto de derechos humanos. *Estudios de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, IIDH, 1994, Cap. II, párr. 2.

de segunda generación”⁹⁴ y de alguna forma, ha habido una búsqueda, más o menos intencionada, de posicionarlos en un segundo orden, con el fin de argumentar obligaciones menos intensas del Estado para asegurar su pleno goce.

Una de las razones que se esgrime para esta afirmación, puede haber tenido su fuente en la decisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1951, provocada por razones eminentemente prácticas, y que consistió en reemplazar la idea original de la celebración de un Pacto Internacional de Derechos Humanos, por la de elaborar dos, los actuales Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales⁹⁵. Esta determinación no deja de ser curiosa, considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en sus artículos 22 a 27 contiene varios de los así llamados “derechos económicos, sociales y culturales”, como el derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure tanto a la persona, así como a su familia, la salud, el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica, en el artículo 25 y en el artículo 27 el derecho a la educación. No obstante, fue una decisión motivada por la necesidad de agilizar el trabajo de la comisión del Consejo Económico y Social, entrabada por los bloques de la guerra fría, ya que se cernía la amenaza de no tener un tratado internacional que hiciera claramente obligatorias las

⁹⁴ NIKKEN, Op. Cit. Nota 93.

⁹⁵ Ambos Adoptados y abiertos a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

normas de reconocimiento y protección de los derechos de la Declaración Universal.

Antonio Cançado Trindade, relata que en la época de estos pactos internacionales, se presumía que en tanto los derechos civiles y políticos eran susceptibles de aplicación inmediata, requiriendo solamente obligaciones de abstención por parte del Estado, los derechos sociales eran posibles de aplicación progresiva, requiriendo obligaciones positivas de parte del Estado, pero ciertamente, la línea divisoria entre las dos “categorías “ de derechos no fue nunca clara, y la distinción sea, tal vez, antes una cuestión de gradación o énfasis, volcada a las obligaciones generales que vinculan a los estados partes.⁹⁶

A pesar de esta diferencia en las normas internacionales, se ha podido ver un avance hacia una comprensión holística e indivisible de estas categorías de derechos. Por ejemplo en la I Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Teherán de 1968 se proclamó la indivisibilidad de los derechos afirmando que:

“13. Ya que los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la completa realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos sociales y culturales es imposible. El logro de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos,

⁹⁶ CANÇADO TRINDADE, Antonio A. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 94.

depende de sólidas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social.”⁹⁷

Pero si bien se puede argumentar en torno a la indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, esa es una discusión que busca incluirlos a ambos en la gran categoría de “derechos humanos”, sin separarlos en “categorías de derechos”; lo que es necesario determinar para los propósitos de este capítulo es si, efectivamente, los derechos económicos, sociales y culturales, imponen obligaciones de naturaleza distinta a las que comprenden los derechos civiles y políticos, puesto que es en esos deberes en los que deberemos encontrar el espacio para que los tribunales en general, y el Tribunal Constitucional en particular, puedan hacer justiciables algunos aspectos de los Derechos Sociales.

Courtis, en un esfuerzo por teorizar esas diferencias, sostiene que la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares⁹⁸. Estas funciones positivas mantienen una coincidencia histórica con las del Estado liberal moderno, y caracterizar a los derechos civiles y

⁹⁷ U.N. *Final Act of the International Conference on Human Rights*. ONU doc. A/CONF.32/41 de 1968. La traducción es mía, la cita original en inglés dice: “*Since human rights and fundamental freedoms are indivisible, the full realization of civil and political rights without the enjoyment of economic, social and cultural rights is imposible. The achievement of lasting progress in the implementation of human rights is dependent upon sound and effective national and international policies of economic and social developement*”

⁹⁸ COURTIS, Op. Cit. Nota 92, p. 7.

políticos de la manera anteriormente dicha tiende a “naturalizar” dicha actividad estatal, y poner el énfasis sobre las limitaciones de su actuación⁹⁹.

En lo que se puede coincidir es que las diferencias entre los derechos civiles y políticos y los sociales son más bien de grado, que sustanciales¹⁰⁰. Estoy de acuerdo con Courtis cuando éste señala que puede reconocerse que la faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales, son las obligaciones de hacer, y es por esa razón por las que se les denomina “derechos - prestación”¹⁰¹.

Courtis y Abramovich,¹⁰² siguiendo a van Hoof¹⁰³ señalan que pueden distinguirse “niveles” de obligaciones estatales. Estos – que serían aplicables para todas las categorías de derechos – serían las obligaciones de “respetar”, “proteger”, “garantizar” y “promover” el derecho en cuestión. De esa manera, podemos ver que la obligación de “respetar” puede ser identificada con la clásica de “abstención” de parte del Estado; las obligaciones de “proteger” consisten en impedir que otros – terceros – obstaculicen o impidan el acceso al derecho; las de “garantizar” suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo, y las de “promover”, se

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ *Ibíd.* Ver también, CONTRERAS PELÁEZ, Francisco. *Derechos Sociales: Teoría e ideología*. Madrid, Tecnos, 1994, p. 21.

¹⁰¹ COURTIS, Op. Cit. Nota 92, p. 7.

¹⁰² COURTIS, Christian y ABRAMOVICH, Víctor. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid, Editorial Trotta, 2002, pp. 28 - 31

¹⁰³ VAN HOOFF, Godefridus. *The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views*. En ALSTON, P. y TOMASEVSKI, K. (Eds.), *The Right to Food*, Utrecht, 1984, pp. 97 - 110.

caracterizan por el deber de desarrollar las condiciones para que los titulares del derecho accedan a los bienes que éste provee.

No es posible, salvo en lo que respecta a la obligación de respetar, caracterizar a las recién mencionadas obligaciones, bajo el binomio obligación positiva y negativa u obligaciones de medio o resultado. Así entonces, señala van Hoof, la libertad de expresión no sólo requiere el cumplimiento de la prohibición de censura, sino que exige la obligación de crear condiciones favorables para el ejercicio de la libertad de manifestarse y del pluralismo de la prensa y los medios de comunicación en general.

Llevando el ejemplo al plano de los Derechos Sociales, más específicamente al derecho a una alimentación adecuada¹⁰⁴, sostiene van Hoof que la obligación de “respetar” este derecho, impondría al Estado el deber de no expropiar tierras a la población para la cual el acceso al recurso implica la única o principal forma de asegurar su alimentación; la obligación de proteger, en este caso, implicaría el deber de prevenir que las personas resulten privadas de sus recursos básicos para satisfacer sus necesidades de alimentación por otras personas, como grupos económicos, acreedores u otros; la obligación de garantizar, necesita que el Estado adopte medidas en el caso de que las personas acrediten que resultan incapaces de proveerse a sí mismas de alimentación en suficiente cantidad y calidad, como para no poner en riesgo sus vidas, como en los casos de calamidades públicas o desastres naturales. El asunto de los

¹⁰⁴ Art. 11.1 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

medios que tendrá que utilizar el Estado, con miras a un aseguramiento a largo plazo del derecho en cuestión, dice relación con la obligación de promover.

Ahora bien, podemos coincidir en que, de este conjunto de obligaciones positivas y negativas recién mostradas, hay algunas que pueden ser exigibles directamente al Estado por la vía jurisdiccional, como las de respetar y proteger, pero en lo que respecta a las de garantizar y promover, pareciera ser, al menos en lo que se refiere al ámbito de los derechos sociales, que se necesitaría un despliegue mayor de recursos tanto económicos como en infraestructura y humanos, para satisfacerlas. Lo anterior, de todas formas, no es una excusa para que un Estado no haga absolutamente nada, puesto que cualquiera sea la dificultad de establecer las obligaciones específicas, la total inactividad constituye claramente una violación de los deberes, no sólo en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, sino que también para el caso de los derechos civiles y políticos.

Aun cuando se pueda seguir sosteniendo que el cumplimiento pleno de las obligaciones del Estado en materia de Derechos Sociales requiere, en muchos casos, la disposición y uso de fondos y recursos públicos, ello no quiere decir que esa sea la única alternativa. Courtis¹⁰⁵ sostiene que existen otros medios, en los que otros sujetos obligados en algún nivel a la satisfacción de derechos sociales pueden tomar parte.

¹⁰⁵ COURTIS, Op. Cit. Nota 92, pp. 18 - 22

En primer lugar, sostiene que el Estado puede establecer algún tipo de regulación, sin la cual el ejercicio de un derecho no tiene sentido. Al respecto, el autor se apoya en Alexy cuando éste sostiene que “[u]na acción puede ser imposibilitada jurídicamente sólo si es un acto jurídico. Actos jurídicos son acciones que no existirían sin las normas jurídicas que para ella son constitutivas. Así, sin las normas del derecho contractual no sería posible el acto jurídico de la celebración de un contrato, sin el derecho de sociedades no sería posible el acto jurídico de fundación de sociedades [...]. El carácter constitutivo de las normas que las posibilitan caracteriza a estas acciones como acciones institucionales. Las acciones jurídicas institucionales son imposibilitadas cuando se derogan las normas que para ellas son constitutivas. Por lo tanto, entre la derogación de estas normas y la imposibilidad de las acciones institucionales existe una relación conceptual”¹⁰⁶. En ese sentido entonces, el establecimiento de un marco regulatorio por el Estado, para el ejercicio de un determinado derecho social, puede ser suficiente para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones. Tomemos, a modo ejemplar, el caso del derecho a fundar sindicatos y afiliarse al de su elección, contenido en el artículo 8º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 19 Nº 19 de nuestra Constitución; es inverosímil concebir el pleno ejercicio de este derecho sin que haya un reconocimiento legal a la asociación sindical que pretende participar en la vida pública. En este caso el Estado tiene que establecer consecuencias

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Traducción al español de Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 189 - 190

jurídicas que hagan plausible la existencia en la vida jurídica del sindicato; además, debe establecer reglas que protejan la actividad sindical, desincentivando el despido de trabajadores sindicalizados, fortaleciendo la unidad sindical y asegurando respeto a las decisiones que se tomen en el marco de las negociaciones colectivas, entre otras medidas.

La situación no es muy distinta para el caso de otros derechos sociales y si bien, no está claro cuáles son los estándares mínimos de cumplimiento, sin los cuales se pueda entender que hay una violación de los derechos en cuestión, es claro que la total inactividad constituye, como ya lo dijimos, una forma de violar derechos económicos, sociales y culturales. Si pensamos en la situación producida con posterioridad a la dictación de la sentencia 1710-2010, que derogó el artículo 38 ter de la Ley de Isapres, tenemos un ejemplo claro de la violación al derecho a la salud que se está produciendo, puesto que el Estado no ha establecido las reglas que podrán usar las Isapres para subir los precios de sus planes¹⁰⁷ y se ha dejado a la total discrecionalidad – o arbitrariedad – de éstas el uso de la misma tabla de factores que el Tribunal Constitucional, derogó por ser contrario a nuestra Carta Fundamental. De esa forma, entonces, es claro que la existencia de un marco regulatorio adecuado es una necesaria – y a veces suficiente – medida para cumplir las obligaciones del Estado en lo que a derechos sociales se refiere.

¹⁰⁷ Sin entrar a la discusión respecto a la legitimidad de las Isapres, ni del alza de precios de sus planes.

Una segunda forma en que se puede asegurar el goce de los derechos económicos, sociales y culturales, es a través de la restricción de las facultades privadas o la imposición de algún tipo de obligaciones para las personas privadas. Un ejemplo de estas regulaciones, las encontramos en el derecho del consumidor al consagrar cláusulas abusivas que de presentarse se convierten en nulas y generan responsabilidad para el proveedor; también en el establecimiento de un salario mínimo, protección contra el despido arbitrario y descansos obligatorios en el derecho del trabajo, entre otras ramas del derecho. Por último, señala Courtis, el Estado puede cumplir con sus obligaciones, proveyendo de servicios a la población, sea en forma exclusiva, o a través de formas de cobertura mixta que incluyan, además de un aporte estatal, regulaciones en las que ciertas personas privadas se vean afectadas a través de restricciones, limitaciones u obligaciones. Estas medidas, pueden consistir en la organización de un servicio público, la oferta de programas de desarrollo y capacitación, el establecimiento de formas escalonadas público/privadas de cobertura, etc.

Podemos concluir que si bien ha habido un intento por argumentar diferencias insalvables entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, sosteniendo que los primeros sólo establecen obligaciones negativas y los segundos sólo obligaciones positivas, se ha demostrado que tanto en la doctrina como en la práctica internacional, dicha concepción ha cambiado, manifestándose tales incompatibilidades como artificiosas y que

tanto los derechos civiles como los sociales, imponen un conjunto de deberes positivos y negativos al Estado, que pueden ser caracterizados en la forma en que señaló van Hoof y que, además, la creencia de que el goce de los derechos económicos, sociales y culturales sólo puede ser consagrado a través de la inversión de recursos públicos es poco realista.

La interdependencia entre ambas categorías de derechos es patente en nuestra sociedad actual y, en definitiva, todos experimentamos la indivisibilidad de los derechos humanos. Es esclarecedor a este respecto, lo señalado por Cançado Trindade al sostener que:

“[L]a denegación o violación de los derechos económicos, sociales y culturales, materializada , v.g. en la pobreza extrema, afecta a los seres humanos en todas las esferas de su vida (inclusive civil y política), revelando así de modo evidente la interrelación o indivisibilidad de sus derechos. La pobreza extrema constituye, en última instancia, la negación de todos los derechos humanos. Cómo hablar de derecho de libre expresión sin el derecho a la educación; como concebir el derecho de ir y venir (libertad de circulación) sin derecho a una vivienda; cómo contemplar el derecho de participación en la vida pública sin el derecho a la alimentación; cómo referirse al derecho a la asistencia judicial sin tener presente, al mismo tiempo el derecho a la salud, y los ejemplos se multiplican. [...]

Ya no hay lugar para compartimentalizaciones; se impone una visión integrada de todos los derechos humanos.”¹⁰⁸

2. Sobre la función de los Derechos Sociales.

De todo lo planteado anteriormente, pareciera desprenderse que no tiene sentido hablar de derechos económicos, sociales y culturales, puesto que los Estados tendrían las mismas obligaciones frente a estos y a los llamados civiles y políticos. No es el fin de este trabajo sostener eso y considero que la visión integrada de los derechos humanos no conlleva un cambio en la estructura del lenguaje tan terminante. Pero, ciertamente para hablar de derechos sociales, debemos asignarles una función a estos.

En ese sentido, Regine Kreide¹⁰⁹, expone tres modelos que, desde la filosofía política contemporánea, han justificado la existencia y el rol de los derechos sociales. Estos son el de la justificación funcionalista o de la “libertad negativa”, el de la “libertad extendida” y el de la “autonomía social”. A continuación se destacará lo más importante de estas tres perspectivas.

¹⁰⁸ CANÇADO TRINDADE. Op. Cit. Nota 96, p. 120.

¹⁰⁹ KREIDE, Regine. La pobreza y las violaciones a los derechos humanos. *Co-herencia*, Julio - Diciembre 2005, Vol. 3, No. 2, pp. 9- 42. El artículo busca justificar la consideración de la pobreza como una violación de los derechos económicos y sociales. Si bien no toma en consideración los derechos culturales, considero que todo lo dicho vale para el conjunto de lo que se denomina “Derechos Sociales”.

En lo referido a la justificación funcionalista, el autor más representativo de esta corriente es John Rawls¹¹⁰, el que integró lo que denominó un “deber de asistencia a otra gente”, como parte de la “ley de los pueblos”. Este deber de asistir, se justifica como un instrumento necesario para llevar a los pueblos a un nivel de desarrollo que satisfaga ciertos criterios de estabilidad e igualdad política y jurídica; en ese orden, la ayuda entre los pueblos se justifica en tanto es un medio apropiado para el cumplimiento de otros principios que se consideran como sus intereses esenciales. Por lo anterior, no se debiera asistir a sociedades que persiguen una política internacional agresiva, aunque carezcan tanto de los medios materiales y tecnológicos, como de la cultura política para convertirse en miembros de la comunidad de las sociedades bien ordenadas¹¹¹. En un segundo orden, Rawls reseña que el fin de la asistencia material y técnica, debiera ser ayudar a los países a convertirse en “bien ordenados”, es decir, a que en ellos se instalen instituciones justas, o decentes¹¹².

Rawls, rechaza un principio de justicia distributiva global, puesto que tal principio no incluye un punto de corte, es decir, no identifica cuándo la redistribución ha alcanzado un nivel satisfactorio. Como consecuencia, él teme que puedan existir nuevas injusticias, ya que las sociedades más pobres podrían demandar compartir divisas de las sociedades más ricas, incluso si

¹¹⁰ RAWLS, John. El derecho de gentes y una idea de razón pública. Barcelona, Editorial Paidós, 2001.

¹¹¹ KREIDE, Op. Cit. Nota 109, p.14.

¹¹² *Ibíd.*

ellas tuvieron las mismas condiciones iniciales pero hubieren fracasado en establecer una estructura institucional rica y eficiente.¹¹³

Kreide argumenta con tres objeciones a esta postura, indicando en primer lugar que no es convincente que Rawls proponga un principio de diferencia dentro del Estado nacional, sin un punto de corte, y lo niegue para el ámbito de la cooperación internacional.¹¹⁴ En segundo lugar, Rawls no tomaría en cuenta aquellos estados que han tomado medidas pensando que así fortalecerían su crecimiento económico y, sin embargo, han fracasado, citando las experiencias de Tailandia y Argentina de principios de la década pasada¹¹⁵, que pueden ser replicados en lo ocurrido en esta década en países más avanzados como España, Grecia o Italia. Finalmente, el que la finalidad del principio de asistencia sea ayudar a las sociedades a ser “bien ordenadas”, dejaría fuera de la asistencia internacional a países que viven en regímenes dictatoriales, pero en los cuales las personas también requieren la recepción de alguna clase de soporte económico y cultural¹¹⁶.

Como la propuesta rawlsiana tiene debilidades para justificar los derechos sociales, se hace referencia a una segunda línea de justificación, que la autora denomina de la “libertad extendida”¹¹⁷. Esta corriente critica el concepto de

¹¹³ RAWLS, Op. Cit. Nota 110, p. 135

¹¹⁴ KREIDE, Op. Cit. Nota 109, p. 15.

¹¹⁵ *Ibíd.*

¹¹⁶ *Ibíd.*, p. 16.

¹¹⁷ *Ibíd.*

“libertad negativa”¹¹⁸, y reconoce el papel de los recursos como precondition para actuar libremente, persiguiendo el mayor número posible de oportunidades para escoger entre alternativas¹¹⁹. Por dicha razón, este concepto se vuelve atractivo para justificar el rol de los derechos sociales, porque permiten validar las demandas de servicios del Estado, más que protegerse de sus intromisiones. En esta visión, los derechos sociales son valiosos en sí mismos, puesto que ellos aseguran las condiciones materiales para el ejercicio de la propia libertad¹²⁰.

Sin embargo, según Kreide, esta perspectiva fracasa en reconocer que los bienes pueden tener efectos muy diferentes sobre el bienestar de los individuos y que pueden ser usados por personas distintas en formas diferentes¹²¹.

Finalmente, entonces, la concepción que justifica el rol de los derechos sociales, en base a la “autonomía social”, es la que da una mejor respuesta en

¹¹⁸ En este sentido, hablo de libertad negativa como la medida “en que ningún hombre ni ningún grupo de hombres interfieren en mi actividad. En ese sentido, la libertad política es simplemente el ámbito en el que un hombre puede actuar, sin ser obstaculizado por otros”. BERLIN, Isaiah. Dos conceptos de libertad. *Libertad y necesidad en la historia*, trad. de Julio Bayón, Madrid, Ediciones de la Revista de Occidente, 1981, p.137.

¹¹⁹ KREIDE, Op. Cit. Nota 109, p. 17

¹²⁰ *Ibíd.*

¹²¹ *Ibíd.* Resulta esclarecedor para ilustrar este punto, lo que señala Amartya Sen, al argumentar que “La conversión del ingreso en capacidades básicas puede variar mucho entre los individuos y también entre distintas sociedades, de modo que la posibilidad de alcanzar niveles mínimamente aceptables de las capacidades básicas puede estar asociada con diferentes niveles de ingresos mínimamente adecuados. El punto de vista de la pobreza que se concentra en el ingreso, basado en la especificación de un ingreso en una “línea de la pobreza” que no varíe entre las personas, puede ser muy equivocado para identificar y evaluar la pobreza”. Lo que Sen argumenta es que, en relación a la medición de la pobreza, la consideración de una línea que delimite, en base sólo al ingreso, quién es pobre, no considera las diferentes necesidades de las personas y la forma en que éstas administran sus capacidades y sus bienes. El mismo argumento, puede ser usado para determinar qué ayuda debe recibir del Estado tal o cual individuo o grupo social, basado en sus necesidades particulares y no en una línea impersonalizada. Ver: SEN, Op. Cit. Nota 21, p. 68.

orden a su independencia de otras categorías, respetando, además, la libertad de los sujetos en orden a desarrollar sus propios planes de vida. Ello, por cuanto los derechos económicos, sociales y culturales hacen posible que las personas se desarrollen a un nivel personal¹²² y les capacitan para perseguir su visión de la vida buena. Desde la perspectiva de Kreide, el valor intrínseco de los derechos sociales no yace en ofrecer recursos que satisfagan las condiciones para actuar libremente; más bien, está en la búsqueda de diferentes actividades y en el desarrollo de capacidades que permitan al individuo perseguir su propio concepto de lo bueno¹²³. Desde la vereda de la economía, Amartya Sen plantea una perspectiva similar, al distinguir entre el “logro” y la “libertad de lograr”. Argumenta este autor, señalando que se puede distinguir entre el “logro de agencia”, que es el llevar el plan de vida hacia el destino que efectivamente se tenía en mente y la “libertad de agencia”, que es la capacidad de poder realizar ese proyecto de vida. Misma distinción hace con el “logro de bienestar” y la “libertad de bienestar¹²⁴”.

Esta última concepción de los derechos sociales, no los instrumentaliza poniéndolos como requisito para alcanzar otras libertades, ni invisibiliza las diferencias entre las personas, ni su libertad de elegir su plan de vida. La concepción de la autonomía social, pone el acento en el desarrollo humano y en la capacidad que tiene cada uno de lograr aquello que se ha propuesto como

¹²² KREIDE, Op. Cit. Nota 109, p. 18.

¹²³ *Ibíd.*, p. 19.

¹²⁴ SEN, Op. Cit. Nota 21.

“bueno” para su propia vida. En ese sentido, es una propuesta más igualitaria que las otras dos concepciones expuestas. En esta parte, se vuelve importante hablar de igualdad, puesto que considero, que los derechos sociales son la forma en la que se garantiza la plena igualdad entre los individuos, permitiendo que cada uno pueda llevar a cabo sus respectivos planes de vida.

Al tener que recurrir a una propuesta que argumente respecto de la necesidad de establecer el principio de igualdad, considero que la más correcta es la que se encuentra en la distinción hecha por Ferrajoli ¹²⁵ entre “diferencia” y “desigualdad”. Respecto de la primera, sostiene que una de las razones por las cuales se establece el principio de igualdad es porque “somos diferentes”, entendiendo “diferente” en el sentido de la diversidad de identidades personales, es decir, nuestro nombre, religión, afiliación política, identidad racial, etc. Sobre la segunda, afirma que el principio de igualdad se sostiene debido a que “somos desiguales”, entendiendo “desigualdad” en el sentido del desequilibrio en las condiciones de vida materiales y sociales. Concluye que, en definitiva, “la igualdad se establece porque, de hecho, somos diferentes y desiguales: para tutela de las diferencias y en oposición a las desigualdades”¹²⁶.

¹²⁵ FERRAJOLI, Luigi. La igualdad y sus garantías, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Traducción de Isabel M. Giménez Sánchez, 2009, Nº 13, p. 311.

¹²⁶ *Ibíd.* Profundizando en el argumento señala que, “Las diferencias consisten en las diversidades de nuestras identidades personales: conciernen [...] a las diferencias de sexo, de nacionalidad, de lengua, de religión, de opiniones políticas, de condiciones personales y sociales. Las desigualdades consisten, en cambio en las diversidades de nuestras condiciones materiales: conciernen, como dice el artículo 3.2. de la Constitución [italiana], <<a los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana>> y la <<efectiva participación

Sobre esta segunda acepción de la igualdad, la conceptualiza, señalando que ella consiste en “el desvalor asociado a todas las desigualdades materiales y sociales por las cuales el igual valor de las diferencias se limita o, peor aún, se niega”¹²⁷.

Si bien pareciera ser que Ferrajoli le asigna valor a la lucha contra la desigualdad, en la medida en que ella garantiza el respeto por las diferencias, la función que le otorga a los derechos económicos, sociales y culturales no pareciera ir en esa dirección, puesto que sostiene que ellos, al consistir en expectativas positivas de prestación, sirven para eliminar o reducir las desigualdades materiales o sociales¹²⁸.

Ya sea que se considere o no que Ferrajoli instrumentaliza los derechos sociales, en cuanto medios para garantizar el goce pleno de los derechos civiles y políticos – y de esa forma considerar a la igualdad como un medio para proteger a las diferencias – es importante su reflexión en que señala que, “[e]n definitiva, estamos frente al desarrollo de una desigualdad sin precedentes en la historia. La humanidad es hoy, en su conjunto, inmensamente más rica que en el pasado. Pero es también, si se tiene consideración por masas ilimitadas y crecientes de seres humanos, incomparablemente más pobre”.

Todo lo anterior, vale para sostener mi afirmación. Los derechos civiles y políticos, históricamente han sido instrumentos para resguardar el respeto por

de todos en la vida democrática. >>”. *Ibíd.* Esta distinción, como se verá sostendrá mi afirmación inicial sobre la función de los Derechos Sociales.

¹²⁷ *Ibíd.*, p. 312.

¹²⁸ *Ibíd.*, p. 313.

las diferencias entre nuestras identidades y la protección de dichas diferencias a través de las constituciones nacionales y los tratados internacionales son las formas en que el derecho interno e internacional expresa dicha preocupación. En el caso de los derechos sociales, su reconocimiento apunta a superar la “desigualdad”, en el sentido dado por Ferrajoli, pero no como un paso previo al goce pleno de los derechos civiles, sino que como instrumentos para alcanzar el pleno desarrollo humano, uno equitativo y que esté al alcance de todos los individuos.

3. Avances en la Doctrina y Jurisprudencia Nacional

El entendimiento tanto de la doctrina como de la jurisprudencia nacional, en materia de derechos sociales, está marcado por el avenimiento de la dictadura y el triunfo de lo que Pablo Ruiz-Tagle denominó “pinochetismo jurídico”, que representa a la corriente doctrinal que, al alero de la dictadura, impuso sus ideas en la constitución de 1980, donde según Ruiz-Tagle “todavía campea en una jurisprudencia que devalúa el principio y el derecho de igualdad constitucional y que piensa la forma de los derechos exclusivamente como garantías de no interferencia estatal y como expresión de libertad negativa”¹²⁹, que albergó lo que este autor también llama el grupo de las “teorías

¹²⁹ RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. Un proyecto Constitucional para la generación del bicentenario: Igualdad y Derechos Sociales y Económicos en Chile, *Derecho y Humanidades*, 2009, N° 15, p. 19...

pontificias”¹³⁰, es decir, aquel conjunto de autores, en su mayoría provenientes de la Pontificia Universidad Católica de Chile, que desarrollaron una doctrina de los derechos fundamentales de carácter intuitivo y total o jerarquizada, en la que podemos incluir a los profesores Alejandro Silva Bascuñán, Enrique Evans de la Cuadra, José Luis Cea Egaña, Mario Verdugo Marinkovic y Emilio Pfeffer Urquiaga. Gabriel Celis Danzinger¹³¹, caracterizó y sintetizó las ideas de estos profesores, señalando que ellos propugnan un sistema originalista de interpretación de los derechos el que tiene las siguientes características:

- a) Es una interpretación formalista, en la cual predomina el “tenor literal”, como factor hermenéutico, reduciendo el trabajo del juez al de mero aplicador de un ordenamiento jurídico hermético y autosuficiente¹³².
- b) Se trata de una interpretación restrictiva, puesto que sólo considera a los preceptos de la Constitución formal, es decir, el conjunto de derechos expresados en el artículo 19, excluyendo los derechos fundamentales y disposiciones dogmáticas que considera el bloque constitucional, entendiéndose por tal el conjunto de disposiciones relativos a la dignidad

¹³⁰ RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. Una dogmática general para los Derechos Fundamentales en Chile, *Revista de Derecho Público*, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2001, vol. 63, pp. 183 -187.

¹³¹ CELIS DANZINGER, Op. Cit. Nota 81, pp. 43 – 74.

¹³² Como se viera en el capítulo primero, esta tendencia se identifica con la preponderancia que se le otorga al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, vulnerando el principio de jerarquía y supremacía constitucional, al otorgar a un texto no autoritativo ni otorgado según las reglas vigentes, la capacidad de ser equivalente, en la práctica, a la interpretación oficial del sentido de las palabras usadas en los preceptos constitucionales.

humana y los derechos fundamentales, que se encuentran en la denominada constitución material¹³³.

- c) Como dijera en el capítulo primero de esta memoria, dicha escuela de interpretación originalista, es antidemocrática e inconstitucional.
- d) Tiene como consecuencia la imposibilidad de cambio en la interpretación de la Carta Fundamental, y vuelve ilusoria la adaptación de sus normas a los tiempos en los cuales ellas son aplicadas. O de dicho de otra forma, se petrifican los preceptos constitucionales.
- e) Para esta escuela de interpretación, los derechos sociales no son genuinamente derechos fundamentales, puesto que no serían normas de aplicación inmediata, sino que reglas programáticas, y además carecerían de acción para su cumplimiento, por no estar en el listado de derechos que el artículo 20 de la Constitución defiende mediante el recurso de protección.
- f) Esta postura, finalmente, considera la existencia de “jerarquías intraconstitucionales”. Es decir, que dentro del mismo texto fundamental, existirían normas – en este caso, derechos – que tendrían una jerarquía superior a otras. En ese sentido, la categoría más afectada es la de los derechos económicos, sociales y culturales los que, como ya vimos, ni siquiera son tenidos en cuenta como “derechos” en esa concepción. Esta postura, sostenida por Jaime Guzmán y en la que lo siguieron Enrique

¹³³ CELIS DANZINGER, Op. Cit. Nota 81, p. 46

Evans de la Cuadra y Alejandro Silva Bascuñán¹³⁴, está perfectamente planteada por José Luis Cea, el que opina que “[...] tiene que ser reconocida la disparidad de jerarquía entre los derechos esenciales, comenzando con la fuente o presupuesto de todos, o sea, la dignidad humana, para seguir con la vida e integridad personal”¹³⁵. Esta tesis de la jerarquización, tuvo su reconocimiento jurisdiccional en la sentencia del ya tristemente célebre caso “Luksic c. Martorell”¹³⁶, en la que la Corte de Apelaciones de Santiago concluyó que: “Nadie discute que el constituyente siguió, aunque no lo diga expresamente, un orden de prelación en las garantías y derechos que consagra el artículo 10. Desde luego, la ordenación en que aborda tales derechos y garantías no es arbitraria, como lo prueba la sucesión descendente de su importancia”¹³⁷.

En definitiva, la adopción de la escuela interpretativa recién reseñada, lleva no sólo a dejar en un lugar poco privilegiado de la dogmática constitucional a los Derechos Sociales, sino que, como lo planteó en su momento Jaime Guzmán, a decir que es equívoco denominar “derecho” a pretensiones o aspiraciones

¹³⁴ Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión 96ª, pp. 30-31.

¹³⁵ CEA EGAÑA, José Luis. Derecho Constitucional Chileno, tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, pp. 65 y 67. Complementa Cea su tesis, aduciendo que debe ser posible la conciliación entre todos los derechos, puesto que su colisión es sólo aparente y, por ello, resoluble. En ese sentido, sostiene que debe admitirse la jerarquía o gradación, de primacía o preponderancia de unos derechos sobre otros, empezando con el derecho a la vida y a la integridad personal, continuando con la intimidad y el honor, pasando a la información y reunión.

¹³⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 983-1993. Sentencia de 31 de mayo de 1993, confirmada por la Corte Suprema el 15 de junio de 1993.

¹³⁷ Considerando 8º.

sociales cuyas posibilidades de dependencia dependen de la capacidad económica de cada sociedad¹³⁸.

Contra esta tesis, se ha pronunciado un sector importante de la doctrina, cuyas posturas han comenzado a tener eco en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que lo ha llevado a decir que:

“La amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica.”¹³⁹

Siguiendo con la caracterización conferida por Pablo Ruiz-Tagle, este segundo grupo, que reconoce el valor de “derechos” a los llamados derechos sociales, y que además propugna un concepto fuerte de los derechos fundamentales, es denominado como el de las “posturas constitucionales de carácter razonado y parcial”¹⁴⁰. Gabriel Celis, agrupa en esta postura a los profesores Humberto Nogueira, Cecilia Medina, Pablo Ruiz-Tagle y Patricio Zapata, entre otros¹⁴¹. Este mismo autor, caracteriza las posturas de esta, por así decirlo “escuela de interpretación”, en las siguientes:

¹³⁸ ROJAS, Gonzalo *et al* (ed.). Derecho Político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1996, p. 148.

¹³⁹ Sentencia Tribunal Constitucional ROL 976-2007 Considerando 26º.

¹⁴⁰ RUIZ-TAGLE, Op. Cit. Nota 130.

¹⁴¹ CELIS DANZINGER, Op. Cit. Nota 81, p. 55.

- a) Se trata de una interpretación sistemática, teleológica y finalista de la Constitución y de todo el sistema de derechos fundamentales, tal cual como lo caractericé en el capítulo primero.
- b) En esa línea, se trata de una interpretación extensiva y no restrictiva de los derechos. En ese sentido, la interpretación debe hacerse en conformidad con los principios y valores de la Constitución, con los tratados internacionales de Derechos humanos y con las normas de Derecho Internacional que sean vinculantes sea que se encuentren en tratados, o constituyan costumbres o imperativos o prohibiciones *ius cogens*.
- c) Además, bajo esta lectura es posible sostener que los derechos económicos, sociales y culturales son derechos tanto en el sentido objetivo o normativo así como también en el sentido subjetivo. Objetivo por cuanto son disposiciones operativas que tienen eficacia por sí mismas y subjetivo, en la medida en que otorgan derechos a prestaciones normativas y fácticas por parte del Estado¹⁴².

¹⁴² En esos sentido, Alexy sostiene que los Derechos Sociales se enmarcan dentro de los llamados “derechos a prestaciones en sentido estricto”. Este tipo de prestaciones estaría situado dentro de los llamados derechos a acciones positivas del Estado o prestaciones en sentido amplio, las que se descomponen en derechos a organización y procedimiento: derechos a protección y derechos a prestaciones propiamente tales. ALEXY, Robert, Op. Cit. Nota 106, pp. 149 – 150.

Capítulo Cuarto

El Derecho a la Educación en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

1. Consideraciones Generales.

El derecho a la educación y a la libertad de enseñanza está redactados de la siguiente manera:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

10º.- El derecho a la educación.

La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.

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.

Para el Estado es obligatorio promover la educación parvularia y garantizar el acceso gratuito y el financiamiento fiscal al segundo nivel de transición, sin que éste constituya requisito para el ingreso a la educación básica.

La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad.

Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación.

Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación;

11º.- La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales.

La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional.

La enseñanza reconocida oficialmente no podrá orientarse a propagar tendencia político partidista alguna.

Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos.

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

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas - órgano creado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - ha dicho que:

“La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de las persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico. Está cada vez más aceptada la idea de que la educación es una de las mejores inversiones financieras que los Estados pueden hacer, pero su importancia no es únicamente práctica pues dispone de una mente instruida, inteligente y activa, con libertad y amplitud de pensamiento, es uno de los placeres y recompensas de la existencia humana”¹⁴³

¹⁴³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 13, *El Derecho a la Educación (artículo 13 del Pacto)*. 8 de diciembre de 1999, E/C.12/1999/10, párr. 1.

De esta manera, es posible ver la importancia que el derecho a la educación tiene para las personas, como vehículo de movilidad social y como parte importante de la profundización de la democracia. Además, es necesario tener en cuenta el derecho a la libertad de enseñanza, aunque no sea un derecho económico, social y cultural, puesto que como se verá, su invocación servirá de excusa para que el Tribunal desarrolle argumentos que afectan directamente el derecho a la educación del artículo 19 N° 10 de la Carta Fundamental.

2. Contenido y Niveles de la Educación Parvularia.

En nuestro país, el primer nivel educacional es el parvulario y su contenido fue analizado en la primera sentencia sobre derechos económicos, sociales y culturales pronunciada por el Tribunal Constitucional después de la reforma del año 2005.

En la sentencia Rol N° 465 - 2006 de treinta de marzo de 2010, el Tribunal definió el rol y alcance de la educación parvularia. El pronunciamiento tuvo su origen en el requerimiento que, de acuerdo a lo que dispone el artículo 93 N° 16 de la Constitución, fuera interpuesto por 12 senadores de la, en ese entonces llamada, Alianza por Chile ¹⁴⁴ en el cual se buscaba se declarara la inconstitucionalidad del artículo único, letras e), f), g), i), k) y r) del Decreto Supremo N° 181 del Ministerio de Educación, publicado en el Diario Oficial de

¹⁴⁴ Los senadores requirentes son los siguientes: Marcos Aburto Ochoa, Carlos Bombal Otaegui, Julio Canessa Robert, Juan Antonio Coloma Correa, Andrés Chadwick Piñera, Alberto Espina Otero, Hernán Larraín Fernández, Jorge Martínez Busch, Jovino Novoa Vásquez, Sergio Romero Pizarro, Ramón Vega Hidalgo y Enrique Zurita Camps.

16 de diciembre de 2005, que modificó el Decreto Supremo N° 177 de 1996, del mismo ministerio, que reglamenta los requisitos de adquisición y pérdida del Reconocimiento Oficial del Estado a los establecimientos educacionales de enseñanza básica y media. El decreto impugnado, incorpora los requisitos establecidos para el Reconocimiento Oficial de los establecimientos educacionales que impartan educación parvularia en cualquiera de sus niveles. En lo que dice relación con nuestra materia de estudio, el requerimiento señala que las normas impugnadas se apartan del fin del Estado de colaborar activamente en el desarrollo de la educación parvularia, no sólo omitiendo acciones negativas a su respecto, sino que dirigiendo recursos, esfuerzos y productos jurídicos o reglamentaciones en su favor, entrabándolo e impidiéndolo sin justificación, de modo arbitrario. Esto lo dice en relación a la letra e) del artículo único del Decreto impugnado, que establece:

“e) En el artículo 3° agréganse los siguientes incisos tercero y cuarto:

En el caso de la enseñanza parvularia, el establecimiento educacional deberá tener un proyecto educativo que tenga como referente las Bases Curriculares de la Educación Parvularia. Los establecimientos educacionales que impartan educación parvularia deberán estructurarse de acuerdo a los siguientes niveles:

1° Nivel: Sala Cuna

0 a 2 años de edad.

2° Nivel: Nivel Medio 2 a 4 años de edad.

3° Nivel de Transición 4 a 6 años de edad.

Los niveles antes señalados deberán subdividirse respectivamente en:

Sala Cuna

Sala Cuna Menor 0 a 1 año de edad.

Sala Cuna Mayor 1 a 2 años de edad.

Nivel Medio

Nivel Medio Menor 2 a 3 años de edad.

Nivel Medio Mayor 3 a 4 años de edad.

Nivel de Transición

Primer Nivel de Transición 4 a 5 años de edad.

Segundo Nivel de Transición 5 a 6 años de edad”

El artículo 19 N° 10 de la Constitución, supra citado, en su párrafo cuarto disponía a la época del requerimiento que “El Estado promoverá la Educación Parvularia”. Es así que el Tribunal señala en el considerando décimo de la sentencia en estudio que para dilucidar la constitucionalidad del precepto legal arriba transcrito, es necesario establecer el significado y alcance de la expresión “educación parvularia”, de forma tal que se pueda establecer si es ajustado o no a la Carta Fundamental reglamentar su organización en distintos niveles.

El método hermenéutico a utilizar por el Tribunal Constitucional para la resolución de esta disyuntiva es el recurso a la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 19.634 que introdujo el párrafo cuarto al artículo 19 N° 10 de la Constitución.

Desde el considerando décimo primero y hasta el décimo quinto, el Tribunal examina tanto los informes hechos llegar a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamentos del Senado, como las opiniones de los senadores en torno a la amplitud o especificidad del lenguaje en el que se debiera plasmar la norma que integrará la educación parvularia a la Carta Fundamental.

Así entonces, se hace referencia a lo señalado por la representante del Ministerio de Educación, que expuso los distintos niveles que cubre la cartera en la educación de los párvulos, expresando que, a la fecha, el 92% de los niños de cinco a seis años asistían a los *kindergarten*, en el rango de dos a cinco años la cifra de niños en la educación parvularia alcanzaba un 32%, mientras que entre los cero a dos años dicha cobertura era entre un 5% y un 6%. Luego hace referencia a lo señalado por la representante de la Fundación Integra que indica que es absolutamente necesaria la distinción de dos niveles educacionales, toda vez que la misma consideración del desarrollo del niño, obliga a diferenciar la atención que estos requieren en su período de lactancia y primera infancia, que va desde los cero a los cuatro años, respecto de las necesidades que tienen a partir de su segunda infancia o edad preescolar.

Manifiesta esta misma experta, que dicha diferenciación ha sido recogida por diversos organismos internacionales, como UNESCO y UNICEF, que en sus políticas establecen énfasis y definiciones diferenciadas para cada etapa del desarrollo infantil.

Posteriormente, el Tribunal reproduce la discusión acaecida en la Comisión donde cabe destacar la opinión del entonces senador Viera-Gallo, quien se pregunta si es adecuado que se incluya la expresión “parvularia” en la disposición, ya que en su opinión la reforma constitucional debiera referirse exclusivamente al nivel inmediatamente anterior a la educación básica, conocido como *prekinder* y *kinder*, por lo que propuso sustituir el párrafo propuesto por la Comisión por el siguiente:

“El Estado promoverá la educación parvularia, tanto en su etapa inicial como preescolar, atendiendo siempre el interés superior del niño”

Frente a ello la Comisión le hizo ver al senador que introducir una referencia a un grupo etario determinado más que favorecer al mismo, debilitaría la concepción de la persona humana como actor fundamental. Además, se manifestó que el análisis desarrollado durante el debate permitió reafirmar la convicción de que el término “educación parvularia” abarca el lapso que media entre el nacimiento del niño y su ingreso a la educación básica y que, si bien en un examen más especializado del tema pueden distinguirse etapas distintas de este nivel educativo, las mismas forman parte de aquél. Además, y en una nota

interesante respecto de la conciencia del poder constituyente respecto del lenguaje que se debe usar para preceptuar la Carta Fundamental, la Comisión indicó que:

“[L]a Constitución Política debe estructurarse en base al lenguaje común, evitando la nomenclatura técnica propia de las diferentes ciencias o artes, de manera de dar a las palabras utilizadas el sentido en que normalmente se entienden”

Que los senadores hayan deslizado esta idea, y que el Tribunal la haya citado en el considerando décimo tercero, es de una gran importancia no sólo para este caso, sino para la jurisprudencia constitucional en general, puesto deja en claro que ambas instituciones son conscientes del hecho de estar trabajando con normas de un contenido esencialmente controvertido.

Finalizando su exposición respecto a la historia fidedigna del establecimiento de la norma, el Tribunal se apoya en las palabras del senador Hernán Larraín, Presidente de la Comisión a la época, quien manifestó que la misma entendía que educación parvularia es aquella que se entrega al niño desde que nace hasta su ingreso en la educación básica, por lo que los requisitos de etapa inicial o preescolar, forman parte de dicho período, sin distinción y que el Estado adquiere el compromiso de promoverla en todas sus etapas.

Es de esta manera que el Tribunal, en el considerando décimo quinto, entiende que al consagrar el deber del Estado de promover la educación parvularia, el constituyente tuvo clara conciencia de que dicho nivel educativo es

comprendido de diversas etapas de desarrollo, de lo cual deja constancia en la discusión, donde además se determina que no es propio de la Carta Fundamental hacer referencias explícitas a las mismas, sino que entregar esa clasificación a normas más técnicas y de menor jerarquía, como la que se impugnó en dichos autos.

Por esta razón, el Tribunal determina que el precepto legal en estudio se ajusta a lo prescrito por los números 10 y 11 del artículo 19 de la Constitución, por lo cual rechaza el requerimiento en esta parte, y en todas las demás.

En este caso, es posible apreciar un correcto uso del recurso a la historia fidedigna del establecimiento de la ley (de reforma constitucional), puesto que se obtiene de registros claros y fieles, obtenidos del poder constituyente derivado de la época, donde además se recoge la opinión mayoritaria de la Comisión Senatorial, en orden a dar un contenido preciso e inequívoco de la expresión “educación parvularia”.

De acuerdo a dicha interpretación, es posible concluir que el Tribunal ha recogido la opinión del constituyente derivado, en cuanto a aceptar, tal cual lo hacen los más importantes organismos internacionales sobre educación, que el nivel parvulario se divide en distintas etapas, las cuales responden al nivel de desarrollo de los niños, de forma tal de garantizar que cada uno recibirá una atención y trato correspondiente a sus necesidades, tal cual se realiza en todo el resto de la educación formal. Haber declarado inconstitucional esta norma, habría impedido entregar atención diferenciada a los niños en edad parvularia.

Claramente, y dada la conciencia no sólo del Tribunal, sino que también de los parlamentarios, respecto de la necesidad de segmentar la forma en que se entrega este nivel educacional, éste es un estándar sobre el cual no se puede volver atrás y que debe servir de guía para futuras decisiones sobre el particular, como lo fue la Ley de Reforma Constitucional N° 20.162 que estableció la obligatoriedad, y consecuente gratuidad, de la educación parvularia en su segundo nivel de transición.

3. Funciones de las Subvenciones

En la sentencia recaída en el Rol 771 – 2007, el Tribunal se pronuncia respecto del rol de las subvenciones confrontado al papel del Estado de garantizar la educación gratuita.

El fallo recae sobre un requerimiento formulado por un grupo de diputados¹⁴⁵ sobre distintas normas del proyecto de ley contenido en el Boletín N° 3953-04, que introduce modificaciones al Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación que aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley sobre Subvención del Estado a Establecimientos

¹⁴⁵ La nómina de parlamentarios requirentes es la siguiente: Sres. Claudio Alvarado Andrade, Rodrigo Álvarez Zenteno, Gonzalo Arenas Hödar, Ramón Barros Montero, Eugenio Bauer Jouanne, Mario Bertolino Rendic, Sergio Bobadilla Muñoz, Alberto Cardemil Herrera, Francisco Chauhán Chahuán, Sergio Correa de la Cerda, Joaquín Godoy Ibáñez, Javier Hernández, José Antonio Kast Rist, Juan Lobos Krause, Rosauero Martínez Labbé, Cristián Monckeberg Bruner, Iván Moreira Barros, Iván Norambuena Farías, Osvaldo Palma Flores, Manuel Rojas Molina, Roberto Sepúlveda Herмосilla, Jorge Ulloa Aguillón, Alfonso Vargas Lyng, Felipe Ward Edwards y Sras. Karla Rubilar Barahona y Marisol Torres Figueroa.

Educacionales, por controvertir entre otros, los numerales 2°, 10° y 11° del artículo 19 de la Carta Fundamental.

En lo que interesa a este trabajo, corresponde analizar el razonamiento del Tribunal respecto a la solicitud de inconstitucionalidad del artículo 1°, N° 2, letra c) del proyecto que en la parte requerida indica que:

“Inciso segundo: Para los efectos de esta ley, se entenderá por Necesidades Educativas Especiales de Carácter Transitorio, aquellas no permanentes que requieran los alumnos en algún momento de su vida escolar a consecuencia de un trastorno o discapacidad diagnosticada por un profesional competente, y que necesitan de ayudas y apoyos extraordinarios para acceder o progresar en el currículo por un determinado período de su escolarización. **El Reglamento determinará los requisitos, instrumentos o pruebas diagnósticas para establecer los alumnos con necesidades educativas especiales que se beneficiarán de la subvención establecida en el inciso anterior, debiendo primero escuchar a los expertos en las áreas pertinentes. Con todo el Reglamento considerará entre otras discapacidades a los déficit atencionales y a los trastornos específicos del lenguaje y aprendizaje¹⁴⁶;**

¹⁴⁶ El destacado es mío.

Inciso sexto: En caso de discrepancia, controversia o apelación, serán los profesionales del Ministerio de Educación, en consulta con organismos auxiliares competentes, los que deberán decidir en última instancia”

Si bien el requerimiento se desarrolla fundamentalmente en torno a la reserva legal que estaría infringiendo esta disposición, el Tribunal va un poco más allá en su argumentación, que desecha la petición de los diputados, pues manifiesta que:

“[L]a legislación sobre subvenciones es un medio - entre otros posibles - que el Estado utiliza para cumplir el deber que la Constitución le impone en el artículo 19 N° 10, incisos cuarto y quinto, de concurrir a financiar un sistema gratuito que asegure el acceso de toda la población al segundo nivel de la educación parvularia y a los niveles básico y medio de educación, como también el deber del artículo 1°, inciso quinto, de asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. A través de la subvención se procura que todas las personas gocen efectivamente del derecho a la educación, pero las normas que fijan su monto, clases y requisitos para impetrarla no tienen el carácter de una ley que regule un derecho constitucional y, por tal razón, ha sido posible que esa legislación esté contenida en un Decreto

con Fuerza de Ley, denominado usualmente Ley de Subvenciones[.]”¹⁴⁷

De esta forma el Tribunal muestra su acuerdo con la idea de que las subvenciones son un instrumento del Estado para garantizar el derecho a la educación y además se expresa sobre el rol del mismo derecho. Junto con ello, decide que las normas que regulan los montos, clases y requisitos de las subvenciones no regulan un derecho constitucional, por lo que a su respecto no cabe aplicar la reserva legal que establece el artículo 19 N° 11 de la Carta Fundamental.

Pero los parlamentarios también señalan que la norma *supra* transcrita vulnera el derecho a la educación, sin mencionar de qué forma lo haría. Al respecto, el Tribunal les hace ver que:

“[A] otorgar una subvención especial para hacer frente a la educación de aquellas personas respecto a las cuales concurre una necesidad educativa especial de carácter transitorio, se facilita, a la vez, su educación, la que, como dice la Constitución en el artículo 19 N° 10°, inciso segundo, «tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida», puesto que su formación será más acorde con su realidad personal, como también se favorece el ejercicio de la

¹⁴⁷ Considerando 8°

libertad de enseñanza ya que el establecimiento educativo que atienda a las personas con tales carencias tendrá mayores recursos para realizar sus labores, facilitándose de este modo su libre ejercicio. Únicamente si se aceptara, lo que este Tribunal ha rechazado, que la disposición impugnada del proyecto de ley incurre en una diferenciación arbitraria, resultarían también lesionados el derecho a la educación de las personas discapacitadas injustamente excluidas y la libertad de enseñanza de los establecimientos educativos a los que se negara indebidamente la subvención especial correspondiente.”¹⁴⁸

Es claro acá que dado que los requirentes no sustentaron su requerimiento en este aspecto, el Tribunal se pronunció sobre lo único que podría haber tenido un atisbo de conflicto con el derecho a la educación, cual es la diferencia que se hace respecto de las subvenciones a favor de establecimientos de educación que reciban a personas con necesidades especiales de carácter transitorio. Pero está claro que el fin de la norma es precisamente permitir un mayor equilibrio entre las prestaciones que recibirán tales educandos con las que recibe el resto del alumnado, puesto que de lo contrario, no sería posible - o implicaría un gran deterioro en la calidad de la enseñanza - garantizar el acceso gratuito de esos grupos a la educación formal.

¹⁴⁸ Considerando 13°, Letra c)

Si fuera necesario determinar un estándar posible de obtener a partir de esta sentencia, éste estaría en el considerando octavo, puesto que en él es posible extraer la postura del Tribunal respecto del rol del Estado en garantizar el derecho a la educación y, como se verá a continuación, es una idea que permeará el resto de la jurisprudencia constitucional.

4. La nueva Ley General de Educación

A raíz de las manifestaciones realizadas el año 2006 por un importante grupo de estudiantes secundarios y universitarios, el gobierno de la entonces Presidenta Michelle Bachelet se comprometió a modificar la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza y reemplazarla por la denominada Ley General de Educación¹⁴⁹. La tramitación de este proyecto de ley, derivó en dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

El primero de ellos, ingresado con el Rol 1361 - 2009 de 13 de mayo de 2010, contiene la decisión sobre un requerimiento presentado por un grupo de senadores de la Coalición por el Cambio y de la Concertación de Partidos por la Democracia¹⁵⁰, que buscaban de forma principal, que el Tribuna estableciera de forma preventiva las siguientes interpretaciones respecto del entonces proyecto de ley:

¹⁴⁹ La Ley N° 20.370 que establece la Ley General de Educación, fue promulgada el 17 de agosto de 2009 y publicada en el Diario Oficial de 12 de septiembre del mismo año.

¹⁵⁰ Los senadores requirentes son los siguientes: Antonio Horvath Kiss, Carlos Bianchi Chelech, Baldo Prokurica, José García Ruminot, Carlos Cantero Ojeda, Guillermo Vásquez Úbeda, Roberto Muñoz Barra, Alejandro Navarro Brain, Guido Girardi Lavín y Adolfo Zaldívar Larraín.

- a) Que las normas de la Ley General de Educación no impiden que profesores que actualmente se encuentran habilitados para impartir clases en el 7° y 8° años de enseñanza básica, pueden seguir haciéndolo en los dos primeros niveles del nuevo ciclo medio de 6 años que crea el proyecto.
- b) Que dichas normas no impiden que las escuelas que actualmente estén autorizadas para impartir los cursos del actual nivel básico, puedan seguir haciéndolo, sin necesidad de obtener una autorización oficial respecto de todo un ciclo o nivel básico, pudiendo solicitar y, en su caso, obtener, la autorización para impartir sólo algunos de los cursos de un determinado ciclo o nivel.
- c) Que las precitadas normas del proyecto de ley no impiden que las escuelas que actualmente se encuentran autorizadas para impartir el ciclo básico de 8 años, puedan impartir los dos primeros años del nuevo nivel medio, sin necesidad de solicitar una nueva autorización.

En subsidio, los senadores requirentes solicitan que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 25, 46 letra g), y 8° transitorio del proyecto de ley por vulnerar, entre otras normas, el artículo 19 N° 10 de la Constitución. A su respecto, señalan los senadores requirentes que los ámbitos del derecho a la educación que se verían afectados por las normas del proyecto dicen relación con el deber del Estado de garantizar el acceso a la educación de toda la población y con el fomento que debe entregar al desarrollo de la educación en

todos sus niveles. Lo anterior, dados los artículos 25 - que establece que tanto la enseñanza básica y media tendrán una duración de 6 años - y 46 letra g) - que regula el concepto de “docente idóneo” para los efectos del reconocimiento oficial del Estado a los establecimientos que impartan estos niveles educativos - del proyecto de ley. Indican al respecto que tales preceptos:

“[L]ejos de propender y promover el acceso a la educación en los sectores aislados y rurales, [el proyecto de ley] lo entorpece, restringe y limita.”

Afirman los senadores que en tales zonas rurales la mayor parte de los profesores sólo poseen título para ejercer docencia en los dos últimos niveles de la actual enseñanza básica - 7° y 8° año - por lo que se verían impedidos de seguir en los primeros dos años del nuevo ciclo de enseñanza media. Además, el mero hecho de que se les pueda impedir desarrollar sus funciones en los mencionados niveles de enseñanza media, afectará el derecho de acceso a la educación de los alumnos de esos sectores, pues se verían en la obligación de emigrar tempranamente de sus hogares en busca de algún establecimiento que imparta los niveles de enseñanza media que ellos requieren.

Todo lo anterior, redundaría en que los requisitos que tendrán que cumplir los establecimientos educativos para obtener el reconocimiento oficial del Ministerio de Educación serán más gravosos, lo que implica que las escuelas y colegios que ya cuentan con reconocimiento para impartir sólo el nivel básico de enseñanza deberán volver a solicitarlo. Señalan también los senadores que

esta situación constituiría una discriminación arbitraria en contra de los alumnos de estas zonas rurales que se verían impedidos de acceder a estos niveles educativos, frente a los de zonas urbanas.

Emplazada la Presidenta de la República a emitir observaciones al requerimiento formulado, señala en lo que respecta a la vulneración al derecho a la educación las siguientes ideas:

- a) El proyecto de Ley General de Educación busca mantener los actuales niveles de acceso a escuelas y colegios, pero poniendo énfasis en el mejoramiento de su calidad, aumentando conscientemente los niveles mínimos de funcionamiento del sistema.
- b) En cuanto al derecho a la educación y la garantía de igualdad ante la ley, el proyecto de ley corrige el modelo establecido por la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza y busca mejorar las prestaciones educativas que reciben los alumnos. Ello se regula considerando un régimen transitorio que permite la adaptación paulatina y progresiva a las nuevas condiciones que se imponen. Por ello es que el artículo 8° transitorio del proyecto establece un plazo de ocho años, a contar de la publicación de la ley, para que los establecimientos educacionales se adapten a los nuevos requerimientos, por lo que la preocupación de los senadores en este sentido sería de carácter prematuro. Finalmente, realiza una comparación con la reforma realizada el año 1965, con respecto a la cual la Ley General de Educación tendría aspectos más

positivos, como que se realice a través de una Ley Orgánica Constitucional y no por un decreto, que el plazo de vacancia es mucho mayor comparado al de dos meses de la ley anterior y que lo que se busca con esta reforma es mejorar la calidad de la educación, puesto que la anterior meta de lograr una educación obligatoria de doce años, ya está cumplido.

- c) En otro apartado, la Presidenta de la República, señala que no se puede pretender reconocer una especie de “propiedad” de los actuales operadores de la educación sobre la regulación legal, puesto que ello impediría su enmienda por el propio legislador. Además, en lo que respecta al derecho a la educación y sus diferencias con la libertad de enseñanza, manifiesta que el primer derecho es un instrumento de legitimación democrática del Estado, a la vez que un derecho social, pues obliga al Estado a otorgar a cada persona la posibilidad de alcanzar el mejor desarrollo de sus aptitudes físicas e intelectuales y en definitiva, de su personalidad. En tanto la segunda libertad, responde a un derecho individual, con proyección de la libertad ideológica y de expresión del pensamiento.
- d) Respecto de los problemas que vislumbran los recurrentes a propósito de la nueva estructura del sistema escolar, manifiesta el Ejecutivo, que ésta tiene como propósito terminar con las profundas deficiencias y desigualdades que genera el sistema escolar actual. Señala además que

una importante causa de estas deficiencias dice relación con la formación de los profesores a cargo de cada nivel. Indica también que la nueva ley pretende llevar a la educación pública la práctica que ya se observa en la educación privada de tener profesores capacitados para impartir clases en la educación media actual en los cursos de 7° y 8° básico.

Finalmente, la Presidenta de la República, declara en su escrito de contestación que:

“[M]ejorar la calidad de la educación de manera igualitaria constituye un interés protegido constitucionalmente en el N° 10 del artículo 19 de la Ley Fundamental y en cumplimiento de este deber del Estado de fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles es que se ha adoptado la decisión de alterar la actual estructura de los mismos. Esto, además, está conforme con lo dispuesto en el artículo 1° de la Carta Política, ya que entregar una educación de calidad para todos los estudiantes, independientemente de su condición socioeconómica, es esencial para hacer efectiva la igualdad de oportunidades en la sociedad¹⁵¹”

Como es posible apreciar, la respuesta del Ejecutivo al requerimiento parlamentario, dice relación esencialmente con afirmar el objetivo de la reforma,

¹⁵¹ Escrito de observaciones evacuado por la Presidenta de la República en causa rol 1361-2009, página 116, foja 234 del expediente.

cual es elevar la calidad de educación y que ello no afectara el acceso de los estudiantes a la misma, puesto que después de muchos años se ha conseguido asegurar la entrada a y la obligatoriedad de la educación por doce años. Importante es la argumentación de la Presidenta de la República en orden a que el artículo 19 N° 10 de la Constitución también obliga al Estado a otorgar una educación de calidad y no sólo asegurar el acceso. Además, se tiene en perspectiva que lo más necesario es mejorar la educación pública para que todos los estudiantes en Chile tengan la posibilidad de acceder a enseñanza de calidad sin importar el régimen de financiamiento de ésta. Para resumir el argumento del Ejecutivo, se podría decir que la ley busca equiparar la calidad de la educación.

Luego de examinar y desechar las argumentaciones formales efectuadas por la Presidenta de la República, el Tribunal Constitucional, en voto de mayoría, se dedica a establecer las razones por las cuales todas y cada una de las alegaciones de los senadores requirentes no pueden ser acogidas y porqué las normas sometidas a revisión guardan perfecta coherencia con la Constitución.

En primer lugar, contextualiza al artículo 25 del Proyecto de Ley con respecto a otras normas del proyecto. Así hace referencia a los artículos 2° inciso 3°, 17 y 22, los cuales establecen, que la enseñanza se organiza en niveles y modalidades, las cuales se encuentran definidas a todo lo largo de la Ley.

En el considerando 27° inicia manifestando que:

“[A] juicio de este Tribunal, no es posible sostener, como lo hacen los requirentes, que la norma del artículo 25 [del proyecto de ley] vulnera el derecho a la educación que consagra el numeral 10 del artículo 19 de la Constitución.”

Luego, en los considerandos 28°, 29°, 30° y 31° realiza una interpretación literal del artículo 19 N° 10 de la Carta Fundamental, señalando que el mismo asegura el acceso y el financiamiento de un sistema gratuito respecto de la educación básica, media y del segundo nivel de transición de la educación parvularia. Y señala que, si bien la Constitución supone la existencia de niveles, no establece la duración de cada uno de estos y expresamente remite a la ley para que sea ella la que determine tal materia. Sigue en este aspecto el razonamiento dado en el Rol 465-2006 y 771-2007, respecto a que el Código Político se debe servir de la Ley y el Reglamento para la determinación de estos aspectos, entre ellos, la duración de los niveles. Luego, en lo que podemos llamar una remisión expresa a los precedentes del propio Tribunal, nos recuerda lo decidido en el Rol N° 102 - 1990, en que al realizar el control de constitucionalidad de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza señaló que la duración de los distintos niveles de enseñanza regular, es constitucional y dice entonces que:

“Por lo tanto, este Tribunal se ha pronunciado señalando que la regulación de esta materia por la ley no infringe la Constitución¹⁵²”

¹⁵² Considerando 31°

Interesante resulta lo dicho por el Tribunal en el considerando 32°, en el que hace suyo el argumento de la Presidenta de la República al decir que:

“[C]abe considerar que de acogerse lo planteado por los senadores requirentes, el proyecto de ley no incluiría una definición acerca de la duración de los niveles educacionales. Esto último haría incoherente el proyecto en varias de sus disposiciones y no sería consistente, además, con la obligación que establece la Constitución Política para regular esta materia.”

A mi juicio, este ha sido el argumento principal que ha tenido en cuenta el Tribunal para rechazar el requerimiento, puesto que de la lectura de la Ley General de Educación, aparece absolutamente claro que la nueva distribución de los niveles de enseñanza básica y media es la piedra angular del nuevo sistema de enseñanza, ya que lo que se busca es que exista mayor profundidad en los contenidos y replicar en parte, el modelo que se da en la educación privada, en la cual para el actual 7° y 8° año de enseñanza básica se cuenta con sólo un 28,7% de docentes de educación básica para esos cursos, mientras que en la educación municipalizada, dicha cifra alcanza al 80,4%¹⁵³.

También es importante lo que ocurre en los considerandos 38°, 39° y 40°, puesto que en estos párrafos realiza un juicio de ponderación para determinar que la nueva distribución de cursos que crea el artículo 25 del proyecto es

¹⁵³ Considerando 51°.

proporcional al fin que persigue. Así, señala que el fin de la norma es mejorar la calidad y equidad de la educación escolar a través de la especialización de los docentes de enseñanza básica y media, tomando este modelo de las “mejores prácticas de nuestro sistema educativo”¹⁵⁴ y de estudios y experiencias que apoyan la necesidad de poseer tramos más cortos, tanto por las características propias de los educandos, como por las necesidades de mejoramiento de la profesión docente. En el considerando 39°, el Tribunal interpreta al artículo 19 N° 10 de la Constitución, manifestando que:

“[C]uando la Constitución asegura el derecho a la educación, exige que el Estado adopte las medidas para que la que reciban los alumnos sea de la mayor calidad posible. Por lo tanto, si la norma impugnada persigue ese objetivo y establece mecanismos idóneos para alcanzarlo, sin infringir otros principios constitucionales, este Tribunal no tiene ningún reproche que formular.”

Luego, en el considerando 40° determina que el artículo 25 del proyecto de Ley, no vulnera la igualdad ante la ley, sino que es una medida legítima por la cual el Estado vela por cumplir con su deber de otorgar una educación de calidad a todos los alumnos por igual.

Así entonces, vemos cómo en estos párrafos el Tribunal hace lo que tantas veces se le pide, que pondere los derechos en juego, en este caso, la igualdad

¹⁵⁴ Considerando 38°.

ante la ley y el derecho a la educación, estableciendo como estándar el deber del Estado de asegurar la calidad de la enseñanza, siendo esto coherente con lo señalado *supra* por la Presidenta de la República con respecto a que el objetivo primario de acceso y escolaridad obligatoria de doce años se encuentra ya cumplido. Lo que le preocupa al Tribunal en este caso es que el proyecto efectivamente crea condiciones que permitan generar mayores espacios de igualdad en la calidad de la enseñanza y que una de sus herramientas fundamentales para lograr ese objetivo es el de la nueva distribución de los ciclos básico y medio, lo que trae como consecuencia una mayor especialización de los docentes y un mejor tratamiento a los alumnos según la etapa de desarrollo en la que se encuentren.

Además de estas razones, agrega posteriormente el Tribunal, a propósito del reproche que hacen los requirentes respecto a las dificultades para obtener el reconocimiento oficial que tendrán los establecimientos educacionales, que nada impide a estos acreditar cursos en vez de niveles, y que por ejemplo, si un establecimiento llega sólo hasta el 8° año básico no habría razones, salvo que no cumpla con los requisitos legales, para que bajo el nuevo régimen de enseñanza imparta sólo hasta el 2° año de enseñanza media. Además, el hecho de que la acreditación sea voluntaria y que exista un plazo de ocho años para adecuarse al sistema, hace que para el Tribunal no aparezca un reproche de inconstitucionalidad para el artículo 25 del proyecto de ley.

Posterior a la denegación de éste capítulo del requerimiento, el Tribunal Constitucional analiza lo referido al artículo 46 letra g) del proyecto de Ley, al cual los legisladores le imputan que tendrá como efecto que los profesores que actualmente están capacitados para impartir clases en el 7° y 8° año de enseñanza básica, no lo podrán hacer en los nuevos 1° y 2° año de educación media, lo cual afectaría el derecho a la educación de los sectores más vulnerables de la población, en especial sectores rurales del país.

Para desechar esta parte del requerimiento el voto de mayoría se asila en tres argumentos que dicen relación con: a) el hecho de que la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza exige a los establecimientos que deseen obtener el reconocimiento oficial, tener el personal docente idóneo que sea necesario, lo que implica que la Ley General de Educación no introduce cambios al respecto; b) el que la idoneidad de los docentes es esencial para conseguir los objetivos del nuevo régimen educacional, por lo que a través de todo su articulado el proyecto se encarga de establecer deberes de control y perfeccionamiento del sistema a través de, entre otros mecanismos, el mejoramiento de los profesionales de la educación; y c) además, que la naturaleza del título de profesor de enseñanza básica, es que éste no lo habilita para hacer clases de 1° a 8° básico, sino que para impartir docencia en los cursos que el legislador defina como componentes de aquel nivel educacional. Además, recalca el Tribunal, el proyecto no se pronuncia respecto a los títulos profesionales, sino que lo hace definiendo al personal idóneo para hacer clases, y éste es aquel

“que cuente con el título de profesional de la educación del respectivo nivel”, señala entonces el voto de mayoría que el requerimiento es, en éste capítulo, inidóneo.

En el considerando 56°, el Tribunal muestra su identificación con el proyecto al señalar las virtudes de éste en cuanto a abrir el universo de profesionales que pueden impartir clases en establecimientos educacionales a quienes no tengan un título en educación, pero que cumplan con ciertos requisitos. Agrega además, en lo que respecta al derecho a la educación, que los titulares del mismo no son los profesores, quienes participan del proceso de instrucción y son parte de la comunidad educativa. Los verdaderos titulares, dice el Tribunal, son los alumnos que son quienes, como se dice en el artículo 10 letra a) de la Ley, “tienen derecho a recibir una educación que les ofrezca oportunidades para su formación y desarrollo integral”. Estas razones son suficientes para que el voto de mayoría deseche el argumento de los requirentes y afirme la constitucionalidad del artículo 46 letra g) del proyecto de Ley.

Las razones que dan los legisladores para afirmar la inconstitucionalidad del artículo 8° transitorio del proyecto de ley, que establece el plazo de 8 años para la entrada en vigencia de la Ley, son básicamente las mismas que para el artículo 46 letra g) recién visto, pero el Tribunal tiene otras razones, además, para desecharlo. En el considerando 63° y 64°, tomando su precedente del Rol 467-2006, manifiesta que los beneficiarios de un régimen jurídico que ha creado el legislador, no tienen derechos adquiridos sobre él. Lo que para el Tribunal

hace en realidad el proyecto de ley, es limitar a regular determinada condición de ejercicio del derecho, de carácter temporal, sobre el cual no puede existir ningún derecho adquirido, ni menos, un derecho a la estabilidad o inmutabilidad.

Luego señala el Tribunal que no entiende cómo este artículo 8° transitorio pueda vulnerar la igualdad ante la ley, puesto que el nuevo régimen se aplicará tanto a los establecimientos que actualmente tengan el reconocimiento del Estado, como a aquellos que lo adquieran en el futuro.

Más adelante, ve el Tribunal que el proyecto tiene una flexibilidad en su implementación que precisamente va dirigida a salvaguardar las dificultades que los afectados puedan tener en su proceso de adecuación a las nuevas exigencias legales. Además, en el considerando 70° y haciendo uso del principio de deferencia razonada, señala que:

“[L]a obligación que pesa sobre los sostenedores para adaptarse, se fundamenta en antecedentes de hecho, que los órganos colegisladores ponderaron en el ejercicio de sus facultades privativas, lo que no corresponde cuestionar por esta vía de control constitucional.”

Con todo esto, es claro que el Tribunal entendió correctamente cuál era su función en la revisión de esta norma. En primer lugar y como lo indica al principio de este capítulo de la sentencia, se ocupa de determinar que la regulación no vaya en contra de los preceptos constitucionales y así lo

determina. Posteriormente manifiesta que no es parte de su función determinar si el plazo de adaptabilidad que se establece en el proyecto es idóneo o no, puesto que su determinación fue fruto de la ponderación que realizaron los órganos colegisladores y cuyas razones manifestó la Presidenta de la República en sus alegaciones.

Esto es concordante con lo que ha señalado el Tribunal en el rol 309 de 4 de agosto de 2000, en el que señala:

“Este principio [de presunción de constitucionalidad] consiste en que se presumen válidas y legítimas las normas aprobadas por los Poderes del Estado y que sólo resulta prudente y aconsejable declarar su inconstitucionalidad cuando los sentenciadores lleguen a la íntima convicción que la pugna entre la norma en análisis y la Constitución es clara, resultando imposible armonizarla con ella. Este principio tiene muchos fundamentos, pero, por ahora, cabe solo señalar dos: la separación de Poderes y el recíproco respeto que los distintos órganos del Estado se deben entre sí y, tratándose de leyes, lo difícil que resulta reemplazar la norma expulsada del ordenamiento jurídico por la declaración de inconstitucionalidad, por las complejidades propias del proceso de formación de la ley.”¹⁵⁵

¹⁵⁵ Considerando 2°

También, se enmarca en lo dicho por la jurisprudencia comparada, y conviene traer a colación la cita que realiza Patricio Zapata del caso fallado por el Tribunal Constitucional Alemán, denominado “*Kalkar*”¹⁵⁶ en el que manifiesta:

“Sólo el futuro permitirá comprobar si la decisión de desarrollar la tecnología de los reactores reproductores fue beneficiosa o perjudicial. En esta situación, necesariamente incierta, la legislatura y el gobierno tienen la responsabilidad política básica de tomar decisiones dentro de los confines de sus respectivas atribuciones. En estas circunstancias, y dado que no existen criterios legales para esta decisión, no es la función de los tribunales reemplazar el juicio de los poderes públicos políticos por el suyo propio”

Finalmente y como argumento de clausura el voto de mayoría cita lo dicho en el Rol 740 - 2007, para indicar que el Tribunal debe buscar aquella interpretación que se avenga mejor con el respeto de los derechos constitucionales, en esa oportunidad dijo que:

“[P]arece ineludible tener presente el principio «*pro homine*» o «*favor libertatis*» definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: “Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en

¹⁵⁶ Caso *Kalkar*, 49 BVerfGE 89. En Zapata Patricio, Op. Cit. Nota 6, p. 248.

menor escala el derecho protegido. [Debiendo] prevalecer la norma más favorable a la persona humana”

Así entonces en el considerando 74° dice que:

“[N]o debe escapar al análisis de constitucionalidad el hecho de que, de acogerse el requerimiento en esta parte, resultaría que en lugar de existir una vacancia legal de ocho años, la norma en cuestión entraría a regir inmediatamente. Con ello no habría un plazo de adaptación para los sostenedores que cuentan hoy con reconocimiento oficial sino que deberían adecuarse de inmediato, sin espera de ningún tipo, imponiéndose una carga que, en tal caso, entorpecería gravemente el ejercicio libre de sus derechos.”

Es de esta manera entonces, que el Tribunal rechaza el requerimiento de los senadores *supra* mencionados.

Existe una prevención realizada por el ministro Marcelo Venegas, quien en lo medular explica que una de las razones que tuvo en vista el Tribunal para desechar el requerimiento dice relación con los efectos que hubiera tenido en el sistema educacional este hecho, expone su argumento de la siguiente manera:

“[N]o obstante la declaración de inconstitucionalidad y como consecuencia de ella, la nueva Ley General de Educación igual entrará en vigor, pero sin las disposiciones cuestionadas, con lo que, en primer término, permanecerá indefinida la estructura

curricular de la enseñanza básica y media, pues no habrá una norma legal que establezca la duración de estos niveles y, en segundo lugar, el Ministerio de Educación quedará obligado a otorgar reconocimiento oficial a establecimientos de educación parvularia, básica y media, sin posibilidad de exigir el cumplimiento del requisito de tener el personal docente idóneo que sea necesario y el personal asistente de la educación que sea suficiente y [porque] por las razones señaladas pienso que las consecuencias que se derivarían de la eliminación del proyecto de ley de las disposiciones impugnadas serían aún más perniciosas y contrarias a la Constitución que los inconvenientes que los requirentes postulan evitar”

Con esto queda claro, que este requerimiento jamás podría haber sido aceptado y que si bien el Tribunal realiza una, a mi juicio, sólida argumentación respecto a porque los preceptos impugnados no riñen con la Constitución, la razón principal para descartar la petición de los senadores es que los efectos de negar validez a tales normas habría implicado el fracaso completo del sistema educacional chileno, puesto que habría estado regido por una ley que no ponía requisitos a los colegios, que no establecía diferencias de niveles en la educación básica y media y que, por si fuera poco, habría tenido que ser aplicada de inmediato.

A pesar de lo anterior, el ministro Mario Fernández no está de acuerdo con lo decidido por el Tribunal y redacta un largo voto disidente en el que explica que su oposición a la decisión de la mayoría (por 9 votos contra 1) y las razones por las que piensa que las normas cuestionadas son inconstitucionales.

En primer lugar, realiza lo que a su juicio constituye una especie de historia del derecho a la educación en Chile, desde la Constitución de 1822 hasta la actual y define una tradición al respecto, la que estaría definida por la creciente obligatoriedad del Estado para otorgar cobertura educativa en todo el país y para todos los educandos, en cada nivel del sistema establecido en cada época. A juicio del ministro Fernández Baeza, al menos el artículo 46 g) y 8° transitorio del proyecto son inconstitucionales, sin mencionar al artículo 45 aunque, de acuerdo a la redacción del fallo también disintió en la declaración de constitucionalidad de este precepto. Pero es posible ver a todo lo largo del voto disidente, una serie de confusiones respecto de la naturaleza del derecho a la educación y la idoneidad de los docentes.

Lo anterior se aprecia en el párrafo 4° de su voto en que toma lo dicho por Humberto Nogueira ¹⁵⁷, que señala que uno de los elementos de la disponibilidad de la educación es el que existan “docentes calificados con salarios competitivos”, para identificar este requisito con el que los profesionales que ejerzan la docencia deben ser del sector educación, lo que quiere decir que

¹⁵⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El derecho a la educación y sus regulaciones básicas en el derecho Constitucional chileno e Internacional de los Derechos Humanos. *Ius et Praxis*, 2008, año 14, N° 2, p. 216.

deben tener al menos el título profesional de profesor. Este argumento no tiene sustento en lo dicho por Nogueira, que a su vez cita a la observación general N° 13 que en lo que interesa manifiesta:

“[L]a educación en todas sus formas y en todos los niveles debe tener las siguientes cuatro características:

a) Disponibilidad. Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, el contexto de desarrollo en el que actúan; por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, **docentes calificados con salarios competitivos**, materiales de enseñanza, etc.; algunos necesitarán además bibliotecas, servicios de información, tecnología de la información, etc.”¹⁵⁸

Lo anterior no tiene sustento, puesto que la observación general hace referencia a todos los niveles educacionales cuando señala que los docentes deben ser calificados, lo que implica que se refiere además de a la educación parvularia, básica y media (y sus equivalentes en cada Estado), a la educación superior donde, como es sabido, la mayor parte de los docentes son profesionales del área en que se desempeñan y no necesariamente cuentan

¹⁵⁸ Observación General N° 13, Op. Cit. Nota 143, Párr. 6°. El destacado es mío.

con algún título profesional en el área de educación. De aceptar el razonamiento del ministro Fernández Baeza, la mayor parte de los profesores universitarios no podrían dedicarse a la docencia por no contar con la preparación idónea.

Posterior a esta sentencia, el Tribunal vuelve a tener frente a sí a la Ley General de Educación, pero esta vez por la vía del control obligatorio de constitucionalidad a que se refiere el artículo 93 N° 1 de la Constitución, en el Rol 1363 - 09. Este fallo, si bien se refiere exactamente al mismo proyecto de ley, difiere sustancialmente de las materias que se trataron en el fallo analizado en las páginas que preceden. La razón para ello es que el Tribunal se dedica preferentemente a revisar los preceptos de la ley en su adecuación con el artículo 19 N° 11 de la Carta Fundamental, que se refiere a la dimensión de la libertad de enseñanza comprensiva, entre otras, del derecho a sostener establecimientos educacionales.

Sin perjuicio de lo anterior, es interesante revisar lo señalado por el Tribunal respecto al artículo 46 letra a) de proyecto de la actual Ley General de Educación, que señala:

“Artículo 46.- El Ministerio de Educación reconocerá oficialmente a los establecimientos educacionales que impartan enseñanza en los niveles de educación parvularia, básica y media, cuando así lo soliciten y cumplan con los siguientes requisitos:

a) Tener un sostenedor. **Serán sostenedores las personas jurídicas de derecho público, tales como municipalidades y otras entidades creadas por ley, y las personas jurídicas de derecho privado cuyo objeto social único sea la educación** ¹⁵⁹ . El sostenedor será responsable del funcionamiento del establecimiento educacional.

[...]

El representante legal y el administrador de entidades sostenedoras de establecimientos educacionales deberán cumplir con los siguientes requisitos: estar en posesión de un título profesional o licenciatura de al menos 8 semestres, otorgado por una universidad o instituto profesional del Estado o reconocido por éste; no haber sido sancionado con las inhabilidades para ser sostenedor por haber cometido alguna de las infracciones graves señaladas en el artículo 50 del decreto con fuerza de ley N° 2, de 1998, de Educación; no haber sido condenado por crimen o simple delito de aquellos a que se refiere el Título VII del Libro II del Código Penal, y, o la ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes, y otros que establezca la ley.

[...]

¹⁵⁹ El destacado es mío.

La calidad de sostenedor no podrá transferirse ni transmitirse en caso alguno y bajo ningún título. No obstante, podrán transferirse y transmitirse los bienes muebles o inmuebles que componen el establecimiento.”

Como lo señalarán en un voto disidente, los Ministros Sres. Colombo, Cea, Bertelsen y Fernández Baeza, es claro que esta norma es contraria al tenor literal del número 11 del artículo 19 de la Constitución puesto que en la medida que no permite a las personas naturales ser sostenedoras de establecimientos educacionales, vulnera la garantía de la libertad de enseñanza en el sentido que ella está asegurada a “todas las personas, sin diferencias ni exclusiones”¹⁶⁰ y que comprende el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales sin poner otro límite que no sea el respeto a la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional y siempre que no se oriente a propagar cualquier tendencia político-partidista.

Pero el Tribunal va más allá del tenor literal de la garantía *supra* explicitada y para entregarle un sentido que permita la constitucionalidad de la norma, en aplicación del principio de deferencia razonada, da tres razones que pueden resumirse de la siguiente manera.

En primer lugar reafirma el derecho del artículo 19 N° 11 en el sentido que permite “abrir, organizar y mantener”, pero señala que esta libertad opera respecto de establecimientos educacionales, lo que implica naturalmente, que

¹⁶⁰ Párrafo 1 del voto disidente de los Ministros Sres. Colombo Campbell, Cea Egaña, Bertelsen Repetto y Fernández Baeza.

la Constitución exija una determinada organización para ejercer tal derecho. Al respecto dice que:

“El establecimiento educacional es un conjunto, una complejidad de personas, recursos humanos, financieros, materiales y fines. Dicha complejidad es definida por el legislador. De este modo, la Constitución implica la posibilidad de un ente distinto a una persona natural para el ejercicio de éste derecho. La noción de «establecimiento educacional» requiere la colaboración del legislador para definir sus contornos.”¹⁶¹

En definitiva, el Tribunal opina que la definición del derecho que da la Constitución es incompleta y es el rol del legislador determinar los límites del ejercicio de los derechos, siempre que no se afecte la garantía del número 26 del artículo 19. Ahora bien, este argumento por sí solo es insuficiente, pero son los dos siguientes los que reafirman la postura del Tribunal respecto a la constitucionalidad de esta norma.

En el mismo considerando 15° expresa el voto de mayoría, como segundo argumento, que:

“[L]a libertad de enseñanza no puede separarse del derecho a la educación, siendo su contraparte. Este [sic] exige que el Estado cree las condiciones para que pueda ejercerse y así las

¹⁶¹ Considerando 15°

personas logren su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida (artículo 19, N° 10, inciso segundo). Para lograr este propósito, pueden perfectamente establecerse regulaciones, pues la comunidad «debe contribuir al desarrollo y al perfeccionamiento de la educación» (artículo 19, N° 10, inciso final)”¹⁶²

Y agrega que:

“[L]a regulación del «establecimiento educacional», por la cual se desenvolverá la libertad de enseñanza está justificada, ya que la propia Constitución habilita al legislador en un doble sentido. Por una parte, porque el legislador debe establecer los requisitos mínimos que deben exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza. Por la otra, porque debe establecer requisitos para obtener el reconocimiento oficial. **Estos requisitos evidentemente implicarán una configuración legislativa de los elementos que componen dicha libertad.** Para la Constitución la obtención de reconocimiento oficial requiere la satisfacción de ciertos requisitos más exigentes que

¹⁶² Ibíd.

los requeridos para el simple ejercicio del derecho a la libertad de enseñanza”¹⁶³

En estos dos párrafos del considerando 15° el voto de mayoría deja en evidencia el error del voto disidente, porque podemos estar de acuerdo con que el tenor literal del artículo 19 N° 11 de la Constitución, permita “a todas las personas” abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, pero si seguimos el razonamiento del voto de los Ministros Colombo, Cea, Bertelsen y Fernández Baeza, ello implicaría que ninguna regulación se podría establecer sobre tal libertad porque siempre generaría un límite al ejercicio del derecho fundamental que la Carta Fundamental no contempla. De esa manera, entonces, cualquier persona podría abrir un establecimiento educacional sin que se le pueda exigir tener docentes idóneos, o salas de clase en buen estado, libros, etc.¹⁶⁴ Lo que el voto mayoritario explica en estos párrafos citados es que el legislador tiene las atribuciones necesarias para limitar el ejercicio de un derecho de forma tal que permita garantizar el ejercicio de otros derechos, como en este caso el derecho a la educación, puesto que es su rol armonizar la manera en que los ciudadanos usan las prerrogativas y garantías que la Constitución establece en su favor.

Reafirma el razonamiento recién señalado del Tribunal, el hecho de que en el considerando 20° realiza un ejercicio de ponderación para determinar si la

¹⁶³ *Ibíd.* El destacado es mío.

¹⁶⁴ Estos ejemplos son claramente un ejercicio de la *reductio ad absurdum*, pero sirven para dejar en claro los efectos que una falta de regulación puede llegar a tener.

exigencia de que para ser sostenedor de un establecimiento educacional se deba estar constituido como persona jurídica es o no proporcionada y razonable. Al respecto, manifiesta que debido a que la norma es una regulación general, que afecta a todos los participantes de la educación formal reconocida oficialmente y que es más bien una configuración que una restricción a la libertad de enseñanza, ha llegado a la convicción de que no se afecta el contenido esencial del derecho.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Además, es evidente que cualquier persona que disponga de los medios materiales para abrir, organizar y mantener un establecimiento educacional, no debiera tener inconvenientes para constituirse como una persona jurídica de derecho privado.

Capítulo Quinto

El Derecho a la Seguridad Social en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

1. Consideraciones Generales.

El derecho a la seguridad social, está previsto en el numeral 18 del artículo 19, de la siguiente manera:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

18º.- El derecho a la seguridad social.

Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado.

La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.

El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social.”

Esta garantía ha sido objeto de considerable estudio desde que Otto von Bismarck creara los seguros sociales y hasta el día de hoy, en que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, ha

señalado en su Observación General N° 19¹⁶⁶ que el derecho a la seguridad social:

“[E]s de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto”¹⁶⁷

Esa misma Observación General indica, respecto al contenido del derecho a la seguridad social que éste:

“[I]ncluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y familiares a cargo.”¹⁶⁸

También manifiesta el Comité que éste derecho, dado su carácter redistributivo, desempeña un papel importante para reducir y mitigar la pobreza, prevenir la exclusión social y promover la inclusión social¹⁶⁹.

¹⁶⁶ E/C.12/CG/19 de 4 de febrero de 2008, aprobada el 23 de noviembre de 2007 en el 39° período de sesiones.

¹⁶⁷ *Ibíd.* Párr. 1

¹⁶⁸ *Ibíd.* Párr. 2.

¹⁶⁹ *Ibíd.* Párr. 3.

2. Los fines de la seguridad social y las finalidades del Estado.

Además de la sentencia Rol 1710-2010, sobre la declaración de inconstitucionalidad de algunos numerales del artículo 38 ter de la Ley de Isapres que será analizada más adelante, existen dos materias sobre las cuales se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, en el período estudiado, sobre el artículo 19 N° 18 *supra* citado. Una es respecto del financiamiento y el rol de la seguridad social y la otra es respecto a la constitucionalidad de la existencia de plazos para exigir alguno de los derechos por ella amparados.

En la primera de las sentencias a estudiar Rol 790 - 2007, se plantea la primera de las materias señaladas. Ella se produce a raíz de una solicitud para que se declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 4° de la Ley N° 18.549 que dice:

“Artículo 4°. Con el objeto de moderar el efecto en el gasto fiscal en el mediano plazo de lo dispuesto en el artículo 2° de esta ley, en la fecha en que, por aplicación de los artículos 14 y 2° de los decretos leyes 2.448 y 2.547, ambos de 1979, según el texto fijado en el artículo precedente, correspondiere otorgar el primer reajuste por haberse acumulado con posterioridad al 30 de junio de 1986 una variación del Índice de Precios al Consumidor igual o superior al 15%, se concederá sólo por una vez y en forma excepcional un reajuste sustitutivo del que

procediere cuyo otorgamiento se sujetará a las siguientes normas:

A) Pensionados de 65 años y mayores de esa edad a la fecha del reajuste y cuyas pensiones tengan un monto igual o menor de \$ 17.500 mensuales: 110% de dicha variación.

B) Pensionados menores de 65 años de edad a la fecha del reajuste y cuyas pensiones tengan un monto igual o menor de \$17.500 mensuales: 100% de dicha variación.

C) Pensionados de cualquier edad y cuyas pensiones sean superiores a \$17.500 pero iguales o inferiores a \$43.500 mensuales: 100% de dicha variación.

D) Pensionados de cualquier edad cuyas pensiones sean superiores a \$ 43.500 mensuales pero iguales o inferiores a \$ 100.000 mensuales: 60% de dicha variación.

E) Pensionados de cualquier edad cuyas pensiones sean superiores a \$ 100.000 mensuales: 50% de dicha variación.

El monto de las pensiones de los beneficiarios a que se refiere la letra D) de este artículo, incrementadas con el reajuste que se les otorga, no podrá quedar fijado en una cantidad menor que la que corresponda a la más alta de la letra C), una vez aplicado el reajuste respectivo.

El monto de las pensiones de los beneficiarios a que se refiere la letra E) de este artículo, incrementadas con el reajuste que se les otorga, no podrá quedar fijado en una cantidad menor que la que corresponda a la más alta de la letra D), una vez aplicado el reajuste respectivo.”

También se busca la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 29 de la Ley N° 18.869 que dice:

“Artículo 29: En la fecha en que, por aplicación de los artículos 14 y 2° de los decretos leyes 2.448 y 2.547, ambos de 1979, correspondiere otorgar el primer reajuste por haberse acumulado con posterioridad al 30 de abril de 1987 una variación del índice de precios al consumidor igual o superior al 15%, se concederá, en sustitución de ese primer reajuste, uno cuyo otorgamiento se sujetará a las siguientes normas:

A) Pensionados de 65 años y mayores de esa edad a la fecha del reajuste y cuyas pensiones tengan un monto igual o menor de \$19.250 mensuales: 110% de dicha variación.

B) Pensionados menores de 65 años de edad a la fecha del reajuste y cuyas pensiones tengan un monto igual o menor de \$ 19.250 mensuales; pensionados de cualquier edad, cuyas pensiones sean superiores a dicha cantidad pero iguales o inferiores a \$ 47.850 mensuales, y pensionados de más de 65

años de edad a la fecha del reajuste, cuyas pensiones sean iguales o superiores a \$ 47.850 pero inferiores a \$109.850 mensuales: 100% de dicha variación.

C) Pensionados menores de 65 años de edad a la fecha del reajuste, cuyas pensiones sean superiores a \$ 47.850 pero iguales o inferiores a \$ 109.850 mensuales: 100% de dicha variación menos 6 puntos del porcentaje que ella represente.

D) Pensionados de cualquier edad cuyas pensiones sean superiores a \$ 109.850 mensuales: 100% de dicha variación menos 7,5 puntos del porcentaje que ella represente.

El monto de las pensiones de los beneficiarios a que se refiere la letra C) de este artículo, incrementadas con el reajuste que se les otorga, no podrá quedar fijado en una cantidad menor que la que corresponda a una pensión de \$ 47.850 una vez aplicado el reajuste que le otorga la letra B).

El monto de las pensiones de los beneficiarios a que se refiere la letra D) de este artículo, incrementadas con el reajuste que se les otorga, no podrá quedar fijado en una cantidad menor que la que corresponda a la más alta de la letra C), una vez aplicado el reajuste respectivo.”

Ambas normas inciden en un juicio que los requirentes llevaban en contra del Instituto de Normalización Previsional - INP -¹⁷⁰ y en él solicitaron que se declarasen inaplicables ambas normas, por ser contrarias, entre otras, al artículo 19 N° 18 de la Constitución. Ello por cuanto de la aplicación de dichos preceptos se habría configurado un estado de cosas inconstitucional, puesto que a su entender estas normas sólo funcionaban para los años en que fueron dictadas - 1986 y 1987 respectivamente - y no pretendían crear un estado de cosas en que, como según ellos ha ocurrido, se ha disminuido sustancialmente el monto de sus pensiones. Es por lo anterior que los requirentes demandaron al INP, para que se reliquidaran sus pensiones de acuerdo a lo que ellos consideran debieron haber sido las correctas bases de cálculo.

En lo que respecta a la vulneración del artículo 19 N° 18 de la Carta Fundamental, los recurrentes señalan, después de recordar los principios sobre los cuales se sustenta el sistema de seguridad social, como lo son la universalidad subjetiva y objetiva, la suficiencia e integridad y la uniformidad, que este estado de cosas resulta inconsecuente con los deberes del Estado de garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de las prestaciones de seguridad social. Ello genera una situación arbitraria e ilegal, cual es la rebaja inconstitucional a los jubilados requirentes del porcentaje anual de reajuste en forma mensual e ininterrumpidamente hasta la fecha, generando una “ilegal cotización obligatoria”.

¹⁷⁰ Actualmente su sucesor legal es el Instituto de Previsión Social.

En su contestación respecto a este punto, el representante del INP señala que dichas normas no privan a los requirentes de su derecho a acceder a los beneficios básicos y uniformes de la seguridad social, sino que sólo regulan la manera en que deben concretarse ciertos beneficios propios de dicho sistema.

El Tribunal, a partir del considerando trigésimo, se dedica al estudio de las razones por las cuales corresponde rechazar el requerimiento de los recurrentes por no existir vulneración del artículo 19 N° 18 de la Constitución.

En el considerando trigésimo primero, conceptualiza el derecho a la seguridad social, señalando que éste tiene su razón de ser en que los administrados están sujetos a contingencias sociales; que la necesidad de proteger a las personas y sus familias de estas contingencias emana de lo que el Tribunal llama, tomando el concepto de Héctor Humeres Noguera, “su derecho a la existencia” además de la obligación del Estado de conservar sus vidas y hacerlo con un nivel digno y acorde con su condición de seres humanos. Así, concluye el Tribunal que el derecho a la seguridad social constituye una directa y estrecha proyección de la dignidad humana a que se refiere el artículo 1° de la Carta Fundamental. Esa obligación, implica garantizar el acceso a todas las personas al goce de prestaciones básicas uniformes, es decir, emanadas del mismo sistema previsional, ya sea éste público o privado¹⁷¹.

El Tribunal decide resolver el caso, respecto a este punto, recurriendo al denominado principio de la integridad o suficiencia en materia de seguridad

¹⁷¹ Considerando 32°

social. Éste consiste, de acuerdo a lo dicho por el propio voto de mayoría en el considerando trigésimo tercero, en que todas las prestaciones, cualquiera sea el carácter de éstas, sean suficientes para:

“[A]tender la contingencia social respectiva y capaces de solucionar el caso social”¹⁷²

En lo que respecta a los montos de las prestaciones, el Tribunal señala que éstas:

“[D]eben ser de tal entidad que permitan a la persona continuar viviendo en condiciones relativamente similares a las que tenía cuando disfrutaba de su capacidad de trabajo y que el reajuste, en caso de aumento del costo de la vida, resulta absolutamente indispensable, ya que representa una garantía del valor real de las remuneraciones.”

Con esto, el Tribunal hace suyo el argumento de la doctrina respecto a que el monto de las prestaciones que entregue la seguridad social debe ser tal que permita a la persona mantener una calidad de vida a la cual, independientemente de las contingencias sociales, estaba acostumbrada. Ello en nuestro país, en todo caso, depende de la capacidad de ahorro del cotizante y de cuánto haya podido hacer crecer su cuenta previsional durante sus años laborales. Pero también es lícito, de acuerdo al principio de igualdad, que el Estado busque mejorar las condiciones de aquellos que no fueron capaces,

¹⁷² Sentencia Tribunal Constitucional ROL 790 - 2007 Considerando Trigésimo Tercero

durante su vida laboral, de generar ahorros suficientes para sostener sus años de jubilación. Lo anterior es muy importante para un país como Chile, en que existe un régimen de capitalización individual en lo referido a la cotización de pensiones para la jubilación, puesto que el derecho a la seguridad social no tendría sentido si es que el Estado no tuviera el deber de mejorar las condiciones de los cotizantes de peor situación socioeconómica y sólo se limitara a regular el mercado de las Administradoras de Fondos de Pensiones.

Por lo mismo, el Tribunal señala en el considerando trigésimo cuarto, que al dictar las leyes que contienen las normas impugnadas, el legislador no afectó la uniformidad de las prestaciones, pues dichos preceptos se refirieron a todas las personas pensionadas de los diversos regímenes de la seguridad social, siendo la única diferenciación hecha por la ley, los tramos respecto de los cuales se aplicarían los diversos reajustes y siendo la razón de dicho tratamiento distinto, el que se buscó privilegiar a aquellos pensionados que recibían un menor monto en sus pensiones y hacer frente a una especial situación de impacto en el gasto fiscal que resultaba tremendamente perjudicial para el desarrollo y cumplimiento de otras políticas sociales¹⁷³.

La preocupación principal del Tribunal en este caso era verificar que no se vulnerara el principio de igualdad ante la ley y que las diferencias hechas entre los diferentes grupos, no dejaran de ser razonables así, lo expresa en el considerando trigésimo quinto, al decir que:

¹⁷³ Considerando 34°

“[N]o repugna a las disposiciones constitucionales que en el goce de las prestaciones de seguridad social, el Estado pueda amparar especialmente a quienes sufren un mayor grado de carencia, siempre que ello no vulnere, como se explicó, la igualdad ante la ley, introduciendo diferencias de trato que no sean objetivas y razonables, que no estén soportadas en un fin de carácter general y que, en fin, no sean tolerables para quien sufre menoscabo en su derecho (sic).”

No lo dice explícitamente, pero al parecer el Tribunal opina que en este caso no se ha vulnerado el principio de igualdad en el sentido aquí expresado ya que si bien se distinguió entre distintos grupos para reajustar las pensiones, dichas diferencias no fueron arbitrarias y además ellas no significaron un menoscabo significativo en las prestaciones que recibe el grupo que no experimentó una mejora significativa en sus pensiones. Ahora bien, sin perjuicio de que es claro que la frase final del párrafo quiso decir que las diferencias no sean “intolerables” para quien sufre menoscabo en su derecho, este es un criterio al menos dudoso, puesto que implica juzgar el límite de la tolerancia de aquél que no ve su situación tan mejorada como aquellos pertenecientes a los otros grupos. A mi juicio, lo que intentó decir el Tribunal con esta frase es que las diferencias que inserte el Estado no deben, objetivamente, significar un retroceso en el goce del derecho de aquel grupo que no recibe las mismas mejoras que otros menos aventajados, puesto que si bien se pueden aumentar

las prestaciones de un sector más que las de otro, bajo ninguna circunstancia se puede negar a un grupo de personas prestaciones de las que actualmente goza y que no hubieran sido dadas temporalmente, puesto que ello implica una violación de la obligación de desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales. Lo anterior no ocurre en este caso, puesto que si bien se aumentaron las pensiones de un sector determinado de beneficiarios más que las de otro, ello no implicó, a juicio del Tribunal, un deterioro de las pensiones de aquellos más aventajados.

Finalmente y para desechar el argumento de los requirentes en cuanto a que se les estaría gravando con una imposición obligatoria el Tribunal, en el considerando trigésimo sexto, caracteriza a la obligación de cotización. Citando a Humeres Magnan y a Humeres Noguera¹⁷⁴, señala que la cotización es una forma de descuento coactivo, ordenada por la ley con respecto a determinados grupos y que tiene como fin garantizar prestaciones de seguridad social. Más adelante indica que:

“[L]a obligación de cotizar es exigida por la sociedad, representada para este efecto por el órgano gestor; es una obligación de derecho público subjetivo, que faculta al titular para exigir la obligación, por lo cual nuestra jurisprudencia ha considerado que la obligación de cotizar no tiene carácter contractual ni ha nacido de la voluntad de las partes. [...] Puede

¹⁷⁴ HUMERES MAGNAN, Héctor y HUMERES NOGUERA, Héctor. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 426.

apreciarse entonces que se trata de un acto mediante el cual de manera imperativa, por mandato de la ley, el empleador debe descontar determinadas sumas de dinero, de propiedad del trabajador, para garantizar efectiva y adecuadamente prestaciones de seguridad social vinculadas a estados de necesidad que son consecuencia de la vejez y sobrevivencia, esto es, jubilaciones y montepíos.”

En este contexto, entonces, en el cual la obligación de cotización está fuertemente regulada a favor tanto de los trabajadores dependientes e independientes, en sus características, modalidades y finalidades, no puede sostenerse que la aplicación de una determinada modalidad de reajuste a los pensionados, que no se encuentran ya ligados a un empleador, implique la creación de una cotización obligatoria.

De esta forma vemos cómo el Tribunal se ocupa, correctamente a mi entender, de determinar el contenido de ciertos aspectos del derecho a la seguridad social, sobretodo en un aspecto bastante sensible para los beneficiarios como lo es la posibilidad de reajustar los montos de las pensiones. Sobre ello, el criterio del Tribunal es claro respecto a que es posible generar reajustes mayores para sectores con menos beneficios y limitar los mismos para aquellos que mantengan beneficios mayores. Lo anterior no implica la realización de una discriminación ni una vulneración al derecho social en cuestión, en primer lugar porque la diferencia es objetiva - ya que está basada en el monto de la pensión

de cada jubilado - y razonable - toda vez que no es arbitrario distinguir entre grupos que reciban distintos beneficios - además de cumplir un fin legítimo como lo es el ayudar a los pensionados económicamente desaventajados.

Pero sin perjuicio de lo anterior el análisis del Tribunal se queda un poco cojo respecto al juicio de ponderación, como se verá al revisar el segundo voto disidente de la sentencia, lo cual puede llevar a que, si bien se pueda acordar con la caracterización que hace el voto de mayoría respecto a la naturaleza y características de los aspectos revisados del derecho a la seguridad social, se esté en desacuerdo con la decisión final tomada.

Existen dos votos disidentes en esta sentencia. Uno de ellos, es del ministro Vodanovic Schnake, quien es de la opinión de que las normas impugnadas son contrarias al derecho de propiedad y a la igualdad ante la ley. En lo que respecta a la igualdad ante la ley, en el considerando sexto de su voto el Ministro disidente incurre, según mi opinión, en un error al determinar la existencia de una supuesta discriminación. En dicho párrafo dice:

“Que todos los pensionados, sin que importe el monto de sus acreencias, están en la misma situación desde el punto de vista del derecho a que sus pensiones sean reajustadas. Introducir una diferenciación que no se justifique en circunstancias objetivas, importa discriminar arbitrariamente.

Es lo que ocurre en la especie, por cuanto la fundamentación en que descansa la diferenciación establecida por la ley se

hace consistir en un elemento absolutamente extraño a la relación jurídica regulada por la norma, como lo es la necesidad de «morigerar el gasto fiscal»”

El error se produce al confundir la finalidad del tratamiento desigual, con el criterio por el que se determinan los grupos a tratar diferente. Puesto que en este caso, dicho criterio es claro y no da lugar a dudas, es el monto de las pensiones de los beneficiarios. Ahora bien, morigerar el gasto fiscal es precisamente una de las finalidades más objetivas que se pueden entregar, sobretodo tomando en cuenta la acumulación del Índice de Precios del Consumidor para ese año, que habría tenido consecuencias enormes en el gasto del Fisco^{175 - 176}. Además, la norma se preocupó de mejorar las condiciones existentes para aquellos que recibían pensiones más bajas, lo cual a todas luces es un fin legítimo para una medida como ésta.

El otro voto disidente es de los ministros Fernández Baeza y Venegas Palacios, quienes eran de la opinión de acoger el requerimiento, por estimar que la aplicación de los preceptos impugnados resultaba contraria a los artículos 19 N° 2 y 20 de la Constitución. Este voto también muestra su desacuerdo con que el fin de la disminución del reajuste de las pensiones sea la morigeración del gasto

¹⁷⁵ El IPC acumulado para esos años fue de 35%. Fuente www.ine.cl Consultado el 15 de marzo de 2011.

¹⁷⁶ Otra cosa es que dichos gastos ahorrados se usen en mantener políticas sociales importantes, o solventar gastos producidos por emergencias públicas, etc. Y no para aumentar las remuneraciones del sector público o incrementar el gasto militar.

del fisco, pero da argumentos que es necesario tener en cuenta. Así entonces, dice que:

“[L]os preceptos legales impugnados consagraron, [...] una diferencia carente de toda justificación racional, si se considera que se impuso el peso de «morigerar el gasto fiscal» no sólo en forma discriminatoria entre los pensionados, sino porque se hizo recaer la carga, precisamente, sobre un sector que, por carecer en su generalidad de otros ingresos o por sus limitaciones para procurárselos, se encuentra en situación socioeconómica precaria y vulnerable, respecto de quienes las exigencias del bien común demandan del Estado una atención preferente y no la imposición de cargas destinadas a equilibrar el gasto fiscal [...]. Lo expresado cobra aún más fuerza si se considera que gran parte de los pensionados afectados ya habían sufrido un drástico menoscabo en las modalidades de reajuste de las pensiones.”

Un correcto juicio de ponderación debió haber considerado, como lo hace este voto, la falta de idoneidad de la medida. Puesto que si bien tanto morigerar el gasto fiscal, como mejorar las pensiones más bajas, son fines legítimos a perseguir por una norma y además no habiéndose aplicado la norma de forma discriminatoria, sí se puede discrepar respecto de si ésta era la medida más idónea para tal fin. Puesto que rebajar los montos en que se reajustan las

pensiones de otros sectores que si bien reciben mejores beneficios también se encuentran en una situación de vulnerabilidad socioeconómica, no aparece como la única forma para conseguir los fines propuestos por el Estado. Por ejemplo, se pudo haber rebajado el gasto fiscal en obras públicas, compras militares, remuneraciones del sector público, etc., y no, como lo sugiere este voto, a través de la disminución de la reajustabilidad de las prestaciones de seguridad social de sectores vulnerables de la sociedad.

Si bien se puede ver que este fallo tiene fortalezas y realiza un gran aporte en cuanto a la caracterización del derecho a la seguridad social, es débil en la realización de un correcto juicio de ponderación entre los derechos afectados y los fines requeridos por el Estado.

3. La legitimidad de los plazos como modalidades para ejercer un derecho de la seguridad social.

Existen numerosas sentencias que tratan el tópico de los plazos y su legitimidad en el sentido de ser limitaciones para ejercer determinados derechos sociales. Estudiaré solamente dos. Ellas son las recaídas en los roles 1182-2008 y 1260-2008. La primera de ellas fue dictada el 18 de noviembre de 2008. Trata las mismas temáticas y decide de la misma forma que las sentencias de los roles 1193-2008 y 1201-2008. La segunda fue dictada el 7 de mayo de 2009 y si bien decide de la misma forma que las anteriores, dicha situación se produce por

existir un empate de votos entre quienes estaban por rechazar y quienes estaban por acoger el recurso.

Ambas sentencias buscan se declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 4° de la Ley N° 19.260, más específicamente de sus incisos segundo y cuarto:

“Artículo 4°.- En los regímenes de previsión social fiscalizados por la Superintendencia de Seguridad Social, el derecho a las pensiones de vejez, de invalidez y sobrevivencia, y a las de jubilación por cualquier causa, será imprescriptible.

En todo caso, las mensualidades correspondientes a las pensiones de invalidez, vejez, sobrevivencia, de jubilación por cualquier causa, y a los demás beneficios de seguridad social que emanen o se relacionen con el respectivo régimen de pensiones, tales como bonificaciones, o rebajas de cotizaciones o aportes por permanencia en servicios, que no se soliciten dentro del plazo de dos años contados desde la fecha en que ocurriere el hecho causante del beneficio, sólo se pagarán desde la fecha de presentación de la solicitud respectiva. Igual norma se aplicará en los casos de reajustes, acrecimiento, aumento o modificación de dichos beneficios.

Los referidos beneficios son revisables de oficio o a petición de parte en los casos en que se comprobaren diferencias en la computación de períodos de afiliación o servicios, en las remuneraciones imponibles consideradas para la determinación del sueldo base de pensión, o, en general, cuando existiere cualquier error de cálculo o de hecho en la liquidación. Son, asimismo, revisables cuando se hubiere cometido algún error en la aplicación de las leyes o cualquiera otro error de derecho. Igual revisión y por las mismas causas, procederá respecto de los reajustes legales que experimente el beneficio.

La revisión a que se refiere el inciso anterior solamente podrá efectuarse dentro del plazo de tres años contado desde el otorgamiento del beneficio o del respectivo reajuste.

Las diferencias que resultaren de la rectificación de los errores referidos se pagarán o se descontarán del respectivo beneficio, según corresponda, desde el momento en que se hubiere formulado reclamo por el interesado, o desde la fecha de la resolución de la autoridad administrativa que disponga la rectificación si se procediere de oficio, o desde la fecha de notificación de la demanda judicial, en su caso. No obstante, si el reclamo, la resolución de la autoridad administrativa o la

notificación de la demanda respectiva, se hubieren efectuado dentro del plazo de dos años de ocurrido el error de que se trate, las diferencias respectivas, se pagarán o se descontarán desde la fecha inicial de su ocurrencia.

Si el beneficiario hubiere de efectuar reintegro a causa de la rectificación, la institución que corresponda podrá proceder en la forma que dispone el artículo 3° del decreto ley N° 3.536, de 1980.”¹⁷⁷

En la primera de las sentencias referidas, rol 1182-2008, el juicio se inicia por la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducida por dos exonerados políticos quienes demandaron conjuntamente al INP y al Fisco para que se les reconociera el derecho a recibir la pensión no contributiva desde el trienio anterior a la fecha en que presentaron su solicitud, por considerarse a sí mismos como exonerados del sector público, de acuerdo a la Ley N° 19.234. Habiendo ganado el juicio contra el INP y el Fisco en primera instancia, y siendo revocada la decisión en contra del Fisco en segunda instancia, el Instituto recurrió de casación en la forma y el fondo, los cuales representan la gestión pendiente sobre la cual recayó el fallo del Tribunal Constitucional. Los requirentes señalan que la aplicación de la norma impugnada en el juicio pendiente vulnera su derecho a la seguridad social puesto que los plazos de caducidad o prescripción que en dicho artículo 4° se establecen, los privaría de

¹⁷⁷ El destacado es mío.

tal derecho, a través la eventual declaración de prescripción de las pensiones no contributivas adicionales demandadas. El INP por su parte, en sus observaciones al recurso implica que la existencia de dichos plazos de caducidad va en directa relación con el principio de seguridad jurídica y que no hacerlos aplicables en el caso de los demandantes implicaría generarles un privilegio no justificado, lo cual atentaría en contra del orden constitucional y legal. Dicho lo anterior, revisaré directamente los argumentos del voto de mayoría, redactado por el ministro Correa Sutil.¹⁷⁸

Lo primero que cabe destacar de este voto de mayoría es que en el mismo se razona como si se estuviese haciendo *in abstracto* de la norma impugnada. La razón que da el Tribunal para esto es que entiende, según lo expresa en los considerandos 6° y 18°, que no es su rol determinar si el precepto legal impugnado debe o no ser aplicado en la gestión pendiente, de hecho dice expresamente en el último de los considerandos citados que:

“[Corresponde al Tribunal] examinar si una persona queda privada del derecho a la seguridad social por el hecho de que un determinado beneficio o prestación sólo pueda ser solicitado o reclamado dentro de un plazo de dos años o si se infringe el

¹⁷⁸ Para efectos de este fallo y del que se revisará enseguida de éste, es pertinente señalar que el voto de mayoría fue suscrito por los Ministros Sres. José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Jorge Correa Sutil, Enrique Navarro Beltrán, la Sra. Marisol Peña Torres y el Abogado Integrante Sr. Teodoro Ribera Neumann. Fueron disidentes, por separado, los Ministros Sres. Mario Fernández Baeza y Marcelo Venegas Palacios.

mismo derecho si se establece un plazo de tres años para solicitar revisión o rectificación”

Claramente resulta confusa esta idea, puesto que es de la esencia de la facultad del artículo 93 N° 6 de la Constitución, determinar si es la aplicación de un determinado precepto legal lo que tendrá efectos inconstitucionales, y no si es que la mera existencia del mismo controvierte al ordenamiento constitucional. En este caso, el Tribunal debió haber dicho que al ser probable la aplicación del artículo 4° de la Ley N° 19.260 al juicio pendiente, le corresponde a él decidir si en caso de que se verifiquen sus supuestos, se produce o no una situación contraria al artículo 19 N° 18 de la Carta Fundamental. Pero sin perjuicio de lo anterior, resulta interesante revisar la justificación que da el Tribunal para determinar que el plazo de la norma impugnada, no riñe con la Constitución. Los argumentos del voto de mayoría dicen relación con la realización de un juicio de ponderación y la interpretación del precepto legal objeto del requerimiento, mediante el estudio de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, lo que además tiene como efecto una aplicación clara del principio de deferencia razonada.

Lo primero que busca dejar en claro el Tribunal es que, en general, no puede estimarse que por el sólo hecho de existir un plazo para reclamar un beneficio de la seguridad social, se prive a las personas de éste derecho en caso de que no lo hayan ejercido en el tiempo preceptuado por la Ley¹⁷⁹. Por lo que si bien la

¹⁷⁹ Considerando 19°

limitación contenida en el artículo 4° de la Ley N° 19.260 debe ser revisada en su constitucionalidad, ello no significa que los plazos contenidos en el ordenamiento legal como restricciones al ejercicio de un derecho, sean *per se* inconstitucionales.

Por lo tanto, si es que no todos los plazos son en sí mismos contrarios al ordenamiento constitucional, lo que corresponde revisar es la razonabilidad de los mismos o dicho de otro modo, si el tiempo que se da a los beneficiarios de la seguridad social para exigir alguna prestación es suficiente como para entenderse que no se les priva arbitrariamente de dicho derecho.

En lo que respecta al plazo impugnado por los requirentes, el mismo no importa un desconocimiento del derecho a recibir una prestación de la seguridad social, puesto que como lo señala el inciso primero del precepto en cuestión, el derecho a las pensiones de los regímenes fiscalizados por la Superintendencia de Seguridad Social, son imprescriptibles por lo que aquello que extingue la norma en cuestión son las mensualidades generadas entre la fecha en que nació el derecho para solicitar la pensión y aquella en que se hizo la solicitud de la misma, siempre que ésta haya sido presentada dos años después de la fecha en que se produjo el hecho generador del beneficio.¹⁸⁰

¹⁸⁰ Considerando 22°. El mismo criterio fue seguido por la Corte Suprema en la sentencia de inaplicabilidad rol 75-2000 de 7 de marzo de 2001, en que se dijo que "Como [...] el artículo 4° de la Ley N° 19.269 no afecta ninguno de los elementos que integra el derecho a la seguridad social, sino que sólo estatuye que se pierden las mensualidades respectivas, en el evento que no se impetre el beneficio dentro del plazo de dos años, se debe concluir que no se conculca la norma contemplada en el número 18 del artículo 19 de la Constitución Política de la República."

Luego de dicho esto, en el considerando 23° justifica a la seguridad jurídica como un fin legítimo que puede perseguir el establecimiento de un plazo para solicitar un beneficio. Al respecto, el fallo señala:

“Esta magistratura no puede estimar sino como lícita una figura de tanta tradición y de tan frecuente uso como es la prescripción de los créditos, aplicables a todos ellos en nuestro sistema jurídico y probablemente con muy pocas excepciones en el mundo. Resulta difícil pensar en algún crédito que no se extinga por el hecho de no reclamarse por un lapso de tiempo. La certeza o la seguridad jurídica es una de aquellas que más típicamente se reconocen como finalidades lícitas del derecho, al punto que, muchas veces, los filósofos del derecho se han preguntado si es la justicia o la seguridad su finalidad principal”

Luego de justificar a la seguridad jurídica como un fin legítimo en este caso, el voto de mayoría revisa cómo este criterio fue el que tuvo en vista el legislador al establecer este plazo. Así entonces cita el Mensaje del Ejecutivo al iniciar la discusión de esta ley en que dice:

“En este sentido y **como una solución que haga compatibles los principios de justicia social y de seguridad jurídica**, dentro de la naturaleza que tiene el derecho a pensión, ha parecido razonable establecer que el derecho a las mensualidades correspondientes a dichas pensiones del

régimen antiguo, caducará en el plazo de dos años contado, desde la fecha en que se haya devengado o haya debido devengarse la respectiva cuota o mensualidad”¹⁸¹

Luego, reproduce los argumentos de la correspondiente comisión senatorial en cuanto a que, hasta la dictación de esta norma, los jueces no tenían un instrumento legal en el cual sujetarse para declarar la prescripción de las mensualidades solicitadas ante ellos y que este precepto introduce un elemento estabilizador en la relación jurídica que se verifica entre el administrado y la correspondiente institución de seguridad social.

Más adelante, el Tribunal vuelve sobre la idea de que la prescripción es un instrumento idóneo para lograr la certeza jurídica que buscaba la norma, puesto que es el instrumento típico que usa el derecho para estabilizar las relaciones sociales, incluso cuando ellas son anómalas. Dicho esto, expresa su opinión respecto a que los dos años que establece el inciso segundo del artículo 4° de la Ley N° 19.260, son razonables puesto que es uno que se presenta con frecuencia en el sistema de seguridad social¹⁸², además que con ellos se otorga una amplia seguridad de que las personas tendrán un extenso lapso para acceder a la información suficiente para impetrar los beneficios de la seguridad social y en el evento de que dejen transcurrir dichos años, no se extingue su derecho a las antedichas prestaciones, sino que sólo las mensualidades que se

¹⁸¹ Considerando 23°, en que se cita el Informe de la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado, respecto a la tramitación de esta ley. El énfasis es del Tribunal.

¹⁸² Se cita al artículo 123 del D.F.L. N° 338 de 1960, el artículo 20 del D.F.L. N° 94 de 1960, el artículo 65 de la Ley N° 18.948, etc.

hubieran devengado en el tiempo mediado entre el hecho que generó la pensión y la solicitud de la misma.

Respecto al inciso cuarto de la norma impugnada, el voto de mayoría señala que en nuestro sistema de seguridad social la ley opta por validar aquello que, aunque se funde en un error, no es reclamado en un plazo prudencial, y siendo que el plazo de tres años no es atípico a nuestro ordenamiento, no existen antecedentes que permitan calificarlo de irracional o carente de fundamentos.

Clausura su argumento el Tribunal rechazando el requerimiento en esta parte - y finalmente en todas las demás - señalando que:

“[N]o puede estimarse que el Estado incumpla su deber de garantizar el acceso a las prestaciones por el hecho de someterlas a un plazo de caducidad en el evento de que no se reclamen, por ser tales plazos incluyendo su duración, elementos típicos y normales que acompañan a los créditos en general y a los de seguridad social en particular, para así poder dotar de seguridad y certeza a quienes participan de las operaciones jurídicas, no avistándose razones por las que excluir al Estado como ente beneficiario o perjudicado de esta misma figura, salvo que se presten razones especiales en relación a una determinada figura jurídica, lo que no ha ocurrido en la especie”¹⁸³

¹⁸³ Considerando 29°

Los votos minoritarios, tanto del ministro Fernández Baeza como del ministro Venegas Palacios, no dicen relación con la materia discutida por el voto de mayoría respecto de los plazos, sino que ambos manifiestan la opinión de que los beneficios consagrados en la ley N° 19.234 y que eran impetrados por los recurrentes no eran de aquellos que se otorgan en el ejercicio del derecho a la seguridad social, sino que constituyen un ejemplo de las atribuciones que la Constitución concede al Presidente de la República en sus artículos 32 N° 11 y 63 N° 16 que tratan de la facultad del Primer Mandatario para “conceder jubilaciones, retiros montepíos y pensiones de gracia, con acuerdo a las leyes” y de su regulación.

Es especialmente interesante la opinión del ministro Venegas puesto que, a mi juicio, realiza el ejercicio que previamente debió haber hecho el voto de mayoría, cual es revisar la forma en que la norma impugnada podría haber sido aplicada a la gestión materia de la acción de inaplicabilidad. En su voto, señala que es claro que en la historia de la ley N° 19.234, el legislador fue de la opinión que las normas relativas a beneficios por gracia y su financiamiento eran propias de ley simple o común, porque no regulaban el ejercicio del derecho a la seguridad social y que en la tramitación de la ley N° 19.260 ambas Cámaras estimaron que, salvo aquellas que regulaban procedimientos judiciales, las normas de dicha ley eran de aquellas que regulan el ejercicio de la seguridad social y fueron, de acuerdo a lo que exige la Constitución, aprobadas con quórum calificado. Al respecto el voto disidente señala:

“Corolario de lo señalado en los motivos precedentes es que, mientras los beneficios «por gracia» establecidos en la Ley N° 19.234 tienen su fundamento en el ejercicio de la facultad privativa que la Constitución otorga al Presidente de la República para otorgar pensiones de gracia con arreglo a las leyes, los preceptos del artículo 4° la Ley N° 19.260, que establecen plazos de caducidad o prescripción, tienen fundamento en la facultad del Legislador para regular, mediante ley de quórum calificado, el ejercicio del derecho a la seguridad social.”¹⁸⁴

Lo anterior, lo lleva a concluir que ambas normas tienen ámbitos de aplicación distintos y que la ley que concede pensiones por gracia a los exonerados políticos no regula el ejercicio del derecho a la seguridad social, por lo que la aplicación del plazo que establece el artículo 4° de la ley N° 19.260 es inconstitucional, puesto que va a restringir el ejercicio de un derecho que no está limitado por la ley que lo creó y que no dice relación con la seguridad social, sino que con una facultad del Presidente de la República.

A mi juicio, el ministro Venegas entendió correctamente qué era lo que es esperaba del Tribunal con esta acción y que para acogerla o desecharla, tenía que primero verificar de qué forma se podría haber aplicado, lo cual el voto de mayoría no hizo.

¹⁸⁴ Párrafo 7°.

Si bien considero que corresponde valorar el fallo reseñado, en el sentido de que establece una doctrina clara respecto a la legitimidad de los plazos como límites para el ejercicio del derecho a la seguridad social y a la seguridad jurídica como un fin legítimo en el establecimiento de estos, considero que se puede dirigir una crítica de fondo al razonamiento del Tribunal. Ello por cuanto la pregunta que debió haberse hecho después de determinar la legitimidad de la existencia de un plazo determinado como límite al ejercicio de la seguridad social, es si el mismo no supone una afectación a los principios de ésta, es decir, debió determinar si para el caso en que se aplicaran los plazos de que habla tanto el inciso segundo como el cuarto del artículo 4° de la ley N° 19.260, las prestaciones que iban a recibir los administrados servían para cubrir la contingencia y solucionar el caso social¹⁸⁵. No se hace esta pregunta ni en este caso, ni en los dos siguientes iguales a este, ni en el que se analizará a continuación, lo que lleva a preguntarnos si realmente el Tribunal usó el mismo criterio que en el fallo anteriormente revisado, respecto a poner su atención en que se cumplieran los elementos de la seguridad social o sólo se encandiló con la presencia de una “figura de tanta tradición y tan frecuente uso como es la prescripción de los créditos”.¹⁸⁶

En definitiva, acierta en determinar la constitucionalidad, *in abstracto*, de los plazos establecidos en el artículo 4° de la ley N° 19.269, pero yerra al entender

¹⁸⁵ Op. Cit. Nota 172

¹⁸⁶ Sentencia Tribunal Constitucional 1182-2008, Considerando 23°

que la ley N° 19.234 se sujeta a ella lo que convierte a la aplicación de las normas impugnadas a la causa pendiente en inconstitucional.

Idéntica decisión se tomó el mismo día en la causa rol 1193-2008 y exactamente un mes después en la causa rol 1201-2008. Lo único que cambió entre todos estos recursos fueron las partes que habían iniciado la gestión pendiente, puesto que los argumentos de mayoría y minoría fueron los mismos, e incluso el abogado patrocinante era el mismo en todos los casos.

En la sentencia recaída en el rol 1260-2008, a diferencia de las citadas anteriormente, si bien se solicita la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 4° de la ley N° 19.260 - específicamente su inciso segundo - la gestión en la que incide la acción es distinta. En efecto, si bien el demandado en el juicio es el mismo INP, la causa de pedir es distinta, puesto que se basa en el cobro de la pensión de orfandad de la requirente, la cual, según su alegación, se generó en el año 1989 debido a la muerte de su padre o, de acuerdo a lo dicho por el servicio público en el año 1998, fecha de fallecimiento de su madre¹⁸⁷, pero fue solicitada recién en mayo de 2007 aduciendo el servicio público que por aplicación de la norma impugnada, y al haber transcurrido mucho más de dos años, en cualquiera de los casos, desde

¹⁸⁷ La pensión solicitada se estatuye en la Ley N° 16.229, específicamente en su artículo 2° que establece:

“En los casos en que faltare la viuda o se incapacitare tendrán derecho a la pensión de montepío establecida en el artículo anterior, las siguientes personas, que serán llamadas separada y sucesivamente en el orden que a continuación se indica:

a) Los hijos legítimos o naturales; [...].”

el hecho que genera la pensión y su solicitud, corresponde que sea pagada desde la fecha en que se hizo la solicitud.

Respecto al derecho a la seguridad social, la recurrente estima que la aplicación de la norma impugnada lo vulnera en el sentido de que ella la priva de su derecho a recibir todas las mensualidades de que se compone la pensión que la beneficia, al excluir aquellas devengadas entre la fecha de fallecimiento de su padre y la fecha en que se formuló la respectiva petición. Indica, además, que esta limitación constituye una penalización al titular presuntamente moroso con miras a favorecer económicamente al prestador. Agrega que por esencia la seguridad social debe cubrir o comprender la totalidad del estado o situación de necesidad que la ley supone experimentan sus beneficiarios. Finalmente, manifiesta que las razones económicas que pudieran haber inspirado la norma impugnada, no justifican el daño patrimonial que ésta provoca a los beneficiarios de la seguridad social, puesto que en nuestro ordenamiento jurídico, los intereses de estos priman por sobre dichos motivos de ahorro fiscal. En su escrito de observaciones al requerimiento, el INP señala que no se priva a la requirente del derecho a percibir la pensión de orfandad consagrada en la ley, sino que se limita la cantidad de mensualidades que podrá recibir debido a su inacción, señalando al respecto que dado que ella dejó pasar nueve años sin impetrar el beneficio que ahora demanda, es claro que no se sintió afectada por un estado de necesidad como para requerirlo. Específicamente en relación al derecho a la seguridad social, la entidad pública manifiesta que la norma

impugnada no desconoce ni afecta dicha garantía ya que la pensión que beneficia a la requirente le ha sido pagada en tiempo y forma. Agrega que la doctrina y la jurisprudencia están contestes en los elementos que constituyen el derecho a la seguridad social, y ninguno de ellos se ve afectado por la aplicación del plazo contenido en el precepto legal objeto de la acción. Finalmente, manifiesta que la ley presume que de no solicitarse la pensión a la que se tiene derecho en el plazo por ella establecido, es debido a que el beneficiario no se encontraba en una situación de necesidad tal que requiera las prestaciones de la seguridad social.

Como lo adelanté *supra*, este fallo es rechazado por no producirse la mayoría de la que habla el artículo 93 N° 6 de la Constitución, al verificarse un empate de votos entre quienes estaban por el rechazo del recurso y quienes se inclinaron por acogerlo. Los primeros son la ministra Marisol Peña Torres y los ministros Juan Colombo Campbell, Jorge Correa Sutil, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Con respecto a este voto, sólo cabe destacar dos cosas. La primera es que en este caso, a diferencia de los fallos recién revisados, el razonamiento se ocupa efectivamente de determinar si la aplicación de la norma al caso concreto es inconstitucional y sus argumentos, son, a mi juicio, correctos para determinar este hecho. En segundo lugar y con respecto al derecho a la seguridad social y a la constitucionalidad del plazo contenido en el inciso segundo del artículo 4° de la ley 19.260, los argumentos

son prácticamente iguales a los dados en las sentencias roles 1182-2008, 1193-2008 y 1201-2008¹⁸⁸, por lo que no cabe volver a estudiarlos.

Los Ministros que están por acoger el recurso, son José Luís Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza y Marcelo Venegas Palacios. En el voto en que manifiestan su opinión, los ministros hacen referencia al derecho a la seguridad social del artículo 19 N° 18 de la Constitución, en relación a la garantía del N° 26 del mismo artículo 19 y también la igualdad ante la ley del ya mencionado artículo 19 pero en su N° 3°.

En el párrafo cuarto de este voto, los Ministros que están por acoger el recurso, hacen una diferencia que marcará el resto del razonamiento, cual es que a su juicio no se puede comparar el derecho a cobrar un crédito de la seguridad social, como lo es el de la requirente, con uno surgido con motivo del tráfico mercantil o de un negocio propio de la vida civil. Con lo que quieren indicar su desacuerdo con la idea de que la prescripción puede ser aplicada indistintamente para todas las áreas del derecho y, en este caso, específicamente por las finalidades del derecho a la seguridad social. El entendimiento de este voto, respecto al rol de la seguridad social y a las facilidades que se deben dar a los beneficiarios está dicha en el considerando quinto que conviene reproducir íntegramente.

“[L]a seguridad social tiene por finalidad proporcionar el disfrute efectivo, y no meramente nominal, de prestaciones -

¹⁸⁸ Dicho razonamiento se encuentra desde el considerando trigésimo hasta el cuadragésimo tercero.

generalmente dinerarias - que reparen, aunque sea parcialmente, la carencia de ingresos para hacer frente a necesidades vitales.

De ahí que la regulación legal del ejercicio del derecho constitucional a la seguridad social, una de cuyas especies son las pensiones de montepío, ha de estar encaminada a facilitar el pago de las mensualidades en que se traduce la respectiva pensión y no a dificultarlo, y menos, pues es mucho más grave para el titular del derecho, a disponer la caducidad en el cobro de las mismas.

No ha de olvidarse, al respecto, que los titulares del derecho a la seguridad social son, muchas veces, personas que por su edad, estado de salud e incluso ignorancia del derecho de que son titulares, no siempre están en condiciones de cumplir oportunamente las exigencias legales que les son aplicables. De ahí que su pasividad para actuar en la presentación de la respectiva solicitud no puede ser interpretada como renuncia tácita a su derecho, sino como un comportamiento explicable por la situación en que se encuentran.

Mal puede, entonces, la ley sancionar a los beneficiarios de la seguridad social que no actúan dentro de un plazo más bien breve, como es el de dos años, con la caducidad del derecho a

cobrar sus mensualidades, y es por ello que ha de estimarse a la disposición legal que así lo prescribe como constitutiva de un requisito o condición que impide el libre ejercicio de un derecho, y que, en la especie, resulta contraria a la Constitución”

Claramente los ministros que están por acoger el recurso, mantienen una opinión más fuerte respecto del rol de la seguridad social en el orden constitucional y los límites máximos que ésta puede tener. Así, este voto estima que dos años no es un plazo razonable para exigir las prestaciones que el Estado está en obligación de otorgar, puesto que la mayor parte de las personas que goza de este beneficio no están en las mejores condiciones socioeconómicas como para exigirles diligencia en el conocimiento y tramitación de los beneficios a que tienen derecho. Claramente con esto no sólo estiman que la aplicación de la norma tiene un efecto inconstitucional en este caso, sino que además realizan un juicio *in abstracto* respecto de la constitucionalidad de este plazo en particular para impetrar las ayudas que emanan de la seguridad social.

Ahora bien, no sólo el juicio es en contra de este plazo sino, y como se desprende del párrafo sexto del voto en estudio, de cualquier obstáculo para la entrega de las prestaciones exigidas. Ello, por cuanto si la seguridad social tiene como finalidad “proporcionar el disfrute efectivo” de los beneficios que reparen las necesidades vitales de que carecen los administrados y si el Estado tiene de acuerdo a los artículos 1° inciso quinto y 5° inciso segundo de la

Constitución el deber de dar protección a la población y respetar y promover los “derechos esenciales de la persona humana” que ella consagra, la imposición de plazos y límites para el ejercicio de estos derechos significa un desconocimiento de los deberes recién nombrados, *máxime* si de acuerdo al artículo 19 N° 18 de la Carta Fundamental el Estado debe también encaminarse a:

“[G]arantizar el acceso de todos los habitantes a prestaciones básicas uniformes [y] también a supervigilar el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social.”¹⁸⁹

Aquello a lo cual se oponen los sentenciadores en este caso, es a que el Estado por medio de una ley, dificulte el acceso de la población a las prestaciones a las que tienen derecho de acuerdo a la Constitución y establezca un plazo para su ejercicio que no es razonable. Puesto que:

“Si la norma general para extinguir por prescripción las acciones y derechos ajenos, según el artículo 2515 del Código Civil, es de cinco años para las acciones ordinarias, no se divisa qué razón puede existir para acortar el plazo de prescripción cuando el no ejercicio se refiere a los derechos derivados de la seguridad social.”¹⁹⁰

Ésta es la razón por la cual estos ministros opinan que la norma impugnada vulnera, además, el artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental, puesto que la ley

¹⁸⁹ Considerando Sexto

¹⁹⁰ Considerando Octavo

estaría protegiendo en exceso al Estado frente a estas personas en posición de vulnerabilidad.

Resulta interesante este razonamiento, ya que deja entrever un concepto fuerte del derecho a la seguridad social en el voto de estos ministros. Ello por cuanto no se vislumbra de qué manera estén dispuestos a aceptar que se limite el ejercicio de éste derecho, ni siquiera con la imposición de plazos para su ejercicio, puesto que a su juicio, entregar las prestaciones que de él emanan es un deber fundamental del Estado. Claramente se puede estar de acuerdo con la posición política de este voto, pero no se puede olvidar que como lo ha sostenido la jurisprudencia del Tribunal¹⁹¹, son los órganos colegisladores los que se encuentran en mejor posición para juzgar los límites que se pueden imponer al ejercicio de un derecho, puesto que ellos están en conocimiento del Estado financiero del país y además tienen el deber constitucional de generar los mecanismos legales que permitan la convivencia de los distintos derechos fundamentales.

En mi opinión, sí acierta este voto en analizar la razonabilidad del plazo de dos años, recurriendo a una interpretación armónica de los plazos en nuestra legislación, para determinar que si mientras para el pago de obligaciones civiles que están dirigidas a extinguir obligaciones voluntariamente contraídas, el plazo de prescripción es de cinco años, no se vislumbra qué razón podría existir para

¹⁹¹ Sentencia Tribunal Constitucional Rol 1361 - 2009, Considerando Septuagésimo

que el pago de una prestación destinada a paliar las necesidades de un grupo especialmente vulnerable de la población, sea sustancialmente menor.

Capítulo Sexto

“El Derecho a la Protección de la Salud”

1. Consideraciones Generales.

El derecho a la protección de la salud está consagrado de la siguiente forma en nuestra Carta Fundamental:

“Art. 19°. La Constitución asegura a todas las personas:

9°.- El derecho a la protección de la salud.

El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”

Agustín Squella llama la atención respecto a cuál es el objeto de protección de este derecho¹⁹², al decir que éste no protege un verdadero “derecho a la salud”, literalmente, ya que ello sería del todo irrealizable puesto que muchos de los factores que alteran a la salud, se escapan en buena medida del control de las personas¹⁹³.

Por otra parte, Humberto Nogueira sostiene que el derecho a la protección de la salud consiste, en la facultad de toda persona a conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como psíquica, así como su restablecimiento en caso de enfermedad, disfrutando de su vida con el más alto nivel de vida posible, junto al acceso de condiciones sociales mínimas de salubridad, a fin de posibilitar el desarrollo de una vida digna”¹⁹⁴

Entonces, lo que esta norma garantiza es, tal como se obtiene de su redacción, un derecho a la atención sanitaria¹⁹⁵ o, concordándolo con lo que sostiene el artículo 12 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁹⁶, se

¹⁹² Que en su redacción difiere de otros Derechos Sociales, puesto que, en el caso del derecho a la seguridad social, por ejemplo, no se le denomina “Derecho a la protección de la seguridad social” o “Derecho a la entrega de seguridad social”

¹⁹³ SQUELLA NARDUCCI, Agustín. El derecho a la salud como uno de los derechos fundamentales de las personas, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 2005, N° 23, p. 124.

¹⁹⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Derechos Fundamentales y garantías constitucionales. Los Derechos Sociales fundamentales. Santiago, Editorial Librotecnia, Tomo III, 2009, p. 108.

¹⁹⁵ SQUELLA, Op. Cit. Nota 193, p. 124.

¹⁹⁶ Dicha norma establece:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
 - a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
 - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
 - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

puede sostener que la obligación del Estado es que las personas gocen del mayor nivel posible de salud y que ello se logra a través de acciones del poder público, tendientes a asegurar la protección de dichos niveles, las que no necesariamente se agotan con la mera atención sanitaria, sino que además pueden extenderse a programas de prevención, conservación del medio ambiente, preparación de médicos y personal de salud, etc.

En un sentido meramente descriptivo, Miriam Henríquez sostiene que la configuración constitucional de este derecho, importa que el titular puede exigir al Estado que lo proteja de intervenciones de terceros, que atenten contra su salud¹⁹⁷. En ese orden, los deberes del Estado se limitarían a cuestiones como proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud, coordinar y controlar las acciones relacionadas con la salud, garantizar la ejecución de las acciones de salud sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, y legislar sobre la materia, estableciendo la forma y condiciones en que han de ejecutarse las acciones de protección de la salud¹⁹⁸.

Importante, resulta también revisar, tal como se ha hecho con los dos derechos tratados en capítulos anteriores, la forma en que los organismos internacionales han entendido este derecho. Así, en la Observación General N° 14 (2000) del

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

¹⁹⁷ HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. El derecho a la protección de la salud. En: AGUILAR CARVALLO, Gonzalo (Coord.) *Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Orden Constitucional Chileno*. Santiago, Editorial Librotecnia, 2012, p. 436.

¹⁹⁸ *Ibíd.*

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se consigna lo siguiente:

“La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley”¹⁹⁹

A ello agrega:

“El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a

¹⁹⁹ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Observación General N° 14, “Cuestiones Sustantivas que se Plantean en la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, 22º período de sesiones, E/C.12/2000/4, párr. 1.

torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud.”²⁰⁰

Podemos entender entonces, que para las Naciones Unidas, el derecho a la salud, se erige como uno de los pilares fundamentales de la protección al ser humano, que tiene interacciones importantes con otros derechos, no sólo sociales, sino que también civiles y políticos, al estar íntimamente ligado a la dignidad humana.

Otra preocupación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha sido definir la promoción del acceso igualitario a las prestaciones de salud. El Estado debe promover a través de un sistema público de salud un derecho de contenido esencial, que diga relación con la dignidad e integridad del ser humano, asegurando prestaciones básicas y uniformes para todos los individuos, atendiendo al principio de igualdad consagrado en todos los pactos de derechos humanos y también en nuestra Constitución. Al respecto, la ya citada Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales señala:

“En virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 y en el artículo 3, el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes

²⁰⁰ Ibíd. párr. 3.

básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/SIDA), orientación sexual y situación política, social o de otra índole que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud. El Comité señala que se pueden aplicar muchas medidas, como las relacionadas con la mayoría de las estrategias y los programas destinados a eliminar la discriminación relacionada con la salud, con consecuencias financieras mínimas merced a la promulgación, modificación o revocación de leyes o a la difusión de información.

El Comité recuerda el párrafo 12 de la observación general N° 3 en el que se afirma que incluso en situaciones de limitaciones graves de recursos es preciso proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la aprobación de programas especiales de relativo bajo costo.

En cuanto al derecho a la salud, es preciso hacer hincapié en la igualdad de acceso a la atención de la salud y a los servicios de salud. Los Estados tienen la obligación especial de proporcionar

seguro médico y los centros de atención de la salud necesarios a quienes carezcan de medios suficientes, y, al garantizar la atención de la salud y proporcionar servicios de salud, impedir toda discriminación basada en motivos internacionalmente prohibidos, en especial por lo que respecta a las obligaciones fundamentales del derecho a la salud. Una asignación inadecuada de recursos para la salud puede dar lugar a una discriminación que tal vez no sea manifiesta. Por ejemplo, las inversiones no deben favorecer desproporcionadamente a los servicios curativos caros que suelen ser accesibles únicamente a una pequeña fracción privilegiada de la población, en detrimento de la atención primaria y preventiva de salud en beneficio de una parte mayor de la población.”²⁰¹

En atención a lo anterior y referente a los tratados internacionales, en especial de la lectura del artículo 12 del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es posible advertir que éstos hacen un tratamiento del “derecho a la salud” enmarcándolo como un derecho social propiamente tal, imponiéndole al Estado prestaciones específicas tendientes a su promoción.

²⁰¹ Ibíd. párr. 18 y 19.

2. Las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad, basadas en el Derecho a la Protección de la Salud.

En las páginas que siguen, analizaré dos sentencias que son consideradas fundamentales en el entendimiento que el Tribunal Constitucional. No sólo se refieren al derecho a la salud en particular, sino que a la necesidad de garantizar a través de las acciones del legislador los derechos sociales en general.

Estudiaré la sentencia rol 976-07, pronunciada por el Tribunal el 26 de junio de 2008 y, muy fundamentalmente, a la sentencia rol 1710-10, pronunciada el 6 de agosto de 2010, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley Nº 18.933, o como la denominaré a continuación, ley de Isapres.

i. La primera acción de inaplicabilidad en relación al Derecho a la Salud.

Con fecha 2 de octubre de 2007, doña Silvia Peña Wassaff, interpuso un requerimiento para que se declarara, por el Tribunal Constitucional, la inaplicabilidad del ya mencionado artículo 38 ter de la ley de Isapres, el que a la sazón disponía que:

“Artículo 38 ter.- Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que

correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores.

La Superintendencia fijará, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar.

Cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas:

- 1.- El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad;
- 2.- Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años;
- 3.- La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan;
- 4.- La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo;
- 5.- En cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo.

En el marco de lo señalado en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen. En todo caso, la tabla de un determinado plan de salud no podrá variar para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos al mismo, ni podrá alterarse para quienes se incorporen a él, a menos que la modificación consista en disminuir de forma permanente los factores, total o parcialmente, lo que requerirá autorización previa de la Superintendencia; dicha disminución se hará aplicable a todos los planes de salud que utilicen esa tabla.

Cada plan de salud sólo podrá tener incorporada una tabla de factores. Las Instituciones de Salud Previsional no podrán establecer más de dos tablas de factores para la totalidad de los planes de salud que se encuentren en comercialización.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional podrán establecer nuevas tablas cada cinco años, contados desde las últimas informadas a la Superintendencia, manteniéndose vigentes las anteriores en los planes de salud que las hayan incorporado.

Las Instituciones de Salud Provisional estarán obligadas a aplicar, desde el mes en que se cumpla la anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o la reducción

de factor que corresponda a un beneficiario en razón de su edad, y a informar al cotizante respectivo mediante carta certificada expedida en la misma oportunidad a que se refiere el inciso tercero del artículo 38.”

La gestión pendiente consistía en un recurso de protección que la requirente dedujo en contra de Isapre ING Salud S.A., ante la Corte de Apelaciones de Santiago²⁰², en que se argumentó que la norma recién transcrita y aplicable al caso en cuestión, vulnera los artículos 2º, 9º y 24º del artículo 19 de la Constitución.

En su argumentación la requirente expone que la Isapre recurrida pretendía aumentar su plan de salud de 7,40 a 9,40 UF mensuales, dando como razones el aumento del costo promedio de las acciones de protección de la salud de todos los afiliados al sistema y la variación que, en el caso particular de la requirente, se produjo durante la última anualidad en la edad de los beneficiarios, la cual es uno de los “factores de riesgo que contempla el sistema para determinar el precio del respectivo plan de salud”.

La última razón de las esgrimidas por la Isapre, está amparada en el artículo 38 ter ya citado y es la razón que motiva la interposición de la acción de inaplicabilidad.

En lo que se refiere al derecho a la protección de la salud, la requirente se limita a sostener que dicha garantía, sería una aplicación específica del derecho a la

²⁰² Rol de Ingreso N° 4972-2007

igualdad ante la ley en el ámbito tutelar de la salud, aduciendo que lo que caracteriza tal protección, es la libertad de elección del sistema y la igualdad de acceso al régimen escogido por el beneficiario. Profundiza su argumento, señalando que la norma impugnada, supone una fuerte cortapisa a la libertad de las personas para elegir y permanecer en el plan de salud por el que optaron al celebrar el respectivo contrato con su Isapre, puesto que el aumento les forzaría a salir del sistema privado de salud, vulnerándose de esta forma la garantía antes mencionada, de libertad de elección y acceso igualitario al sistema.

La Isapre ING, en su intervención, sostiene que la norma del artículo 38 ter no se opone a la libertad de elegir el sistema de salud, porque el inciso final del artículo 19 N° 9 de la Carta Fundamental, no contempla el derecho de los interesados a escoger, sin limitación alguna, el sistema de salud al cual incorporarse, ni les garantiza la permanencia indefinida y a todo evento dentro del régimen inicialmente seleccionado por ellos.

Como puede apreciarse, la argumentación, tanto del requerimiento como de la defensa planteada por la Isapre, en lo que se refiere al derecho a la salud, se limita a tratar la referida garantía de la misma forma que lo hace el artículo 20 de la Constitución al referirse a ella, es decir, garantizando exclusivamente el derecho a la libertad de elegir y a la igualdad de acceso. No trata ninguna cuestión relativa los derechos sociales en cuestión, ni al tratamiento del derecho a la protección de la salud en sus otros ámbitos, ni a las consecuencias que

tendría para la recurrente y su grupo familiar el verse obligados a abandonar su sistema de salud para caer en otro, presumiblemente, peor.

Llama la atención lo sostenido por la Superintendencia de Salud, en cuando argumenta la constitucionalidad de la norma, apoyada en que el sexo y la edad no son parámetros caprichosos, arbitrarios o indemostrables como factores a considerar para determinar el gasto en salud que, en el tiempo, tendrá que asumir una Isapre. Llama la atención, puesto que de lo recientemente expuesto, se desprende que sería legítimo que la salud de una persona se encarezca a medida que vaya envejeciendo y sobre todo si es que se trata de mujeres, puesto que en la medida en que la diferencia se base en factores objetivos, no genera problemas con la garantía de los otros derechos. Es decir, ninguno de los intervinientes en este proceso fue capaz de entregar una argumentación que tratara al derecho a la salud como uno de carácter social y sólo se limitaron a tratar sus aspectos de libertad y de igualdad, aunque en este último punto, de una forma muy miope.

Sin embargo, lo anterior no fue óbice para que el Tribunal realizara una destacada argumentación en torno a los derechos sociales como concepto y al derecho a la salud dentro de dicho grupo, como revisaré a continuación.

En primer lugar, sistematiza los efectos del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, tanto para las mismas instituciones de salud, los afiliados y la Superintendencia de Salud, recalcando el hecho de que, de acuerdo a dicha norma y al artículo 2 letra m) de la antedicha ley, la forma de determinar el costo del plan de salud

contratado por cada cotizante, es mediante la multiplicación del precio base, por el factor que corresponde al afiliado en concreto, de conformidad con la tabla de factores impugnada²⁰³. Hace esto con el fin de determinar la aplicabilidad de dicha norma a la gestión pendiente, coincidiendo con la actora en que si bien su recurso ante la Corte de Apelaciones busca determinar que tanto el alza como la aplicación de la tabla de factores vulnera sus garantías constitucionales, sólo el último punto es el que somete a la atención del Tribunal Constitucional.

A partir del considerando vigesimosegundo el Tribunal acomete la tarea de determinar la naturaleza del derecho a la protección de la salud y, a pesar de las alegaciones de todos los intervinientes en el proceso, lo hace caracterizando, en primer lugar, la esencia de los derechos sociales, puesto que sostiene el Tribunal que los derechos sociales, son tales – es decir “derechos” – y no simples declaraciones o expectativas que puedan ser satisfechas cuando las disponibilidades presupuestarias del Estado lo permitan²⁰⁴. Citando a Francisco Laposta, sostiene en el mismo considerando que:

“El núcleo normativo es que el sujeto tiene un título para exigir que se entreguen ciertos bienes, se le presten ciertos servicios o se le transfieran ciertos recursos. Entre tales derechos encontramos la prestación de un servicio (educación, salud, protección del riesgo, etc.).

[...]

²⁰³ Considerando Sexto.

²⁰⁴ Considerando Vigésimosexto.

Desde un punto estructural, los Derechos Sociales no son derechos de una naturaleza necesariamente distinta a los derechos civiles o políticos. En particular, no es correcto afirmar sin ningún tipo de matización que los derechos sociales son siempre derechos de prestación, mientras que los llamados derechos civiles o políticos no lo son. Entre los derechos civiles más básicos encontramos también derechos de prestación como el derecho a un juicio imparcial. (...) Incluso la pura seguridad jurídica de la persona y los bienes, que da lugar a un derecho humano primario y antiquísimo, quizás el más antiguo, exige la previa instauración de lo que se ha considerado un bien público originario: El Estado y la ley.”²⁰⁵

Con esto, entonces, el Tribunal hace suya la idea de que los derechos sociales son plenamente realizables y que la poner en duda su practicabilidad es una idea confusa, porque obligaría a sostener que la Constitución debe ser cumplida en la medida de lo posible y que habría que suspender su obligatoriedad normativa, debido a los avatares financieros y presupuestarios del Estado, convirtiendo así las normas que resguardan estos derechos en cuestiones meramente virtuales.

²⁰⁵ *Ibíd.* La cita está tomada de LAPOSTA, Francisco. Los Derechos Sociales y su Protección Jurídica. Introducción al Problema. En: BETEGÓN, Jerónimo *et. al.* (Coord.), *Constitución y Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 299 y 301.

Luego asegura, que el derecho a la salud es de índole social, ya que involucra conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica, habida consideración que la satisfacción de dicho derecho representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea²⁰⁶.

Si bien el Tribunal postula un concepto fuerte de los derechos sociales, distanciándose en parte de la vocación propiamente liberal de la Carta Fundamental, lo hace siguiendo la dicotomía “obligaciones positivas / obligaciones negativas”, que de acuerdo a lo señalado en el capítulo tercero de este trabajo, es una concepción ya superada en la doctrina y práctica internacionales. No obstante ello, y apuntando a la forma en que estos derechos se vuelven plenamente realizables, el Tribunal sostiene que, a pesar de que se crea necesario la concretización legal de los derechos que existen en la Constitución, estos tienen efectivamente un núcleo esencial, que no se encuentra disponible para el legislador²⁰⁷.

El Tribunal hace suya la idea de la requirente y también lo reseñado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en su Observación General N° 14 ya citada, al decir que el derecho a la salud, en cuanto derecho de carácter social, se encuentra íntimamente ligado a otros atributos esenciales, asegurados por la Carta Fundamental, como el

²⁰⁶ Considerando Vigésimonoveno.

²⁰⁷ Considerando Trigésimo.

derecho a la vida y a la integridad física y psíquica²⁰⁸ y la relaciona más adelante con la dignidad humana, cuyo contenido trascendería todo el ordenamiento constitucional.

Utiliza a la dignidad y la libertad humana como un criterio hermenéutico, en un sentido teleológico y sostiene que:

“[S]iendo la Carta Fundamental un sistema orgánico y coherente de valores, principios y normas, todos los cuales guardan entre sí correspondencia y armonía, excluyendo cualquiera interpretación que anule o prive de eficacia a algún precepto de ella, cabe insistir en que no sólo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares, aunque sea subsidiariamente, puesto que el Código Supremo, asegura la intangibilidad de tales atributos en toda circunstancia, cualesquiera que sean los sujetos que se hallen en la necesidad de infundir vigencia efectiva a lo proclamado en sus preceptos.”²⁰⁹

²⁰⁸ Considerando Trigésimo segundo. En este considerando, recuerda una idea ya presente en la jurisprudencia del Tribunal, en relación al derecho a la salud, en cuanto sostuvo que: “El Estado debe velar, como se lo exige la Constitución, por la vida de las personas. Lo hace directamente a través del poder público para cautelarlas de acciones de terceros y reconoce el derecho a la protección de la salud conforme al artículo 19, N° 9°, con el objeto de que, en caso de enfermedades, se preserven sus vidas.” Sentencia Tribunal Constitucional N° 220-1995, considerando Noveno.

²⁰⁹ Considerando Trigésimo Cuarto.

Luego de decir todo esto, es claro que para el Tribunal Constitucional, el derecho a la salud es un derecho social, que se encuentra relacionado a otros derechos fundamentales en conjunto con la dignidad de la persona y que si bien puede no estar totalmente especificado en cuanto a concreción legislativa se refiere, tiene un núcleo esencial que, por aplicación de los artículos 6º y 7º de la Carta Fundamental, obligan tanto al sector público como a los particulares.

En relación a este último punto, el considerando trigésimo sexto es particularmente claro, puesto que en él, el Tribunal sostiene que:

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

Es decir, los privados que, en virtud del principio de subsidiariedad, ejercen actividades que se relacionan con derechos sociales, deben respetar y

promover esos derechos, tomando en cuenta su contenido esencial garantizado en la Constitución y no sólo aquello que la ley prescriba, puesto que esos derechos son una manifestación de la dignidad humana. En otras palabras, el Tribunal Constitucional reconoce que los derechos fundamentales son horizontales y que no sólo el Estado se ve en la obligación de respetarlos y garantizarlos, sino que todo aquel individuo que se encuentre en posición de hacerlo, sobre todo aquellos que actúan constantemente en el ámbito de estos mismos derechos, como en este caso, las Instituciones de Salud Previsional.

Se refuerza esta idea en el considerando trigésimo octavo, al decir que:

“[H]abiéndoles reconocido el Poder Constituyente a las Instituciones de Salud Previsional, como manifestación del principio de subsidiariedad, la facultad de intervenir en el proceso de satisfacer el derecho constitucional a la protección de la salud de sus afiliados, en los términos contemplados en el precepto respectivo, ellas deben, siempre y en todo caso, procurar que los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, en especial aquél cuya satisfacción les ha sido reconocida y está amparada por la Carta Fundamental, no sean afectados en su esencia o menoscabados por la imposición de condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio, con sujeción a lo previsto en el artículo 19, Nº 26, de la Carta Política”

Esta argumentación, es suficiente para decir que, a juicio del Tribunal, las normas que regulan el contrato de salud entre una Isapre y sus afiliados, sean de la naturaleza que sean, deben ser interpretadas y aplicadas en términos de “maximizar el disfrute real y pleno de los derechos que son consustanciales a la dignidad humana”²¹⁰, entre los cuales se cuenta, por supuesto, el derecho a la protección de la salud.

Resulta notable, entonces, que no habiendo recibido insumos argumentativos de parte de ninguno de los intervinientes, en el sentido de concebir al derecho a la protección de la salud como uno de naturaleza social, el Tribunal aborde con gran éxito los contornos de éste y las obligaciones del Estado. Esto demuestra que el Tribunal es consciente de que no se encuentra atado por las restricciones que el artículo 20 de la Carta Fundamental impone a la acción de protección y que, si bien los tribunales ordinarios no pueden declarar vulnerado este derecho a ningún recurrente – salvo en la parte de la libertad de elección del sistema de salud -, la Magistratura Constitucional debe velar por que todas las normas del Código Político sean operativas y alcancen su grado máximo de eficacia y validez.

Es en este sentido, recién señalado, que se debe entender lo expuesto por el Tribunal, cuando declara que el derecho a la protección de la salud, es la base constitucional y de orden público de todo contrato de salud, razón por la cual esta convención no puede incluir cláusulas que desconozcan o aminoren tales

²¹⁰ Considerando Trigésimo noveno.

derechos, las que, de existir, serían inválidas por ser contrarias a la Constitución²¹¹.

Llama mucho la atención la redacción del considerando cuadragésimo segundo, puesto que en él se realiza una enumeración de artículos escritos por autores tanto chilenos como extranjeros que tratan cuestiones relativas a la horizontalidad de los derechos fundamentales y a la tutela de los derechos sociales. Lo hace luego de afirmar la obligación que tienen los privados de respetar igualmente las garantías fundamentales y que la autonomía de la voluntad no puede ser una excusa para no someterse al ordenamiento constitucional. Lo particular del considerando 42º es que da la impresión de que busca ser la “caja de resonancia” de lo que ha afirmado el Tribunal hasta acá y la base de lo que dirá a continuación. Claramente se tomó consciencia de que, ya que la jurisprudencia constitucional no ofrecía precedentes sobre los cuales afirmarse y que la decisión que se iba a tomar sería muy novedosa, no sólo para el campo de la inaplicabilidad, sino que para el entendimiento de las obligaciones que los derechos imponen a los particulares, era necesario encasillar lo que se iba a decidir en lo que el “foro” había sostenido anteriormente. Esto es muy importante y refuerza el argumento que he dado en el capítulo primero, sobre la importancia que tiene la doctrina como elemento disciplinador de las decisiones de los tribunales.

²¹¹ Considerando cuadragésimo tercero.

El Tribunal determina que el contrato de salud “se erige y desenvuelve sobre una base cierta de jerarquía constitucional y de orden público”²¹² y que, por lo tanto, dicha base es irrenunciable para las partes de la convención. Las consecuencias de lo recién apuntado, son las siguientes²¹³:

A) Que la Constitución asegura a todas las personas, con certeza suma y legítima, el derecho a la protección de la salud a través de las acciones respectivas;

B) Que el Estado cautela el acceso libre e igualitario a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo;

C) Que al Estado le corresponde, además, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la protección de la salud;

D) Que es deber del Estado garantizar también la ejecución de tales acciones sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley; y

E) Que cada cotizante puede elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado.

De esto puede desprenderse que, en concepto del Tribunal Constitucional, el Estado tiene un fuerte rol de garantía que debe ejercer a través de la regulación

²¹² Considerando cuadragésimo cuarto.

²¹³ Considerando cuadragésimo quinto.

y que cada cotizante tiene siempre, la opción de elegir el sistema de salud al que acogerse, sea éste de administración estatal o privada²¹⁴.

El Tribunal, luego de resumir en los considerandos siguientes su razonamiento en el sentido de que la Institución de Salud Previsional debe incorporar en sus contratos las garantías fundamentales relacionadas con su actividad y de resumir el funcionamiento de la tabla de factores, llega al considerando sexagésimo tercero en el que determina la razón por la cual el artículo 38 ter de la Ley de Isapres es inconstitucional. Dice el mencionado considerando que:

“[E]s [...] base constitucional y de orden público del contrato de salud la [garantía] prevista en el artículo 19, N° 9, de la Carta Política, cuyo inciso final reconoce el derecho de la requirente a elegir el sistema de salud al que desea acogerse. Acorde con la idea de sistema coherente de valores, principios y preceptos ya expuesta, deviene irrefutable que todas las cláusulas del referido contrato deben orientarse a materializar el goce real y legítimo de dicho derecho, más todavía si el afiliado envejece y, a raíz de ello, sube considerablemente el factor respectivo, lo cual repercute en el mayor costo de su plan de salud. Con ello, lejos de permitir el acceso a las prestaciones correlativas, las dificulta y, en el caso extremo, cuando el afiliado, no puede seguir pagando el nuevo costo del plan, cual sucede en la

²¹⁴ Aunque dicha libertad sólo pueda ejercida en la medida en que se tengan los recursos económicos suficientes por parte del cotizante para efectivamente elegir.

causa aquí decidida, queda obligado a abandonar el sistema privado de salud que había escogido para incorporarse al equivalente público. Obviamente, el hecho descrito significa que el afectado se halla impedido de ejercer tales derechos, a pesar de estarle asegurados por la Constitución en cualquier tiempo y circunstancia.”

De lo recién citado, ciertamente se desprende con claridad que la aplicación de la norma relativa a la tabla de factores al caso de la requirente es inconstitucional, puesto que ella misma no es objetiva y permite que el plan se encarezca progresivamente, dificultando a la afiliada la permanencia en él, lo cual finalmente vulnera su derecho a elegir su sistema de salud. Pero también es posible inferir del párrafo recién mencionado, que el hecho mismo de que el plan se vaya encareciendo con el tiempo vulnera el derecho a la protección de la salud de los afiliados, puesto que a medida que una persona va envejeciendo y llegando a sus últimos años de vida, la posibilidad de obtener recursos se va limitando, en conjunto con el deterioro de su salud, por lo que se ve cada vez más en la imposibilidad de pagar su plan de salud y, junto con ello, de acceder a las prestaciones a las que tiene derecho, en virtud de la elección que hizo en algún momento. Es decir, el derecho a elegir el sistema de salud, no puede estar sometido a las contingencias económicas y los nuevos estados de necesidad de la vida del afiliado.

Finalmente, se acoge el requerimiento y se declara la inaplicabilidad de la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la Ley de Isapres, incorporado en el contrato de salud de la requirente.

Existen dos votos disidentes. El primero, de los ministros Colombo Campbell, Bertelsen Repetto y Correa Sutil, y el segundo del Ministro Navarro Beltrán, al que haré referencia, por dedicarse sólo a aspectos procedimentales para su rechazo.

Con respecto al primero de los votos de minoría, valga resumir su postura en que para los Ministros disidentes es perfectamente legítimo que las Isapres puedan subir el precio de los planes. Es más, aseguran que estas instituciones tienen un derecho en su favor para poder realizar esta acción. Muestra una muy fuerte deferencia al legislador, que raya en un abandono de sus competencias, al decir que el hecho de que la ley permita el aumento unilateral de los planes no constituya una vulneración del derecho a la salud y a la igualdad de la recurrente. Ciertamente este voto disidente carece de todo el trasfondo de derechos sociales que acompañó al resto de la sentencia, puesto que en el décimo párrafo de su argumentación, estos Ministros sostienen que “los derechos a elegir que la Constitución asegura no conllevan la garantía de que el precio esté al alcance de todos”. Este argumento denota un débil compromiso con los derechos sociales y un fuerte concepto de libertad negativa, como fuera entendida por los redactores de la Constitución.

La crítica a este voto dice relación con la incapacidad de sus autores de entender la naturaleza social del derecho a la salud y no sólo el aspecto de libertad que se encierra en el inciso final del artículo 19 N° 9° de la Constitución, puesto que fue ello lo que permitió al voto mayoritario declarar la inconstitucionalidad del precepto legal y, finalmente, impedir que la tabla de factores del artículo 38 ter de la Ley de Isapres se aplicara al caso de la requirente.

ii. La declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres.

Con fecha 27 de abril del año 2010, el Tribunal Constitucional, en el ejercicio de la atribución conferida por el artículo 93 N° 7 de la Carta Fundamental, inicia de oficio un procedimiento para examinar la constitucionalidad del ya citado artículo 38 ter de la Ley de Isapres. Lo hace, luego de haber declarado su inaplicabilidad en las sentencias rol 976-2007, 1218-2008, 1273-2008 y 1287-2008.

En este proceso intervinieron diversos actores, entre los que podemos mencionar al Presidente de la República, diversas Isapres (Consalud, Banmédica, Vida Tres, Cruz Blanca, entre otras), miembros de la sociedad civil, entre los que se pueden contar algunos diputados, profesores de derecho, entre otros.

De los argumentos dados por el Presidente de la República, en orden a declarar que la norma objeto de la revisión es plenamente constitucional, cabe destacar

algunos referidos a la pertinencia de la declaración de inconstitucionalidad, lo relativo al derecho a la salud y a la seguridad social.

En relación a lo primero, el Ejecutivo sostiene que no se dan los requisitos para que el Tribunal ejerza su atribución para declarar la inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres. Lo anterior, por cuanto siguiendo los criterios dados por el Tribunal Constitucional Alemán al respecto, en este caso, cabría sostener la constitucionalidad de la norma en cuestión, por cuanto con ello se evita la creación de un vacío normativo; la sentencia puede incidir en la “libertad de configuración normativa (*Gestaltungsfreiheit*) que corresponde al legislador”; la declaración de nulidad no es necesaria puesto que se trata de corregir una omisión parcial del legislador; la declaración de nulidad de la ley no alcanza a cubrir la finalidad perseguida por la sentencia; y, la declaración de nulidad no puede eliminar el perjuicio que justamente se trata de evitar²¹⁵.

Luego de hacer un resumen de la tramitación de la normativa que incorporó el artículo objeto del procedimiento a la Ley de Isapres, concluye que éste recoge una idea de justicia en el sentido de que es conocida de antemano la reestructuración tarifaria que puede afectar a estos contratos, es decir, el afiliado sabe desde el principio de qué manera subirán los precios de los planes. Es por esa razón, según indica más adelante el argumento del Ejecutivo, que los planes de salud serían, en definitiva, contratos de seguros frente a determinados riesgos, los cuales aumentan de manera objetiva según

²¹⁵ Del resumen que realiza la sentencia de las alegaciones del Presidente de la República.

el afiliado va envejeciendo y por ello, considerando que el sistema no cuenta con un sistema de subvenciones estatales, es que se vuelve necesario que existan mecanismos de ajustes de precios que hagan viable el sistema. De lo anterior, se colige que para el Presidente de la República el sistema privado de salud debe ser totalmente separado del público, en el sentido de que no deben existir subsidios que permitan que los riesgos crecientes que presenta cada afiliado sean morigerados en términos económicos por una acción directa del Estado.

Antes de referirnos a los argumentos del gobierno en relación al porqué el artículo 38 ter de la Ley de Isapres no sería inconstitucional, revisaré la estructura que determina el precio de un plan.

La cotización que los afiliados pagan por su plan de salud está compuesta por:

- a) Precio base, que es el mismo para todos los adscritos a un determinado plan y que la Institución de Salud Previsional puede adecuar o modificar una vez al año, en las condiciones que establecen los artículos 197 y 198 del D.F.L. N° 1, de Salud, de 2005;
- b) Factor etario, que se aplica respecto de los tramos etarios determinados en cada Tabla de Factores incorporada a los planes de salud según se trate del titular del contrato o de los beneficiarios, masculinos y femeninos. Estos factores se modifican automáticamente cuando un miembro del grupo familiar cumple una edad determinada que lo haga cambiar de tramo, pero dicha variación debe ser informada

anticipadamente por la Isapre, con tres meses de anticipación al vencimiento de la anualidad contractual;

c) Garantías Explícitas de Salud –GES-, que se derivan del plan Auge y corresponden a las prestaciones básicas uniformes que el Estado garantiza a toda la población sin distinción por sexo o edad y cuyo precio está fijado conforme a lo establecido en la Ley N° 19.966.

Es decir, la fórmula que determina el precio del plan de salud de un afiliado es la siguiente:

$$Cot = (Pb \times Tf) + GES$$

Donde “Cot” es el precio de la cotización “Pb” el precio base, “Tf” la tabla de factores y “GES”, las prestaciones de garantías explícitas de salud que debe pagar el afiliado.

Entonces, los elementos de precio base y GES pueden mantenerse uniformes durante todo el tiempo del plan, pero la tabla de factores ciertamente irá aumentando durante el tiempo de vida del afiliado, lo que necesariamente irá encareciendo su plan a medida que vaya envejeciendo.

Por esto es que no es extraño que el Presidente de la República sostenga que la tabla de factores no vulnera el derecho a la protección de la salud, puesto que en su concepto el único deber estatal en relación a este derecho, consiste en facilitar a las personas hacer uso de las acciones de salud sin discriminaciones ni condiciones, salvo las derivadas de la salud pública e individual. Sostiene además, que no existe el derecho a incorporarse, a

permanecer o a mantenerse dentro de una determinada entidad de salud - tal como lo expresó el voto disidente de los Ministros Correa Sutil, Colombo Campbell y Bertelsen Repetto para la sentencia revisada anteriormente – agregando, además, que el libre e igualitario acceso a las prestaciones de salud no guardaría relación con un derecho de contratación o afiliación o a una determinada institución.

Lo que es verdaderamente importante para el Ejecutivo, es que el Estado debe garantizar un nivel mínimo de prestaciones de salud, derivado de la integridad física y psíquica de las personas y, a partir de eso, surge un derecho subjetivo para optar sin apremios, presiones, restricciones o tributos infundados entre el sistema público y el privado, entre las diversas instituciones existentes y entre los diferentes planes y programas de acciones, debiendo existir siempre variedad de alternativas.

Como es posible de apreciar, el gobierno del Presidente Sebastián Piñera Echeñique, argumenta respecto a los Derechos Sociales, bajo la filosofía de la libertad negativa, que en el capítulo tercero fue objeto de críticas doctrinarias. Como se argumentó en su momento, no es posible sostener que exista una libertad si no es posible alcanzar las condiciones que permitirían efectivamente ejercer dicha libertad. En otras palabras, la libertad de elegir el sistema de salud, sólo va a existir en la medida que el afiliado tenga el dinero para acceder a ella. Si no, sólo podrá acceder a los “niveles mínimos” que existen para garantizar su integridad física y psíquica.

En relación al derecho a la seguridad social, sostiene el Jefe de Estado que el Tribunal Constitucional no tiene atribuciones para calificar una política legislativa y el *quantum* de las prestaciones sociales sólo puede ser definido por los poderes colegisladores.

Finalmente, el Presidente afirma que el precepto cuestionado puede interpretarse de conformidad con la Constitución al permitir que el mayor cobro se refiera a los afiliados entre 30 y 50 años de edad, haciendo disminuir la carga a la tercera edad.

Pasaré inmediatamente a revisar los argumentos del Tribunal en el ámbito del derecho a la salud y haré una breve referencia a lo dicho respecto al derecho a la seguridad social y la forma en que éste se aplica a éste caso. Pero antes es necesario analizar la forma en que el Tribunal refuta el argumento referido a los efectos perniciosos de una sentencia que elimine, como lo hizo, la norma de la tabla de factores del sistema jurídico nacional, puesto que sostuvo en el considerando cuadragésimo cuarto de su sentencia, que:

“[E]s posible, [...] que las decisiones del Tribunal Constitucional tengan un impacto político o económico, o social, o cultural inevitable, lo que no significa que tales decisiones hayan sido políticas o económicas o culturales. Las decisiones del Tribunal Constitucional son todas estrictamente jurídicas, sin perjuicio de la naturaleza del impacto que produzcan, sea político, económico, social o cultural. Visto el problema desde otra

perspectiva, al adoptar una decisión el Tribunal puede tener plena conciencia del impacto extrajurídico que puede producir, pero tal convicción no puede inhibirlo de resolver el asunto que ha reclamado su intervención, sea que actúe de oficio o a requerimiento de persona u órgano legitimado”

Es decir, el Tribunal es consciente de que sus decisiones pueden tener consecuencias políticas, pero reafirma su independencia de estos criterios políticos y de los efectos que puedan tener sus sentencias. Al final del día, si una norma es claramente contraria a la Constitución, no hay ningún efecto positivo que pueda contrarrestar su absoluta falta de juridicidad.

Posteriormente, luego de hacer una síntesis de la historia de la tabla de factores, el Tribunal concluye en el considerando septuagésimo quinto, que la evolución legislativa da cuenta de un tránsito desde la prohibición expresa de la discriminación entre hombres y mujeres, mayores y menores, como factor determinante del precio, a una permisividad absoluta y, en consecuencia al respaldo a la discriminación basada en el sexo y la edad, con lo cual – claramente – se adelanta el juicio del Tribunal en orden a que considera que la ya tantas veces mencionada tabla de factores vulnera el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres.

No es novedosa la argumentación del Tribunal en torno al derecho a la protección de la salud, puesto que la mayor parte de lo que importa para esta cuestión fue dicha en las sentencias que sirvieron de base a esta declaración

de inconstitucionalidad. Pero en este razonamiento, se sistematizan los deberes del Estado en torno a esta garantía, señalando que no es efectivo que el Estado deba replegarse para dejar que los privados actúen en este ámbito, sino que, dado que tiene el deber “preferente” de garantizar el derecho, deben ser los privados quienes actúen subsidiariamente²¹⁶.

En relación a la forma de configurar esta garantía, el Tribunal sostiene que el deber preferente de garantía, puede ser ejecutado a través de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, o la que corresponde a los organismos reguladores de acuerdo a las formas y condiciones establecidas en la ley²¹⁷. Es decir, no es absolutamente necesario que toda la regulación sobre este derecho sea a través de iniciativas legales, sino que también es posible reglar mediante decreto supremo u otras alternativas a la mano de los organismos de regulación sectorial, lo necesario para garantizar el ejercicio del deber preferente del Estado de satisfacer la garantía de protección de la salud. Ciertamente, uno de los argumentos más contundentes para declarar la inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, se encuentra en lo relativo a la apreciación de dicha norma a la luz del derecho a la seguridad social, el que si bien fue revisado en todo el capítulo anterior, debe volver a relevarse.

En primer lugar, se hace referencia a la forma en que este derecho fue introducido en nuestro actual orden constitucional, llamando la atención sobre el

²¹⁶ Considerando Centésimo Vigésimo Primero.

²¹⁷ Considerando Centésimo Vigésimo Tercero.

contenido del decreto ley N° 1552, que puso en vigencia el Acta Constitucional N° 3, que estableció los principios que informan el derecho a la seguridad social. La norma relativa a este derecho decía que:

“Artículo 1º.- Los hombres nacen libres e iguales en dignidad.

Esta Acta Constitucional asegura a todas las personas:

[...]

21.- El derecho a la seguridad social.

Corresponde al Estado formular la política nacional de seguridad social, controlar el funcionamiento del sistema y asegurar el derecho preferente de los afiliados a efectuar su operación.

La ley establecerá un sistema de seguridad social que satisfaga de modo **uniforme, solidario y suficiente** los estados de necesidad individuales y familiares producidos por cualquier contingencia y, especialmente, por los de maternidad, vejez, muerte, accidente, enfermedad, invalidez, cargas familiares y desempleo, mediante las correspondientes prestaciones preventivas, reparadoras y recuperadoras”²¹⁸

Es decir, la dictadura cívico militar que gobernó Chile durante 17 años, fue consciente en algún momento – aunque fuera sólo en el plano de las declaraciones – de la necesidad de garantizar un derecho a la seguridad social,

²¹⁸ El destacado es mío.

que garantizara de modo uniforme, solidario y suficiente las necesidades de protección social de los distintos individuos.

Si bien dichos principios no fueron incluidos en la redacción del actual texto constitucional, el propio Tribunal sostiene que ello no tiene relevancia, pues ellos configuran la esencia de aquel derecho, de modo que se entienden siempre absorbidos en él, puesto que de lo contrario, carecería de importancia²¹⁹.

Luego de esto, el Tribunal reafirma la vinculación estrecha entre el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social que se ve manifestada en los propósitos de los sistemas de seguridad social, que son los de asegurar a sus beneficiarios “condiciones de vida ante la ocurrencia de riesgos como la desocupación, la vejez, la incapacidad, entre otros, que les impiden a quienes los experimentan obtener, mediante el trabajo, los medios indispensables para su subsistencia o la de su grupo familiar”²²⁰

Es decir, la consideración de la edad es una de las condiciones que se deben tener en cuenta para determinar la cuantificación de los beneficios que una persona debe percibir, como parte de su derecho a la seguridad social, por lo que si la ley ayuda a establecer que a medida que las personas vayan envejeciendo se vaya encareciendo el costo de su atención de salud,

²¹⁹ Considerando Centésimo Trigésimo. La misma idea se puede encontrar en la Sentencia Tribunal Constitucional Rol 1228-2008, en su considerando 30º.

²²⁰ Considerando Centésimo Trigésimo Sexto

ciertamente dicha norma no cumple con los objetivos que supone el derecho a la seguridad social.

Por lo tanto, en palabras del propio Tribunal:

“[E]l contrato que celebra un afiliado con una determinada Isapre no equivale a un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad, pues opera en relación con uno garantizado constitucionalmente a las personas en el marco de la seguridad social y en que la entidad privada que otorga el seguro, tiene asegurada, por ley, una cotización, o sea, un ingreso garantizado. Así, las normas que regulan esta relación jurídica son de orden público.”²²¹

Es decir, no cabe admitir el argumento del Presidente de la República, en orden a tratar a este contrato de salud como una mera tasación previa de riesgos, propia de los contratos de seguro y, lo que cabe entonces, es que este se desenvuelva en la vida jurídica respetando los principios relativos a la protección de la salud y la seguridad social.

Finalmente, el Tribunal resuelve, que los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, de la Ley de Isapres, son inconstitucionales.

De los votos disidentes, quisiera destacar el de la ministra Marisol Peña que se afirma en la falta de necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma, puesto que el examen *in abstracto* del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, en

²²¹ Considerando Centésimo Quincuagésimo Cuarto.

relación a los preceptos constitucionales ya citados, no alcanza para obtener el grado de convicción necesario para descartar la norma.

La ministra Peña sostiene que, sin perjuicio de que en algunos casos la introducción del factor sexo y edad para determinar el costo del plan de salud, puede producir efectos contrarios a la Constitución, ello no tiene por qué ser siempre así, por lo que no tiene sentido declarar la inconstitucionalidad *erga omnes* del precepto legal.

Si bien su voto se afirma en otras cuestiones, esto es lo principal a tener en cuenta a la hora de analizarlo y el principal motivo de las críticas que se le pueden formular. La sentencia del voto de mayoría es consistente en señalar que la tabla de factores no cumple los requisitos de la seguridad social, puesto que no coopera en la protección de las personas a lo largo de su vida, incentivándolas – o más bien forzándolas – a abandonar el sistema a medida que van envejeciendo. Lo que no ve el voto de la ministra Peña, es que independientemente del hecho de que en un tramo bastante corto de la vida, la tabla de factores tiende a bajar el precio del plan. El resto de la tabla de factores se aplicará necesariamente a todas las personas –a menos que mueran antes de cumplir los 25 años de edad – y que la diferencia entre hombres y mujeres, es brutal y totalmente discriminatoria. Es clara entonces, la poca densidad argumentativa del voto de minoría, ya que es un hecho notorio que al haber tasas de reemplazo bajas en las pensiones y costos altos en salud, tal y como es el sustento de la tabla de factores, impide el acceso a un derecho

constitucionalmente establecido. Asimismo, legitima una discriminación de género, olvidando la función de acción afirmativa que la ley debe asumir en esos casos. Lejos de eso, la ley profundiza la discriminación. En otras palabras, el razonamiento del voto falla al relacionar los derechos a la igualdad, salud y seguridad social en esta materia.

Conclusiones

En los tres primeros capítulos de este trabajo, he preparado el marco teórico del mismo, resumiendo aquellas ideas funcionales a esta memoria sobre la Teoría de la Interpretación Constitucional, exponiendo las ideas que se debatieron en la reforma constitucional de 2005, especialmente en lo relativo a la composición y funciones del Tribunal Constitucional, y, finalmente, traté los aspectos más relevantes de la idea de derechos sociales, su función y las características que permiten su justiciabilidad. Esto lo hice para demostrar cómo el Tribunal Constitucional se ha transformado en aquel órgano republicano que, de acuerdo a la función institucional que le otorgó la reforma constitucional de 2005, se encuentra en la mejor posición para otorgar contenido a los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en la Constitución, de forma tal que pueda definir las obligaciones de todos los poderes del Estado en lo que se refiere al aseguramiento de estas garantías.

Para entender esto, era necesario hacer la reconstrucción teórica de los sustentos de esta tesis. En el primer capítulo, he señalado la naturaleza esencialmente controvertible de las normas de la parte sustantiva de la Constitución, en general, y de aquellas que consagran derechos fundamentales, en particular. Luego, revisé las formas en las cuales se puede acceder a niveles mayores de seguridad jurídica y la manera en que sería posible garantizar la objetividad del adjudicador. Finalmente, pasé revista a algunos de los criterios hermenéuticos más claros vistos en la jurisprudencia del Tribunal

Constitucional. Todo lo anterior tuvo como finalidad demostrar que es posible la adjudicación constitucional, si es que se ponen límites a la actividad del juez y sobre todo, si se establecen reglas de disciplina que recuerden a los jueces sus deberes en la fundamentación de sus sentencias. En ese sentido, el recurso a los precedentes y a la doctrina constitucional, son elementos que se encuentran a disposición del Tribunal y que deben ser utilizados, puesto que son conocidos por todos – al menos por toda la comunidad legal o cultura jurídica interna – y permiten predecir, con un cierto grado de certeza, qué es lo que finalmente dirá el adjudicador.

En el segundo capítulo, revisamos la discusión parlamentaria durante la tramitación de la ley de reforma constitucional de 2005, y se plantearon cuestiones fundamentales para el entendimiento del Tribunal Constitucional como máximo órgano adjudicador del sistema jurídico nacional.

En lo relativo a sustraer del conocimiento de la Corte Suprema la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, se aprecia que, no obstante la intención de varios de los miembros del Supremo Tribunal en orden a mantener bajo su competencia esta, tanto en el Senado como en la Cámara de Diputados, primó el criterio que concentraba el conocimiento de las acciones de ineficacia de un precepto legal en el Tribunal Constitucional. Desde el punto de vista hermenéutico y teniendo a la seguridad jurídica como fin a perseguir por el Derecho, esta parece haber sido una decisión acertada, ya que no se vislumbra de qué forma podrían haber convivido en el Derecho Procesal Constitucional,

dos acciones de ineficacia de una norma jurídica radicadas en dos órganos diferentes. Como se verá, los criterios de interpretación del Tribunal Constitucional son diferentes a los de la Corte Suprema y ello hubiera significado que los ciudadanos se hubieran visto enfrentados a amplios grados de incertidumbre respecto de cuál iba a ser el criterio que primaría respecto de la vigencia de un determinado precepto legal.

Por otro lado, en lo relativo a la posición institucional del Tribunal, es posible apreciar un temor inicial, principalmente de algunos senadores, de entregarle al Constitucional las competencias que tiene actualmente. En ese sentido, el temor nos parece justificado sólo en parte. En la medida en que no se establezcan mecanismos de control de la actividad del Tribunal y si es que sus miembros respondieran directamente a los órganos que los eligieron, éste se transformaría en una mera reproducción a pequeña escala del debate político y, claramente esa no es la finalidad perseguida con sus modificaciones. Por ello la preocupación es injustificada, puesto que se han establecido métodos claros de integración de los jueces, en que todos los Poderes del Estado participan proporcionalmente de acuerdo a su representatividad e importancia. Ese temor, se vuelve menos importante luego del veto presidencial que diferenció los procesos de las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad y, lo que es más importante, eliminó el criterio por el cual se requerían tres sentencias previas para poder declarar un precepto inconstitucional, estableciendo ya no la

obligación, sino que la facultad del Tribunal de declarar la inconstitucionalidad de una norma y, en definitiva, expulsarla del sistema jurídico.

De esta manera, se ha configurado un estado de cosas en que el Tribunal Constitucional ha llenado un espacio en nuestro sistema jurídico que lo posiciona como el único órgano adjudicador que puede hacer una interpretación final y obligatoria de la Constitución, dirigida no sólo a los poderes públicos, sino que a todos los ciudadanos de la República.

Así entonces, pasamos de un sistema desconcentrado de control constitucional, a uno concentrado, en que la revisión judicial de las leyes, ha sido plenamente aceptada.

En el tercer capítulo, revisé la estructura de los derechos sociales, la justificación de su rol desde el punto de vista de la igualdad y los avances que ha experimentado la doctrina chilena, la que ha transitado desde la negación de su valor de derechos, a integrarlos a una interpretación constitucional razonada, teleológica y finalista.

Concluí que la estructura de los derechos sociales no difiere sustancialmente de la de los derechos civiles y políticos, en cuanto ambas categorías imponen al Estado obligaciones de carácter positivo y negativo, en la forma que planteó van Hoof. Desde esa perspectiva, entonces, es razonable que si se le entrega la justiciabilidad de los derechos civiles a los tribunales de justicia, ocurra lo mismo con los derechos sociales. Pero no se ha llegado a ese convencimiento aún. Como señala Alexy, los derechos económicos, sociales y culturales se

enmarcan en derechos a prestaciones, y cierto es que la cara más visible de esta clase de derechos es la de la prestación, o sea, la que implica una acción del Estado, en orden a garantizar su goce.

Por otra parte, y en lo que se refiere al rol de los derechos sociales, sostuve que ellos son la forma en que se garantiza la plena igualdad entre los individuos, en el sentido de que su reconocimiento y garantía permite a cada persona llevar adelante el plan de lo que considera mejor para su vida, sin importar sus ingresos o el lugar dónde nació.

Por esas razones considero que, en nuestro ordenamiento institucional, es el Tribunal Constitucional el órgano que tiene la llave para asegurar los dos fines que he mencionado. En primer lugar, si bien sus sentencias de inaplicabilidad sólo pueden aplicarse al caso concreto, el hecho de que al declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal en una gestión determinada, se abra la posibilidad de ejercer la facultad del artículo 93 N° 7 de la Constitución, permite a cualquiera acudir ante él, y obtener una sentencia que tendrá efectos *erga omnes*. Además, como se demostró en la segunda parte de esta memoria, el propio Tribunal ha ido tomando más en serio su rol como intérprete de la Constitución y efectúa, al menos en lo referido a derechos sociales, análisis cada vez más densos y profundos, usando reglas de interpretación distintas a las del Código Civil y abandonando cada vez más el recurso al originalismo y al literalismo.

Este fue el marco teórico que sirvió de sustento para el análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional, relativas a derechos económicos, sociales y culturales del período en estudio.

En lo relativo al derecho a la educación, fue posible ver cómo se han interpretado los diferentes incisos del artículo 19 N° 10 de la Constitución y cómo se han avalado las políticas educacionales impulsadas por los gobiernos y refrendadas por el Poder Legislativo, entendiendo que son dichos órganos los más preparados para definir las políticas públicas en materia de enseñanza, las cuales sólo podrán ser objetadas por el Tribunal cuando, después de realizado un ejercicio de ponderación se determine la falta de proporcionalidad y por ende la inconstitucionalidad de la medida, se llegue a concluir la incompatibilidad con la Carta Política. En ese sentido, la sentencia rol 1361-09, sobre Ley General de Educación, puede ser considerada como una buena muestra de cómo el Tribunal Constitucional usa criterios interpretativos, como el recurso al tenor literal de las disposiciones, de manera correcta y además, lo que no es menor, recurrir al juicio de ponderación para evaluar la proporcionalidad de las medidas, dándole contenido al derecho a la educación. El Tribunal sostuvo que éste comprende no sólo igualdad en el acceso, sino que también igualdad en la calidad, la que se logra mediante medidas como la nueva distribución de los cursos de la educación media que implica una mayor preparación de los docentes que se harán cargo de impartir enseñanza. De esa manera, y dada la obligación de progresividad del Estado en materia de derechos económicos,

sociales y culturales, no se puede volver atrás en el compromiso asumido por ésta ley y en adelante sólo corresponde introducir mecanismos que profundicen aún más las reformas tendientes a equiparar las aptitudes que tienen los estudiantes al terminar su educación formal.

A diferencia de lo que se vio con respecto al derecho a la educación, con respecto al derecho a la seguridad social se ha levantado más polémica en la jurisprudencia constitucional, al punto de que en una de las sentencias se produjo un empate entre las dos opiniones respecto a la legitimidad de los plazos como límites al ejercicio de éste derecho. Lo mismo cabe decir respecto del derecho a la salud.

Como apunté anteriormente, si bien es posible estar de acuerdo con la forma en que el Tribunal analiza los elementos de la seguridad social y determina límites a su ejercicio que considera legítimos, no se puede decir lo mismo de las decisiones finales que tomó en la sentencia recaída en el rol 1182 - 2008 y en las otras dos idénticas a ella, puesto que en ese caso era claro, como lo dejó establecido el voto del ministro Venegas, que la aplicación del plazo a la obtención del beneficio buscado en esa causa era completamente inconstitucional.

A lo largo de esta memoria ha sido posible verificar correctamente la tesis que se planteara en la introducción. El Tribunal Constitucional ha entendido correctamente, al menos en lo que se refiere a los derechos sociales estudiados en estas páginas, el rol que le corresponde como intérprete final de la

Constitución. Parafraseando a Habermas, el Tribunal ha actuado en el sentido de unificar y hacer más coherente el derecho²²², estableciendo estándares mínimos de cumplimiento de normas que son de contenido esencialmente controvertido y manteniendo un diálogo con los demás poderes del Estado, en orden a determinar las obligaciones que emanan de los derechos sociales garantizados por la Carta Fundamental. Esto es también coherente con la concepción de Dworkin de la definición de los derechos, en cuanto señala que es parte de la tarea de gobernar, la de definir los derechos morales mediante leyes y decisiones judiciales, es decir, la de declarar oficialmente la extensión que asignará el derecho a las garantías fundamentales²²³. Esto sólo ha sido posible, gracias a la existencia del deber de fundamentación de las sentencias y a que, hasta ahora, el Tribunal se ha sujetado a su propia jurisprudencia.

Con todo lo anterior, ha quedado demostrado que la jurisdicción constitucional ha creado las condiciones para que se extienda el goce de los derechos sociales estudiados, sólo queda que los poderes del Estado a quienes van dirigidas, por lo general, decisiones del Tribunal Constitucional como las estudiadas, tomen en serio su rol e implementen las políticas legislativas y administrativas para asegurar el goce de los derechos económicos, sociales y culturales.

²²² HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Editorial Trotta, 4ª edición, 2005, p. 313.

²²³ DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Editorial Ariel, 1ª edición, 1995, p.293.

Bibliografía

1. ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. La Fundamentación de las Sentencias: ¿Un Rasgo Distintivo de la Judicatura Moderna? *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. XV, Diciembre de 2003.
2. ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. Los Afanes de la Teoría de la Interpretación Constitucional. *Derecho y Humanidades*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, N° 12, 2006.
3. ACATTINO SCAGLIOTTI, Daniela. La interpretación de los Derechos Fundamentales y la Seguridad Jurídica. Una Mirada a la Práctica Constitucional Chilena. En BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (cood). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Santiago, Legal Publishing Chile, 3° Edición, 2009.
4. ALDUNATE LIZANA, Eduardo. Categorías para el Análisis de la Argumentación Jurídica del Tribunal Constitucional. Los Argumentos sobre la Base del Tenor Literal y la Interpretación Armónica. *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial, 1998.

5. ALEXY, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
6. ALEXY, Robert., Teoría de los Derechos Fundamentales. Traducción al español de Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
7. ATRIA LEMAITRE, Fernando. Seguridad Jurídica y Derechos Fundamentales: Sobre Predictibilidad y Autogobierno. En Bordalí Salamanca, Andrés (coord.). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Santiago, Legal Publishing Chile, 3° Edición, 2009.
8. BERLIN, Isaiah. Dos conceptos de libertad. *Libertad y necesidad en la historia*, trad. de Julio Bayón, Madrid, Ediciones de la Revista de Occidente, 1981.
9. CALSAMIGLIA, Alberto. Introducción a la Ciencia Jurídica. Barcelona, Editorial Ariel, 1988.
10. CANÇADO TRINDADE, Antonio A. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001.

11. CEA EGAÑA, José Luis. La Seguridad Jurídica como Finalidad en la Interpretación por el Juez Constitucional. Ponencia expuesta en el Encuentro de Trabajo sobre el Proceso Justo, entre el Tribunal Constitucional de Chile y la Corte Constitucional Italiana. Santiago, Tribunal Constitucional de Chile, 2003.
12. CEA EGAÑA, José Luis. Derecho Constitucional Chileno, tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004.
13. CELIS DANZINGER, Gabriel. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Interpretación Constitucional Chilena. *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, Santiago, Universidad de Chile, N° 1, año 2007.
14. CONTRERAS PELÁEZ, Francisco. Derechos Sociales: Teoría e ideología. Madrid, Tecnos, 1994.
15. COURTIS, Christian. [En línea] Los Derechos Sociales Como Derechos. Disponible en <http://www.campanaderechoeducacion.org/justiciabilidad/docu.docu.php>, Visitado el 18 de abril de 2013.

16. COURTIS, Christian y ABRAMOVICH, Víctor. Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles. Madrid, Editorial Trotta, 2002.
17. DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Editorial Ariel, 1ª edición, 1995
18. FERRAJOLI, Luigi. La igualdad y sus garantías, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Traducción de Isabel M. Giménez Sánchez, 2009, Nº 13.
19. FISS, Owen. Objetividad e Interpretación. Traducción de José Manuel Simián. *Revista Derecho y Humanidades*, Nº 13, 2003.
20. FULLER, Lon. The Moralty of Law. Yale University Press, 1969.
21. HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Editorial Trotta, 4ª edición, 2005
22. HAYEK, F. V. "Derecho, legislación y libertad", ("El espejismo de la justicia social"), Madrid, Unión Editorial, Vol. 2, Cap. 9, 1979.
23. HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. "El derecho a la protección de la salud". En: AGUILAR CARVALLO, Gonzalo (Cood.) Derechos Económicos, Sociales y

Culturales en el Orden Constitucional Chileno. Santiago, Editorial Librotecnia, 2012.

24. HUMERES MAGNAN, Héctor y HUMERES NOGUER, Héctor. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.

25. IGLESIAS VILA, Marisa. Los conceptos esencialmente controvertidos en la Interpretación Constitucional. *Doxa*, N° 23, 2000.

26. KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional). En: RUIZ MANERO, J. (ed.), *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988.

27. KELSEN, Hans. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Madrid, Tecnos, 1995.

28. KREIDE, Regine. La pobreza y las violaciones a los derechos humanos. *Coherencia*, Vol. 3, No. 2, Julio – Diciembre 2005.

29. MILLAS, Jorge. Filosofía del Derecho, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2012.

30. LAPOSTA, Francisco. Los Derechos Sociales y su Protección Jurídica. Introducción al Problema. En: BETEGÓN, Jeronimo *et. al.* (Coord.), *Constitución y Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
31. MCKEAN, Warwick. Equality and Discrimination under International Law. Traducción del capítulo a cargo de Patricia Palacios Zuloaga. Capítulo XV, Clarendon Press, Oxford University Press, 1983.
32. MERRYMAN, John H. Sistemas Legales en América Latina y Europa. Tradición y Modernidad. Traducción de Eduardo L. Suárez. Santiago, Fondo de Cultura Económica, 1995.
33. NIKKEN, Pedro. El concepto de derechos humanos. *Estudios de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, IIDH, Cap. II, párr. 2, 1994.
34. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El derecho a la educación y sus regulaciones básicas en el Derecho Constitucional chileno e Internacional de los Derechos Humanos. *Ius et Praxis*, año 14, Nº 2, 2008.

35. NOGUIERA ALCALÁ, Humberto. Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Los Derechos Sociales Fundamentales. Santiago, Editorial Librotecnia, Tomo III, 2009.
36. PACHECO GÓMEZ, Máximo. Teoría del Derecho. 5º Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
37. PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. 7ª Edición, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2005.
38. PFEFFER URQUIAGA, Emilio, Reformas Constitucionales 2005. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
39. RAWLS, John. El derecho de gentes y una idea de razón pública. Barcelona, Editorial Paidós, 2001.
40. ROJAS, Gonzalo et al (ed.). Derecho Político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1996.

41. RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. Una dogmática general para los Derechos Fundamentales en Chile, *Revista de Derecho Público*, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2001.
42. RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. Un proyecto Constitucional para la generación del bicentenario: Igualdad y Derechos Sociales y Económicos en Chile. En *Derecho y Humanidades*, N° 15, 2009.
43. RUIZ-TAGLE, Pablo y CRISTI, Renato. La República en Chile. Santiago, LOM Ediciones, 2006.
44. SEN, Amartya. Capacidad y Bienestar. En: NUSSBAUM, Martha y SEN, Amartya (comp.), *La Calidad de Vida*. 1ª edición en español, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
45. SQUELLA NARDUCCI, Agustín. El derecho a la salud como uno de los derechos fundamentales de las personas, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 23, 2005.
46. VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio. Criterios de Hermenéutica Constitucional Aplicados por el Tribunal Constitucional. Santiago, Tribunal Constitucional de Chile, 2005.

47. VAN HOOFF, Godefridus. The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views. En ALSTON, P. y TOMASEVSKI, K. (Eds.), *The Right to Food*, Utrecht, 1984.

48. VEGA GÓMEZ, Juan. Seguridad Jurídica e Interpretación Constitucional. En: VEGA GÓMEZ, Juan y CORZO SOSA, Edgar (cood.) *Tribunales y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 2002.

49. WRÓBLEZKY, JERZY. Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica. Traducción de Arantxa Azurza. Madrid, Civitas Ediciones S.L., 1985.

50. ZAPATA LARRAÍN, Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

- **Documentos de Organizaciones Internacionales.**

1. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 13, El Derecho a la Educación (artículo 13 del Pacto). 8 de diciembre de 1999, E/C.12/1999/10, párr. 1.

2. Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Observación General N° 14, “Cuestiones Sustantivas que se Plantean en la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, 22º período de sesiones, E/C.12/2000/4, párr. 1.
3. United Nations. Final Act of the International Conference on Human Rights. ONU doc. A/CONF.32/41 de 1968.

- **Jurisprudencia.**

- **Nacional**

1. Sentencia Tribunal Constitucional Rol 33-1985
2. Sentencia Tribunal Constitucional Rol 67-1989
3. Sentencia Tribunal Constitucional Rol 102-1990
4. Sentencia Tribunal Constitucional Rol 220-1995
5. Sentencia Tribunal Constitucional Rol 236-1996
6. Sentencia Tribunal Constitucional Rol 309-2000
7. Sentencia Tribunal Constitucional Rol 325-2001
8. Sentencia Tribunal Constitucional Rol 465-2006
9. Sentencia Tribunal Constitucional Rol 740-2007
10. Sentencia Tribunal Constitucional Rol 771-2007
11. Sentencia Tribunal Constitucional Rol 790-2007

12. Sentencia Tribunal Constitucional Rol 976-2007
13. Sentencia Tribunal Constitucional Rol 1182-2008
14. Sentencia Tribunal Constitucional Rol 1193-2008
15. Sentencia Tribunal Constitucional Rol 1201-2008
16. Sentencia Tribunal Constitucional Rol 1218-2008
17. Sentencia Tribunal Constitucional Rol 1228-2008
18. Sentencia Tribunal Constitucional Rol 1260-2008
19. Sentencia Tribunal Constitucional Rol 1273-2008
20. Sentencia Tribunal Constitucional Rol 1287-2008
21. Sentencia Tribunal Constitucional Rol 1361-2009
22. Sentencia Tribunal Constitucional Rol 1363-2009
23. Sentencia Tribunal Constitucional Rol 1710-2010
24. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 983-1993. Sentencia de 31 de mayo de 1993.
25. Corte Suprema de Justicia, Rol 75-2000. Sentencia de 7 de marzo de 2001.

- **Extranjera**

1. Corte Constitucional Federal de Alemania, Kalkar, 49 BVerfGE 89.
2. Tribunal Supremo de Estados Unidos, Southern Pacific Co. v. Jensen 214 US 205, 222, 1916, Voto disidente del Juez Holmes.