



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público

**INCONSTITUCIONALIDAD POR INACTIVIDAD LEGISLATIVA Y SU
APLICACIÓN PRÁCTICA EN EL CASO DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY DE
ISAPRES**

Tesis para optar al grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Memorista:

Claudia Cayo Sandoval

Profesor guía:

Augusto Quintana Benavides

Santiago, 21 de diciembre de 2017

RESUMEN

La inactividad legislativa inconstitucional corresponde a aquel comportamiento pasivo del legislador frente a un deber de desarrollo legislativo que produce efectos contrarios a la eficacia de algún precepto constitucional. En dicha definición se subsumen diversos aspectos susceptibles de analizar: por una parte, las fuentes de dicho mandato de desarrollo legislativo que encontramos tanto en los principios generales de la Constitución, como en normas de derecho internacional. Por otra parte, cuando dicha inactividad se expresa, generando un efecto adverso a la norma fundamental y se hace visible en el ordenamiento social corresponde aplicar algún mecanismo de control de dicha omisión, que puede abarcar una solución normativa o jurisprudencial al efecto. La finalidad de dichos mecanismos es salvar temporal o definitivamente la norma incompleta a fin de que sus efectos dañosos se reduzcan al mínimo y pueda darse cumplimiento a las normas constitucionales, principalmente a aquellas que versan sobre derechos fundamentales. Nuestro país no ha estado exento de situaciones normativas anómalas donde no existe el mecanismo formal para suplir la omisión legislativa. Es allí donde el Tribunal Constitucional, en estricto respeto a sus facultades ha optado por efectuar recomendaciones al legislador, las cuales evidencian el potencial transgresor a la Constitución que tienen dichas omisiones, pero que no son exigibles, quedando al mero compromiso legislativo. Dicho compromiso ha sido en veces insuficiente para solucionar ciertas situaciones problemáticas a la luz de la norma fundamental; tal es el caso de la declaración de inconstitucionalidad realizada por el Tribunal referido acerca del artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES que regulaba la denominada “tabla de factores” donde establecía criterios de sexo y edad para aumentar los precios de los planes de salud. Con dicha expulsión del ordenamiento jurídico de la norma en cuestión, se solucionó el efecto inconstitucional de la disposición, sin embargo, subsistió el daño que dicha situación causaba en los particulares: dicha falta de regulación sigue pesando en la creciente judicialización de causas contra las ISAPRES las que se originan a todas luces por la inactividad del legislador al no dictar un cuerpo normativo completo que regule las potestades y limitaciones tanto de los operadores de salud privada como de la Superintendencia de Salud.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO PRIMERO: CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA E INACTIVIDAD DEL LEGISLADOR	7
1. INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO E INACTIVIDAD DEL LEGISLADOR EN PARTICULAR	7
1.1. <i>Inactividad de la administración del Estado</i>	7
1.1.1. Tipos de inactividad administrativa.....	10
1.1.2. Distinción entre la inactividad de la Administración del Estado y la inactividad legislativa.....	14
2. LA FUNCIÓN LEGISLATIVA ¿SE TRADUCE EN UNA POTESTAD O EN UN DEBER JURÍDICO-CONSTITUCIONAL?	16
2.1. <i>Naturaleza del mandato constitucional en cuanto al deber de legislar</i>	20
2.2. <i>Presupuestos de la inactividad legislativa</i>	23
2.2.1. Debe existir incumplimiento de un deber constitucional de legislar.....	23
2.2.2. Transcurso de un período de tiempo razonable en el cual habría sido preciso legislar	24
2.2.3. Efecto objetivo de violación de la Constitución	25
2.2.4. Existencia de una trasgresión al principio de igualdad	25
2.3. <i>Tipos de omisión legislativa</i>	26
2.3.1. Omisión legislativa absoluta y relativa	27
2.3.2. Omisión legislativa formal o material	30
2.3.3. Omisión legislativa total y parcial.....	32
2.3.4 Omisión legislativa que lesiona derechos fundamentales.....	33

2.3.5 Omisión legislativa evitable e inevitable.....	34
2.4. <i>Situaciones de inactividad legislativa a la luz de la Constitución política de Chile</i>	34
2.4.1. Plazo interpuesto por el Ejecutivo en proyectos de ley de suma urgencia	35
2.4.2. Plazo interpuesto por Tribunales internacionales para regulación legal específica	36
2.4.3. Disposiciones legales programáticas incumplidas.....	37
2.4.4. Disposiciones legales transitorias incumplidas	40
2.4.5. Auto acordados que regulan materias de orden constitucional.....	42
 CAPITULO SEGUNDO: INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA	 45
1. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA	45
2. FUNDAMENTOS NORMATIVOS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN	49
2.1. <i>Principio de supremacía constitucional</i>	49
2.2. <i>Principio de separación de poderes del estado</i>	52
2.3. <i>Omisión legislativa inconstitucional en el ámbito de los derechos fundamentales</i>	53
3. INSUFICIENCIA DE LA LEGISLACIÓN INTERNA PARA SATISFACER EL ORDEN INTERNACIONAL DE DD.HH.....	56
4. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO FUENTES COMPLEMENTARIAS DEL DEBER DE LEGISLAR.....	58
5. MECANISMOS DE CONTROL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA EN EL DERECHO COMPARADO	63
5.1. <i>Mecanismos jurisprudenciales de control constitucional de la omisión legislativa</i>	63

6. MECANISMOS CONSTITUCIONALES DE CONTROL DE LA OMISIÓN LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL.....	70
7. INNOVACIONES EN MATERIA DE CONTROL JURISDICCIONAL Y CONSTITUCIONAL EN DERECHO COMPARADO: EL CASO BRASILEÑO Y EL CASO ARGENTINO DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO.....	73
7.1. <i>Brasil: El “Mandato de Injuncao”</i>	73
7.2. <i>Argentina: presencia de una acción patrimonial por omisión legislativa en la Constitución de la Provincia de Río Negro</i>	74
7.3. <i>Experiencia del Tribunal Constitucional Chileno en mecanismos de control de la omisión legislativa inconstitucional</i>	76
CAPITULO TERCERO: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA QUE DECLARA LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY DE ISAPRES: UNA PROPUESTA DE APLICACIÓN DE LA INACTIVIDAD LEGISLATIVA Y SUS POSIBLES MECANISMOS DE REPARACIÓN.....	
1. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA.....	81
1.1. <i>Sistema de Salud Chileno</i>	81
1.2. <i>Origen del conflicto</i>	83
2. ANÁLISIS DE LA NORMA EN CUESTIÓN: ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY DE ISAPRES Y DE LA DENOMINADA “TABLA DE FACTORES”	85
3. ANALISIS DE LA SENTENCIA 1710-10 INC QUE DECLARA LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY 19.833 “LEY DE ISAPRES”	92
3.1. <i>Sustento jurídico y jurisprudencial de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal en Chile</i>	92
4. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PRECEPTO IMPUGNADO.....	98
4.1. <i>Derechos constitucionales que trasgrede la aplicación de esta norma</i> .	99
4.2. <i>Función del legislador respecto a los derechos sociales</i>	103

<i>4.3. Análisis del examen de constitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933</i>	106
4.3.1. Objetivos del examen.....	106
4.3.2. Decisión del Tribunal.....	111
4.3.3. Prevenciones y votación disidente en la Sentencia.....	111
5. APLICACIÓN DE LA OMISIÓN LEGISLATIVA CONSTITUCIONAL A LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY DE ISAPRES.....	113
CONCLUSIONES	128
BIBLIOGRAFÍA.....	134
ANEXOS	134

INTRODUCCIÓN

El principio de responsabilidad del Estado, ya sea que actúe como legislador, juez o administrador se basa en la conservación de los derechos y garantías fundamentales de las personas, proveyendo de sustrato al Estado de Derecho. En base a esta protección, el Estado eventualmente debería hacerse responsable del perjuicio ocasionado en cuanto a su actividad legislativa, aun cuando no exista norma legal expresa al efecto; pues a través de su actividad puede ocasionar daños a los gobernados que impliquen un detrimento de un interés legítimo; interés que el Estado está en posición de proteger y favorecer en rigor del principio pro homine.

El Estado-legislador, entonces, en base a la interpretación de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política, es responsable del daño ocasionado a una persona o grupo de personas, en razón del ejercicio de su actividad legislativa, por infringir los principios de supremacía constitucional y Estado de Derecho contenido en estas normas; y dependiendo del caso, por no respetar los derechos fundamentales de propiedad, libertad económica, igualdad ante la ley o igualdad ante las cargas publicas.

Pues bien, el Estado en su función de legislar, puede adoptar una posición de pasividad legislativa que es susceptible de causar daño cuando no pueda ser suplida esa inactividad por la Constitución o incluso, cuando se infringe un mandato constitucional o legal que imponga una obligación de establecer normas que lo desarrollen, contrariando directamente los derechos que la Constitución establece.

El problema principal, derivado de la pasividad del legislador, que se trata en la presente investigación consiste en delimitar en primer lugar, si el Estado (en especial el poder legislativo) es o no totalmente autónomo, en cuanto a la determinación del momento en el cual debe regular a través de la ley una nueva situación fáctica que no ha sido incluida en alguna legislación anterior, o el momento en que debe cumplir mandatos legales que ordenen desarrollar preceptos en ellos contenidos.

A este efecto, es preciso ahondar en las razones del porqué nuestra tradición doctrinaria se niega a obstaculizar de manera alguna la autonomía del Parlamento en ejercicio de su función legislativa, generando escasa discusión acerca del tratamiento de la inactividad legislativa.

Parte del razonamiento explica que la autonomía y libertad configurativa del poder legislativo viene estrechamente vinculada con la concepción del Estado constitucional liberal, pues, si dentro de sus funciones se encuentra la protección de los derechos de la comunidad y la imposibilidad de actuar arbitrariamente, entonces no hay justificación para ejercer fiscalización alguna sobre estas funciones, pues es la propia Constitución la que incluye las sanciones correspondientes a la trasgresión de sus preceptos a través del instituto de la “inconstitucionalidad de la ley”, pues bien si el órgano legislativo expide una ley cuyos contenidos están prohibidos por la Constitución, se producen todas las consecuencias que de acuerdo con la Constitución van enlazadas a una ley inconstitucional. Sin embargo, si el órgano legislativo deja simplemente de expedir una ley prescrita por la Constitución, resulta prácticamente imposible enlazar a esa omisión consecuencias jurídicas.

Sin embargo, además de esta visión de Estado liberal, en las últimas décadas se han cimentado las bases del constitucionalismo democrático el cual

otorga fuerza tal a la Constitución que genera una superioridad normativa sobre todas las demás fuentes del derecho, y no solo respecto de su contenido material, sino que tomarán fuerza vinculante los principios que subyacen a ella. Uno de los principales postulados del constitucionalismo democrático revela que esta superioridad de la que veníamos hablando se aplica a todo el ordenamiento jurídico, generando que tanto los actos del Estado y particulares deben interpretarse en conformidad a ella procurando el respeto a los derechos y garantías contenidas en la norma suprema, y cada ciudadano puede invocarla para hacer cumplir sus derechos. Reconociéndose tal realidad, la Constitución es el marco primero de la actividad del Estado y de los particulares, pues cada uno de sus preceptos tiene fuerza vinculante; en lo que nos interesa, esta obligatoriedad representaría un mandato al legislador que reduce la esfera de libertad y autonomía en sus funciones, configurándose el deber de legislar.

Un segundo problema, considerando la función que ejerce el poder legislativo como un mandato constitucional de establecer una regulación legal determinada, son las dificultades para constatar la existencia de estos deberes: es preciso determinar en qué consiste este deber, haciendo referencia a si el mandato constitucional es expreso o tácito. También debemos establecer la naturaleza de la inactividad del legislador, si será de tipo absoluta o relativa, lo que determinará el contenido de la trasgresión a ciertos derechos o principios que la Constitución reduce.

Si tenemos conocimiento acerca del contenido del deber de legislar, de la existencia de un determinado tipo de omisión y de los derechos que con ella han sido trasgredidos (lo que comprendería el daño o perjuicio ocasionado a los ciudadanos), se hace indispensable conocer qué métodos de control existen o pueden plantearse respecto de estas situaciones, pues, si producto de su inactividad, el Estado no respeta el principio de supremacía constitucional

afectando los derechos en ella contenidos producto de la omisión legislativa, es lógico pues pensar que éste debe hacerse responsable de los daños ocasionados a particulares. Puede plantearse un control de tipo constitucional o judicial que nos permita establecer la exigencia u obligatoriedad de estos deberes y porqué no preguntarnos acerca de posibles sanciones jurídicas que los respalden.

En primera instancia, el órgano cuya función es resolver las cuestiones de constitucionalidad presentes en una ley promulgada o en vías de promulgarse es el Tribunal Constitucional, quien debe actuar como garante e intérprete de la Constitución en los casos de presentarse una infracción que afecte alguno de sus preceptos. El artículo 93 de la Constitución Política plantea las atribuciones del presente órgano en términos tales que sólo es capaz de resolver cuestiones de constitucionalidad sobre el texto expreso de la ley (comprendiéndose leyes orgánicas constitucionales, decretos con fuerza de ley, auto acordados, e incluso la inconstitucionalidad de organizaciones y movimientos o partidos políticos), pero no considera aquellas situaciones en que la inconstitucionalidad consta en una situación que la ley excluye de su tenor.

Es por ello que, tradicionalmente, el rol del Tribunal Constitucional es apreciado en concreto, es decir, su función recae sobre una ley o reglamento inconstitucional, a través de actuaciones anulatorias o cautelares.

La dificultad de interpretar las atribuciones del Tribunal Constitucional en aras de resolver sobre cuestiones de omisión o inactividad del legislador, viene dada por la influencia del Estado constitucional liberal europeo, que ya mencionábamos; en virtud de ello no se ha incorporado la omisión legislativa como parte integrante de la actividad del Estado en la materia. A pesar de ello, es tal la gravedad de los efectos que puede generar la inactividad del legislador

a nivel constitucional, que se hace imperioso incluir esta hipótesis en el ámbito de control del Tribunal Constitucional, y además, generar un mecanismo efectivo para sopesar el daño que puede irrogar a los ciudadanos en el tiempo medio en que ella no ha sido declarada.

El control constitucional de la omisión legislativa en Chile, no se encuentra desarrollado. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha expresado algunas soluciones parciales al problema de la omisión legislativa, tales como las sentencias exhortativas, interpretativas e integradoras. Estos y otros mecanismos ya han sido estudiados y aplicados en el Derecho comparado, por ejemplo, en Italia, Alemania, Brasil, Colombia, Costa Rica y Argentina. La experiencia en estos países parte de la base que los mecanismos de control de constitucionalidad son una práctica que han incorporado paulatinamente las Cortes y Tribunales Constitucionales de diversas naciones cuando los problemas les han sido presentados, es por ello que cobra vital relevancia la remisión a la experiencia jurisprudencial en el área, a la que se hará una breve referencia en el capítulo segundo de la presente investigación.

En último término, si el Tribunal Constitucional cuenta con los medios suficientes para hacer valer el reconocimiento de la omisión legislativa inconstitucional y representarlo por medio de sus sentencias, para lo cual en el capítulo tercero del presente trabajo se abordará un caso específico, cual es la declaración de inconstitucionalidad de los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES (Ley n° 18.933) contenida en el texto del actual D.F.L. n° 1 de 2005 del Ministerio de Salud.

Dicho esto, el análisis más exhaustivo de la norma en cuestión se presenta en la sentencia de inconstitucionalidad Rol 1710-10 dictada por el Tribunal Constitucional con fecha 6 de agosto de 2010, quien en uso de la

facultad especial conferida por el artículo 93 n° 7 de la Constitución Política declara inconstitucional los mencionados acápite de la norma. El efecto principal de la declaración de inconstitucionalidad es que el precepto se entiende derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo. El interés que nos convoca es que la mentada sentencia alcanza un punto adicional que no había sido tratado anteriormente, cual es la deficiencia regulatoria de la norma, y como ello afecta la promoción de determinados derechos constitucionales.

Sin dudas la institución de la omisión legislativa y su declaración por parte de los órganos competentes es absolutamente rupturista con los valores clásicos de los sistemas liberales constitucionales. Se mira con prudencia en doctrina internacional la inclusión de mecanismos de control tendientes a incorporar la inconstitucionalidad por omisión, motivo que nos impulsa a completar un estudio conducente a determinar mecanismos legítimos y efectivos para su declaración.

CAPITULO PRIMERO: CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA E INACTIVIDAD DEL LEGISLADOR

1. INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO E INACTIVIDAD DEL LEGISLADOR EN PARTICULAR

Como primer punto, previo a adentrarnos al tratamiento de la omisión legislativa que nos convoca, corresponde delimitar y diferenciar los conceptos de inactividad de la Administración del Estado e inactividad del poder legislativo. Ambos conceptos se encuentran relacionados en cuanto uno de sus presupuestos lo constituye el incumplimiento de una carga formal y/o material acorde con su función.

1.1. Inactividad de la Administración del Estado

Al referirse al “funcionamiento” o “actuación” de la Administración del Estado, caben todo tipo de actuaciones administrativas las que por su naturaleza obedecen a una obligación de actuar que recae en la Administración, cuya fuente primera se encuentra en el “principio de juridicidad” definido doctrinariamente como “la sujeción integral a Derecho de los órganos del Estado tanto en su ser como en su obrar”¹. Dicho principio constituye la base del constitucionalismo clásico y se desprende a partir de los artículos 6 y 7 de nuestra Constitución Política de la República. En cuanto a su contenido, el primer inciso del artículo 6 dispone que “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella y garantizar el orden institucional de la República”.

¹ SOTO KLOSS, E. 1996. Derecho Administrativo: Bases Fundamentales, Tomo II. Santiago, Jurídica de Chile. P. 24.

Conformando así un límite a las atribuciones de dichos órganos, de carácter objetivo, de modo que la trasgresión a este límite constituye una actuación inconstitucional. Por otra parte, al mencionar a los “órganos del Estado” sin establecer exclusiones se desprende que el mandato constitucional se dirige a todos los órganos estatales en su función de garantes del Estado de Derecho.

El segundo inciso dispone: “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”. Se complementa el inciso anterior, estableciendo el “principio de supremacía constitucional”, de forma que las normas y actuaciones que emanan de los órganos del Estado (y además de los particulares) deben respetar la Constitución. Para garantizar su cumplimiento, existen medios de control de constitucionalidad que radican principalmente en el Tribunal Constitucional y en la Contraloría General de la República.

El último inciso de este artículo dispone que “La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”. De modo tal que si los integrantes de dichos órganos actúan fuera de su competencia incurrirán en los diversos tipos de responsabilidad que contempla la Constitución (penal, civil o administrativa según corresponda). El artículo 7 por su parte consolida el principio de legalidad que dispone: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”. El segundo inciso del artículo 7 establece: “Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”. En este inciso está claramente consagrado el “principio de separación de poderes”.

Cabe reparar en aquella parte del inciso que determina que las autoridades deben actuar dentro de las atribuciones que “expresamente” les hayan conferido la Constitución y las leyes. Así, se da lugar al aforismo que dice que “en Derecho Público sólo puede hacerse aquello para lo cual el gobernante se encuentra expresamente facultado”. Debe, en consecuencia, el acto estar comprendido dentro de la esfera de competencia del órgano, no puede excederse o actuar por analogía, ya que ello conlleva a la invalidez del acto, como señala el inciso siguiente.

El último inciso del artículo 7 dispone: “Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

Los efectos de un acto que contraviene la Constitución y la ley son dos: a) se generan las sanciones que deberán estar establecidas en la ley; y b) el acto es nulo. Esta disposición ha dado origen a la *doctrina de la nulidad de derecho público*.

Señalado lo anterior, respecto a las actuaciones administrativas, entre las que se incluyen un universo extenso de ellas (por ejemplo, aprobación de reglamentos, dictación de actos administrativos, prestación de servicios públicos, etc.) se incluyen supuestos en los que existe una omisión o inactividad indebida por parte de la Administración, tal es el caso de la omisión del dictado de un determinado Reglamento que impide la concreción de determinadas previsiones legales, cuando no se dicta un determinado acto que hubiese sido debido o cuando debieran haberse efectuado determinadas actuaciones materiales que no se realizaron. Es por la amplitud del concepto de inactividad administrativa que en doctrina se han efectuado diversas clasificaciones, de las cuales rescataremos las siguientes:

1.1.1. Tipos de inactividad administrativa

Atendiendo a la clasificación tradicional, la cual ha sido enriquecida y aumentada por el profesor español ALEJANDRO NIETO², se divide la inactividad administrativa en:

a) Inactividad formal: ocurre cuando dentro de un procedimiento administrativo el particular solicita la producción de un acto administrativo y no obtiene respuesta a su petición por parte de la Administración o ésta aplica su silencio, en cualquier instancia del procedimiento.

b) Inactividad material: Por una parte, la inactividad material es aquella que ocurre fuera de un procedimiento administrativo, es decir cuando no hay reconversión procesal de omisión. Se divide a su vez en dos subtipos:

1. Inactividad material negativa: es la que ocurre cuando la Administración no produce un acto jurídico o una actuación material (será jurídica en el primer caso, y fáctica en el segundo caso).

2. Inactividad material positiva: ocurre cuando existe pasividad jurídica (según la denominación del apartado anterior) respecto a una situación o actividad ilegal por parte de la Administración, generándose perjuicio a los administrados.

c) Inactividad de efectos trilaterales: es la que repercute sobre el perjudicado en una relación bilateral (donde está el particular reclamante por una parte y la Administración por la otra) pero donde además existen terceros interesados, que resultan dañados de forma indirecta por la inactividad administrativa.

²NIETO, A. 1986. La inactividad material de la Administración: veinticinco años después. Revista de Documentación Administrativa (208): Pp. 21-25.

La segunda clasificación que trataremos, similar a la anterior, planteada también en doctrina española por MARCOS GÓMEZ-PUENTE³ hace alusión a la naturaleza de la actuación esperada por parte de la Administración:

a) Inactividad formal: ocurre cuando falta una declaración jurídica con fuente legal, subdividida a su vez en:

1. Inactividad formal normativa: incumplimiento del deber legal de dictar normas o disposiciones de carácter general o inactividad reglamentaria.

2. Inactividad formal convencional: por omisión de actividades de concertación, por faltar a un deber legal de concurrencia en una declaración jurídica plurilateral o porque su actitud pasiva en una relación convencional sea contraria al interés público.

3. Inactividad formal singular o procedimental: por la falta de producción del acto administrativo legalmente obligatorio en ejercicio de una potestad administrativa, que sea distinta de la reglamentaria.

b) Inactividad material: por la omisión o falta de realización de una actividad técnica o física de trascendencia externa a la Administración. Aplicando estas clasificaciones a la realidad, es más común en la actividad administrativa la inactividad material, puesto que produce una modificación de la realidad que ocasiona un daño reconocible de forma casi inmediata para el administrado afectado. Los casos excepcionales y que tardan más tiempo en reconocerse son los de inactividad formal normativa, sin embargo, sus efectos pueden ser más generalizados y graves que los de la inactividad material, principalmente porque la falta de norma, solo puede ser atribuible a la Administración, en casos graves, corresponden a la falta de dictación de un

³GOMEZ PUENTE, M. 1997. La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control. Madrid, McGraw-Hill Interamericana. P. 7.

Reglamento (el cual tiene por objeto hacer ejecutable en la practica una norma legal de mayor rango), ejemplos de extrema importancia en esta materia hay muchos, relacionados principalmente con la ejecución de normas de carácter medioambiental, cuya tardanza ocasiona perjuicios irreparables.

c) Inactividad legislativa: Por su parte, la inactividad legislativa se puede definir en palabras del profesor español J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, como “la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación”⁴.

Otra definición plantea la inactividad legislativa como “la abstención del legislador para desarrollar preceptos constitucionales, independientemente de que sean de obligatorio y concreto desarrollo y del tiempo transcurrido desde su promulgación”⁵.

En términos generales resulta difícil esbozar una definición de inactividad legislativa, en cuanto, el tratamiento que dan los diversos ordenamientos jurídicos a la labor del legislador y al reconocimiento de sus deberes es totalmente dispar. Además de ello, hay que definir otros aspectos supuestamente relevantes para calificar la inactividad legislativa, por ejemplo, el tiempo durante el cual debe permanecer la inacción del legislador para que ésta sea calificada derechamente como una omisión legislativa.

Sin embargo, “el tiempo de la inactividad legislativa no es realmente un criterio jurídico valedero para definir si una omisión es susceptible de ser impugnada por vicios de inconstitucionalidad. En realidad basta con la

⁴Ídem.

⁵ HERNANDEZ VALLE, R. 2003. Las omisiones legislativas y los derechos prestacionales. Revista Estudios Constitucionales. Vol. 1 (1): P. 371.

existencia de la omisión, sin que tenga ninguna trascendencia el tiempo transcurrido desde que se promulgó la Constitución y el momento en que se invoca jurisdiccionalmente aquella”⁶.

Adicionalmente es difícil establecer cuándo será inconstitucional la omisión delimitando cuáles preceptos constitucionales deben ser vulnerados para que ésta opere. Más que ello, hay que considerar no solo las normas, sino que los principios y demás disposiciones que aunque no impongan al legislador una obligación de desarrollo legal de las mismas, si establezcan ciertos criterios de actuación que los órganos públicos deben seguir en el ejercicio de sus funciones. Debemos mirar el texto constitucional desde el exterior y reconocer que todas las normas que contiene implican el obligatorio desarrollo de ellas, pues la Constitución rige por sobre las demás normas y por sobre la actuación de los poderes públicos.

Aceptamos la definición de DORN GARRIDO que plantea que la omisión legislativa es “la inactividad del órgano legislativo en cumplir, dentro de un plazo establecido en la Constitución o la ley, o dentro de un plazo razonable (siendo razonable aquel que no comience a irrogar daño a quien es el eventual receptor de la norma) una obligación o encargo atribuido a él por la norma fundamental de manera tal que se imposibilite la ejecución de las garantías contenidas en ella”⁷.

Previo a adentrarnos al estudio de los presupuestos y las clasificaciones de la inactividad del legislador objeto del presente estudio, delimitaremos la distinción de esta institución respecto de la inactividad de la Administración del Estado y sus deberes, que describimos en el punto 1.1 precedente, a fin de

⁶Ídem.

⁷DORN GARRIDO, C. 2010. La inconstitucionalidad por omisión legislativa. Santiago de Chile, edit. Metropolitana. P. 107.

comprender las dificultades teóricas que conlleva su eventual exigibilidad al órgano requerido (administrativo o legislativo, en uno u otro caso).

1.1.2. Distinción entre la inactividad de la Administración del Estado y la inactividad legislativa.

Primeramente, tenemos claridad respecto a que tanto la Administración como el legislador son órganos del Estado, receptores de los principios constitucionales de legalidad, supremacía constitucional y juridicidad. También, ambos, en razón de su inacción son sujetos de derecho capaces de irrogar perjuicios a los administrados.

Sin embargo, se diferencian en cuanto la Administración del Estado es un complejo orgánico que se encuentra bajo la supervigilancia del Presidente de la República, es decir, forma parte del Poder Ejecutivo; “su conceptualización siempre ha sido compleja, pero tradicionalmente se ha utilizado un criterio negativo para dar cuenta de su alcance: se entiende que la Administración comprende a todos aquellos órganos que no forman parte del Poder Legislativo o del Poder Judicial”⁸. En cambio, el Poder Legislativo, no cuenta con lineamientos normativos de actuación, ni un órgano de supervigilancia, ni del que dependa, lo que dificulta en teoría la posibilidad de ser sujetos de un deber positivo de actuar.

Uno, recibe su legitimidad indirectamente desde el Poder Ejecutivo y de la ley, mientras el otro la recibe de forma directa a través de la soberanía popular, detentando un poder de representación.

⁸ CORDERO, E. 2012. La administración del estado en Chile y el concepto de autonomía. La Contraloría General de la República: 85 años de vida institucional (1927-2012). Santiago, Contraloría General de la República. P. 16.

Esta diferencia estructural entre ambos órganos del Estado se materializa en que los principios constitucionales de juridicidad y legalidad se les aplican con un matiz diverso. Mientras la Administración solo puede realizar aquellas actuaciones que están expresamente permitidas por la ley no pudiendo actuar por analogía ni en exceso de sus facultades, el Parlamento puede realizar todo aquello que no esté prohibido a nivel constitucional, de acuerdo a la Teoría de Representación. Siguiendo el planteamiento de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ “el Legislativo está vinculado negativamente al ordenamiento”⁹, mientras que la Administración se vincularía de forma positiva.

El ordenamiento prevé consecuencias para la inactividad cuando es cometida por la Administración, en una tendencia a ampliar los mecanismos de responsabilidad, control y la doctrina del silencio administrativo. Sin embargo, siendo ambos órganos detentadores de potestades sobre los particulares, pudiendo producir en ambas sedes (administrativa y legal) el mismo daño a los particulares y teniendo presente que el sistema constitucional contiene mandatos de desarrollo genéricos y específicos en ocasiones difusos y otras veces dirigidos, no es comprensible porqué se efectúan distinciones (más doctrinarias que jurídicas) drásticas entre uno y otro poder público, siendo las consecuencias materiales de su inactividad igualmente graves y dañinas para el Estado social de derecho.

A partir de este punto, surge la necesidad de establecer un cauce legal para remediar esta situación, a pesar de que la inactividad del legislador no se encuentra expresamente sancionada por la Constitución. Sin embargo, “resulta

⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. 1998. La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho comparado. El caso español. Madrid, Civitas. P. 101.

muy difícil imaginar un Estado de Derecho si el legislador incumple las órdenes de dictar leyes que le ha dado la Constitución; de la misma manera que resulta imposible aceptar que exista un Estado Social de Derecho si, por omisión, no se garantizan realmente los derechos y prestaciones que tan solemnemente proclama la Ley Fundamental”.¹⁰

2. LA FUNCIÓN LEGISLATIVA ¿SE TRADUCE EN UNA POTESTAD O EN UN DEBER JURÍDICO-CONSTITUCIONAL?

Es imperativo, reformular y reevaluar la función del legislador en la doctrina constitucional actual. Partiendo de la base del cambio originado en la concepción política y social de los fines gubernamentales, ocasionada por la entrada del constitucionalismo democrático en escena, es relevante reconocer el cambio que esto produce en la labor del legislador.

Los preceptos de la Constitución tienen fuerza vinculante, ya sea material o jurídicamente, pudiendo establecer mandatos de forma transversal tanto a ciudadanos, al Gobierno, al Estado, o a todos ellos en su conjunto.

Por un lado se presentan mandatos concretos al legislador para ejercer sus funciones respecto de determinada materia. Por otra parte se encuentran los mandatos de tipo genérico, contenidos tanto en disposiciones constitucionales u otras de menor rango que tengan el poder de significar una orden al legislador; por ejemplo, cuando se plantea que los órganos del Estado deben ejercer sus funciones con respeto a la Constitución y las leyes. Esto constituiría un marco normativo para el legislador, como lo mencionamos en el punto anterior, tanto cuanto su actividad o inactividad pudiese afectar principios

¹⁰ NIETO, A. Op. Cit. P. 25.

constitucionales u otras normas jurídicas cuya trasgresión significaría una oposición a la Constitución, puesto que estos preceptos están dictados conforme a ella.

Se toma en consideración que “la Constitución es un marco normativo lo suficientemente amplio como para que dentro del mismo quepan diferentes opciones de desarrollo, que el legislador, que actualiza permanentemente la voluntad soberana del pueblo, está legitimado para adoptar”¹¹. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, resalta la importancia del poder legislativo en un Estado democrático de derecho, por cuanto posee “total legitimidad para llevar a cabo el desarrollo de las disposiciones constitucionales dado que es elegido directamente por el pueblo cuando éste está ejerciendo su soberanía a la hora de votar”¹², rescatándose el ya tratado concepto de que el legislativo es un poder de legitimidad “directa”, en contraste a otros poderes del Estado (como el Judicial y la Administración del Estado) que ejercerían su legitimidad de forma “indirecta”.

Tan profundo ha sido el cambio que la Constitución ha pasado a ocupar un lugar principal dentro de las fuentes del derecho en nuestro ordenamiento, en consecuencia, la importancia de la ley como norma imperante, cede paulatinamente ante el progresivo aumento de la primacía constitucional, tanto en el plano formal como material. El efecto para el legislador derivado de esta consideración será que en su actuar no podrá contradecir los preceptos de la Constitución y sus principios; derivado de su fuerza vinculante habrá que resolver la interrogante acerca de si el legislador con su silencio desconoce el contenido normativo de la Constitución.

¹¹FERNÁNDEZ SEGADO, F. 2009. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas: algunas cuestiones dogmáticas. Estudios Constitucionales. Año 7 (2): P. 26.

¹² FERNANDEZ RODRIGUEZ, J. Op. Cit. P. 100.

Este avance ha ocasionado que la potestad legislativa, encuadrada en el antiguo concepto de la diferenciación de los poderes del Estado, pasa a ser una función de legislar que debe producir un resultado material, conforme al ordenamiento jurídico, susceptible de ser revisado por órganos jurisdiccionales, lo que llamamos en el punto anterior la “creación de un cauce legal”. Propone el autor GOMEZ-PUENTE la teoría de que “la función legislativa ha venido a desvalorizarse, siendo la función de legislar, un presupuesto y límite del poder de los órganos constitucionales (...) así, el poder o función de legislar se cierne sobre la potestad de dictar normas jurídicas, pero también sobre el cumplimiento de determinados deberes, negativos o positivos, que condicionan la legitimidad del desempeño de la función legislativa por su órgano titular, tanto al ejercitar las facultades legislativas como al no hacerlo”¹³.

¿Cuál vendría a ser entonces, el marco normativo de la potestad legislativa? Éste lo constituye el respeto por las normas constitucionales en el proceso de configuración legislativa. Efectivamente el legislador tiene un espacio de libertad de configuración legislativa que es necesario para la consecución de fines políticos concretos. Sin embargo, esta libertad no es absoluta, no se transforma en discrecionalidad, pues hay preceptos constitucionales que exigen desarrollo para llegar a su materialización.

En este sentido, plantea el autor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: “el principio de libertad de conformación del legislador, no solo admisible y justificable en un sistema democrático sino que también necesario, no debe concebirse en rasgos absolutos, como una patente de corso que autorice al legislador a actuar a su antojo”. Y agrega más adelante: “(...) antes bien, debe interpretarse de conformidad con el principio de normatividad de la Constitución y con su

¹³ GOMEZ PUENTE, M. Op. Cit. P.7.

carácter supremo, que exigen llevar a cabo de forma efectiva el programa constitucional”¹⁴.

Lo que sucede actualmente es que existe un vacío en los mecanismos de control constitucional, los cuales revisan el texto de la ley ya creada verificando si adolece de inconstitucionalidad, a mayor abundamiento: “la dinámica hermenéutica inherente al control de constitucionalidad de la ley es unidireccional, es decir, va de la Constitución a la ley, pero no a la inversa”¹⁵. Se analiza el presupuesto de inconstitucionalidad desde la ley hacia la Constitución, dejando de lado muchas veces las consecuencias que esto tiene en la realidad.

Además de ello, la función del legislador se cierce al principio de supremacía constitucional, juridicidad y al principio de normatividad de la Constitución, los cuales trataremos más hondamente en el capítulo siguiente. Respecto del primero se ha señalado por la doctrina que el principio de supremacía constitucional “supone necesariamente el control y la sanción consecuente de las infracciones a la Constitución, las que pueden originarse tanto en acciones positivas que violenten la ley fundamental como en omisiones que contraríen los preceptos que ella consagra”¹⁶.

El segundo principio mencionado, es recogido por nuestra constitución política en su art 6° inciso segundo señalando que “los preceptos de esta

¹⁴ FERNANDEZ RODRIGUEZ, J. 2003. La omisión legislativa en la constitución del Estado de Veracruz- Llave en el marco de la teoría general del dicho instituto En: Ferrer Mac Gregor Eduardo (Coord). Derecho procesal constitucional. Porrúa, México. P. 377.

¹⁵ SILVA IRARRAZAVAL, L. 2014. La dimensión legal de la interpretación constitucional. [en línea] Revista Chilena de Derecho, vol.41 (2): Pp.437-471. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372014000200004> [consulta: 01 octubre 2017]

¹⁶BULNES ALDUNATE, L. 2002. La inconstitucionalidad por omisión. Revista Estudios Constitucionales. Año 4 (1): P. 252.

constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos, como a toda persona institución o grupo”, es decir, tiene fuerza vinculante tanto para los ciudadanos, como para los poderes públicos, entrando en esta última categoría la función legislativa.

No se trata de extremar el deber en cuanto pretender establecer el desarrollo inmediato de la regulación, sino que es necesario establecer un mecanismo legal de salvaguarda para los ciudadanos a los cuales se les han vulnerado sus derechos fundamentales, debido a la inactividad del legislador en el cumplimiento de su deber jurídico de desarrollar los preceptos constitucionales que aseguren el ejercicio de los derechos fundamentales de los gobernados.

2.1. Naturaleza del mandato constitucional en cuanto al deber de legislar

Complementando el punto anterior, señalamos la naturaleza de la función del legislador por una parte, la cual está ligada a la naturaleza del mandato de desarrollo legislativo constitucional el que impone una carga material al legislativo.

La Constitución es una norma fundante y transversal. Por su naturaleza, sirve como el primer lineamiento que sustenta el resto del ordenamiento jurídico. Dado este carácter, es imposible que regule todas y cada una de las instituciones y derechos que allí se señalan, pues sería normativamente imposible ejercer una tarea de tal magnitud.

Es al legislador a quien compete el desarrollo del texto constitucional, entendiendo por desarrollo “el tratamiento y perfeccionamiento de todas las

instituciones y procedimientos necesarios para dar eficacia al cuerpo normativo de la Constitución considerando sus normas y principios”¹⁷. Como apunta RAMÍREZ CLEVES: “se trata de llevar a efecto los postulados de la norma suprema que establece ordenes de legislar, es decir la obligatoriedad de dotar de validez jurídica a los preceptos constitucionales, mediante la expedición de normas inferiores que desarrollen las superiores y así que el sistema jurídico se integre y reproduzca autopoieticamente a partir de la concatenación piramidal de una norma general que da lugar a una particular”¹⁸.

La naturaleza del deber de legislar, entonces, no viene dada exclusivamente por un mandato explícito y concreto de actuación, en estos casos la naturaleza del mandato es legal (por ejemplo, en la potestad reglamentaria autónoma) y más aún constitucional (por ejemplo, en el desarrollo de derechos sociales no auto-ejecutables), por lo cual se haría más sencilla la labor de declarar que hay una omisión legislativa, de acuerdo a estos fundamentos, de carácter inconstitucional. No obstante, ya hemos enunciado anteriormente la existencia de límites que al mismo tiempo actúan como objetivos que el legislador debe alcanzar mediante su función, esto es, el respeto a los principios constitucionales de normatividad, juridicidad, supremacía constitucional y por sobre todo el respeto y la consecución efectiva de los derechos fundamentales..

En el mismo sentido, la doctrina admite que “determinadas normas constitucionales impelen al legislador a actuar en desarrollo y concreción de la Constitución, pudiendo generar la pasividad del legislador una omisión

¹⁷ MARTÍNEZ ALARCÓN, M. 2008. La aplicación judicial del Derecho Constitucional. Revista Teoría y realidad Constitucional (21): Pp. 355-374.

¹⁸ RAMÍREZ CLEVES, G. 2006. El control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas en Colombia. II Jornadas Colombo – Venezolanas de Derecho Constitucional. Universidad externado de Colombia, Bogotá. P. 5.

inconstitucional. Pero, más allá de ello, el deber constitucional de legislar, como ha interpretado en Alemania el *BVerfG*, puede derivar no sólo de mandatos concretos contenidos en la *Grundgesetz*, sino también de principios identificados en el proceso de interpretación de la Norma suprema”¹⁹.

Es de especial relevancia lo que sucede en materia de derechos fundamentales, en especial atendido el interés que se ha puesto a nivel doctrinario y regulatorio internacional de los derechos humanos a los denominados derechos económicos sociales y culturales (en adelante, DESC) en cuanto se ha establecido que esta categoría de derechos, que revisaremos detenidamente en el segundo capítulo de este trabajo, son “propios del denominado constitucionalismo social, y reclamarán una actuación directa del Estado para hacer efectivas las normas constitucionales, siendo, en consecuencia, obligación de los órganos del poder público, actuar en el ejercicio de las facultades y competencias que les asigna la Constitución, para cumplir los mandatos en ella establecidos”²⁰.

En consecuencia, la naturaleza de un mandato constitucional de legislar, no tiene porqué ser expresa y regulada, dada la existencia de derechos y prerrogativas que por su sola naturaleza y en conjunto con los principios básicos conformados por las “Bases de la Institucionalidad” del Estado, obligan al órgano legislativo correspondiente a ejercer la función para la cual fue investido.

¹⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, F. Op. Cit. P. 20.

²⁰ Ídem. P. 34.

2.2. Presupuestos de la inactividad legislativa

Inicialmente mencionamos el tratamiento tanto doctrinario como jurisprudencial escueto que se ha generado en torno a la inactividad legislativa, y en general, a todo lo que se relacione con alguna forma de omisión formal o material por parte de los poderes públicos.

Por ello es que a partir de los puntos tratados anteriormente en este capítulo y en base a los planteamientos doctrinarios del profesor español FERNÁNDEZ SEGADO²¹ podemos diferenciar los presupuestos base de la omisión legislativa inconstitucional, a saber:

2.2.1. Debe existir incumplimiento de un deber constitucional de legislar

Este presupuesto plantea no la simple inactividad del legislador, sino que esa inactividad sea contraria a un “deber de producción de la norma”. Es así como debe diferenciarse la inacción consciente del legislador, que contraría un mandato de legislar, de un mero “olvido” del legislador, lo que se acercaría al término de la “laguna jurídica”, concepto que conlleva un tratamiento diverso. Además, esto produce como consecuencia la trasgresión al principio de supremacía constitucional, contrariando al ordenamiento jurídico; este incumplimiento a su vez, puede ser parcial o total, pues en ambos casos pueden producirse situaciones contrarias a la norma fundamental.

²¹ FERNÁNDEZ SEGADO, F. Op. Cit. Pp. 35-39.

2.2.2. Transcurso de un período de tiempo razonable en el cual habría sido preciso legislar

Esta noción no ha estado exenta de discusión doctrinaria pues no se ha definido aún en cuanto consistiría un “plazo razonable”, ni cuando pasaría la omisión a ser parte de una arbitrariedad administrativa. Para solventar estas dificultades, la omisión debe ser analizada en el plano concreto, pues lo que se evalúa a fin de cuentas para el reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión es el tiempo que ha transcurrido sin que se haya dictado la norma y se hace una comparación con el tiempo del que razonablemente dispone el legislador para ejercer su deber, sin que esa inacción irroge daños a los particulares. En caso de que la Constitución fije plazos para la materialización de cierta norma, será simple el reconocimiento de una dilación en el cumplimiento de este mandato, pero si el texto constitucional no hace referencia a un plazo, como ocurre mayormente en los textos constitucionales, deberá reconducirse la ponderación de este presupuesto a los criterios que ya hemos mencionado, a saber: por una parte, que dicha inactividad no se prolongue por un periodo tal que genere un daño patrimonial a quien sea el eventual receptor de la norma en caso de que si se hubiese dictado, (que no comience a irrogar daño) y, por otra parte, las consideraciones técnicas, legales, jurisdiccionales, políticas, económicas y sociales que rodean a la generación de la norma para efectuar el juicio en concreto.

Algunos criterios que podrían prestablecerse sin trasgredir la libertad configurativa del Parlamento sería considerar el alcance de la norma en cuanto a la cantidad de gobernados receptores de la misma y la importancia técnica y jurídica de la regulación para el desarrollo de otros preceptos legales y constitucionales y para el cumplimiento de mandatos contenidos en el ordenamiento jurídico internacional.

2.2.3. Efecto objetivo de violación de la Constitución.

Este requisito supone que derivado de la omisión “no pueda existir una observancia a la Constitución dada la inexistencia o incomplitud de la norma legal al efecto”. En consecuencia, “la inacción del legislador puede ser considerada de forma implícita como una vulneración grave a la finalidad de la norma fundamental que se hará patente en las relaciones jurídico-sociales de los individuos”²². Si bien el control abstracto de una inactividad sería posible, consideramos necesario tener una base concreta sobre la cual evidenciar la negligencia del legislador, en efecto, se sostiene que “para el control de los silencios del legislador son necesarios actos de aplicación en los que se manifieste el contenido normativo efectivo de ese silencio, que no sería otro que la norma implícita contradictoria con los postulados constitucionales”²³.

Agregamos un cuarto presupuesto, en el caso de la omisión legislativa parcial:

2.2.4. Existencia de una trasgresión al principio de igualdad.

En este caso estamos bajo el supuesto de que se haya dictado una norma la cual “excluye grupos de personas o situaciones que tengan efectos jurídicos dañinos para ciertos particulares”²⁴, que implique un cumplimiento parcial del deber de legislar.

²² FERNÁNDEZ SEGADO, F. Op. Cit. P. 14.

²³ Ídem.

²⁴ Óp. Cit. P. 24.

La ley generada establecería una diferenciación arbitraria hacia un particular o grupo de particulares, es decir, una discriminación innecesaria que atiende a criterios irracionales o desconocidos, que no tienen por objetivo la persecución de fines legítimos.

2.3. Tipos de omisión legislativa

En este apartado abordaremos las principales clasificaciones doctrinarias sobre la inactividad en la función legislativa, habiendo ya mencionado en el primer punto de este capítulo que la inactividad en un sentido amplio comprende también la de los demás poderes públicos y funcionarios de la Administración del Estado, los cuales pueden incumplir un mandato constitucional a través de la no expedición de actos políticos, administrativos o judiciales.

Como se ha señalado anteriormente, el legislador al ejercer su actividad está cumpliendo con deberes que derivan de la ley y principalmente de la Constitución, pudiendo infringirlos ya sea a través de su actuación positiva como por su inactividad cuando está dentro de las potestades que se le han conferido. Constantemente la doctrina ha efectuado distinciones para la omisión legislativa, con la principal finalidad de delimitar los supuestos que jurídicamente pueden ser objeto de control constitucional.

Las distinciones más relevantes que plantea la doctrina son las siguientes:

- 1) Omisión legislativa absoluta y relativa (Alemania).
- 2) Omisión legislativa de un deber jurídico expreso o tácito.

- 3) Omisión legislativa formal y material (Italia).
- 4) Omisión evitable y no evitable.
- 5) Omisión que implica una trasgresión de derechos fundamentales.

2.3.1. Omisión legislativa absoluta y relativa.

Esta distinción clásica fue efectuada por el integrante del Tribunal Constitucional alemán, W. Wessel, y latamente utilizada en la doctrina alemana y posteriormente en países de tradición liberal constitucionalista²⁵.

La omisión legislativa **absoluta** se define como “la ausencia total de aquella norma legal que debía dictar el legislador, por mandato constitucional o legal, para regular un determinado objeto, materia o situación jurídica”²⁶. En las omisiones absolutas hay inacción del legislador, que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente.

La omisión legislativa **relativa** comprende “la actuación del legislador, quien dicta un cuerpo legal a fin de cumplir con el mandato constitucional imperativo de legislar, sin embargo, lo hace omitiendo determinados contenidos favoreciendo a cierto grupo de sujetos en desmedro de otros que son excluidos implícitamente, o acuerda conceder ventajas o beneficios a unos sin extenderlos a otros, que no obstante estar en la misma situación, debieran ser candidatos a recibirlos”²⁷.

²⁵ FERNANDEZ SEGADO, F. Óp. Cit. P. 27.

²⁶ DORN GARRIDO, C. Óp. Cit. P. 113.

²⁷ Ídem.

En el caso de la omisión legislativa relativa, hay una imperfección del sistema que lo hace desigual, por este motivo se exige como requisito para este tipo de inactividad que exista una trasgresión al principio de igualdad ante la ley, lo que veremos en el punto siguiente. A pesar de esta consideración, otros autores (tales como Mortati C.) consideran que no solo ocurrirá una omisión relativa cuando se afecte el principio de igualdad, sino en todos aquellos casos en que la regulación sea insuficiente para dar eficacia normativa al texto constitucional²⁸.

Hemos señalado que existen preceptos y principios constitucionales que imponen al legislador “la obligación de emitir una o un conjunto de normas que disciplinen algún aspecto del texto constitucional que allí sólo se encuentra delineado en sus rasgos más generales”²⁹. En este caso, la falta de regulación sería una omisión absoluta. En cambio, se está en presencia de una omisión relativa cuando el legislador “al disciplinar cierto instituto sobre el cual interviene en el ejercicio de sus potestades discrecionales, omite respetar el principio de igualdad ante la ley”³⁰.

Un segundo caso en el cual se presenta una omisión de tipo relativa según el autor HERNÁNDEZ VALLE³¹ ocurre en la derogación de leyes o dictación de normas prohibitivas, bajo el supuesto de que no se complementan dichas situaciones con la generación de disposiciones transitorias que hagan subsistir uno o más derechos adquirido con anterioridad a la derogación o dictación correspondiente. Por otra parte, observamos que en la jurisprudencia extranjera se ha hecho patente la diferenciación entre omisión absoluta y

²⁸ FERNANDEZ SEGADO, F. Óp. cit. P. 28. Citando a MORTATI, C. 1972. “Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”. P. 972.

²⁹ HERNÁNDEZ VALLE, R. 2003. Las omisiones legislativas y los derechos prestacionales. Revista de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Santiago. Vol. I (1): P. 181.

³⁰ Ídem.

³¹ HERNÁNDEZ VALLE, R. Óp. Cit. Pp. 182-183.

relativa cobrando relevancia para los casos de declaración de inconstitucionalidad como mecanismo de control de la actividad del legislador, aceptándose en ocasiones cuando recae en casos de omisión legislativa relativa. A modo de ejemplo, señala la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia C-067/99³²:

“Esta omisión puede ocurrir de varias maneras: a) Cuando se abstiene de expedir una norma encaminada a ejecutar un deber concreto establecido por el constituyente; b) Cuando expide una ley que si bien desarrolla un deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos sectores y perjudica a otros; c) Cuando adopta un precepto que corresponde a una obligación constitucional, pero excluye expresa o tácitamente a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás; y d) Cuando al regular una institución omite una condición o un elemento esencial exigido por la Constitución. En la primera hipótesis, corresponde a una omisión legislativa absoluta, pues no existe precepto alguno; en los demás casos, a una omisión legislativa relativa, porque si bien el legislador ha expedido la ley que desarrolla un deber constitucional, en ella solamente ha regulado algunas situaciones dejando por fuera otros supuestos similares, con clara violación del principio de igualdad”.

El fundamento de esta diferenciación viene dado por la determinación de la existencia de una actuación que se pueda comparar con la norma constitucional, si la omisión es absoluta, no hay acto que pueda ser objeto de control. Es por ello que el autor de esta distinción WESSEL, citado por CASTRO, I. aclara que “las omisiones inconstitucionales absolutas son los

³² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. 10 de Febrero de 1999. STC N° C-067/99. Considerando 3.1. [en línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-067-99.htm>> [consulta: 27 de noviembre de 2017]

silencios u omisiones del legislador, mientras que las relativas son los silencios u omisiones de la ley, con el agregado de que según Wessel, frente a la ausencia total de desarrollo de un precepto constitucional-omisión absoluta-no hay posibilidad de demanda constitucional; en tanto que, las omisiones relativas, si son fiscalizables, ya que violan un derecho fundamental, el de igualdad ante la ley”.³³

La razón histórica por la cual el control de legalidad de la actividad legislativa recae solo sobre la omisión legislativa relativa (en la mayoría de los ordenamientos que aplican esta institución) es la marcada tradición liberal constitucionalista, que implica la intervención del Estado de forma excepcional, solo en los casos en que por una actuación positiva del Estado se amenacen los principios establecidos en la Constitución. Como han señalado algunos autores hispanoamericanos “el control jurisdiccional solo permite revisar actos positivos, es decir, actos del legislador que se traduzcan en la producción de la norma, pues el análisis jurisdiccional es “objetivo” sobre el contenido de la misma”.³⁴

2.3.2. Omisión legislativa formal o material.

Esta clasificación ha sido planteada por la Escuela Italiana³⁵, que ha obtenido sus postulados desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional

³³ Como se cita en CASTRO, I. 2003. La inconstitucionalidad por omisión: una reforma necesaria en la Constitución Ecuatoriana. Tesis doctoral, Ecuador. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Facultad de Ciencias Sociales y Políticas. P. 67.

³⁴ STORINI, C. 2016. Razón y cultura: una crítica a la hermenéutica constitucional moderna desde la interpretación dialógica. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México. Vol. 10 (37): P. 38.

³⁵ RODRÍGUEZ, P. 2017. La controvertida inconstitucionalidad por omisión legislativa. Memoria para optar al grado de Doctor. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho. P. 36. Citando a “Problemi dell’omissione Legislativa nella Giurisprudenza Costituzionale”, en Quaderno predisposto in occasione della Conferenza delle Corti Costituzionali Europee, Vilnius 2 – 7, giugno, 2008.

italiana, la que ha transitado desde una posición de llenar los vacíos legales a través del proceso de integración hasta las llamadas “sentencias manipulativas”.

Dicha Escuela plantea que la omisión legislativa **formal** “es aquella consistente en una inactividad total o parcial del legislador en la materialización de un mandato constitucional de legislar, en tanto, la omisión legislativa **material**, consiste en la exclusión de cierto grupo de personas a los cuales la norma también tuvo que haber sido dirigida, lesionándose con ello el principio de igualdad”³⁶. Por lo tanto, relacionando esta calificación con la anterior, resultaría que las omisiones absolutas son siempre formales (se refieren a un acto del Estado, en este caso del legislador, quien no cumple con su mandato), en cambio las omisiones relativas, podrían ser tanto materiales como formales, dependiendo si con ello lesionan o no a un grupo determinado estableciendo una discriminación respecto de ellos.

Esta clasificación, a nuestro juicio, no es del todo clara, pues hace la diferenciación sobre la base de los efectos de la omisión, es decir, si mediante la exclusión de un grupo no hay lesión ni se afecta al principio de igualdad la omisión será formal, en caso contrario será material. Sin embargo, la noción de “omisión” ya se traduce como el incumplimiento de un deber, por lo tanto, si un grupo de personas está excluido de una legislación por motivos objetivos y racionales que permitan justificar un trato desigual, no se estaría contradiciendo a la Constitución, en consecuencia no se estaría incumpliendo un deber ni configurándose una omisión propiamente tal.

³⁶ VERDUGO RAMÍREZ, S. 2009. Inconstitucionalidad por omisión del legislador. Revista Actualidad Jurídica. Vol. 1 (19): Pp. 373-396.

2.3.3. Omisión legislativa total y parcial

La omisión legislativa **total** ocurre cuando el legislador no cumple su labor en absoluto, existiendo un mandato constitucional al respecto. Suponiendo que existe una norma constitucional que ordena la creación o ampliación de determinado precepto, el legislador no aborda de forma alguna la extensión de la norma quedando un aspecto de ella incumplido. Este tipo de omisión es el que da lugar a casos bastante recurrentes de normas constitucionales programáticas incumplidas³⁷.

La omisión legislativa **parcial** sucede cuando el legislador no cumple su cometido de forma íntegra, esto puede suceder si por ejemplo; se dicta una normativa que excluye arbitrariamente a un sector de los administrados tal como lo expone la clasificación de Wessel, constituyendo esta clasificación un símil de la tradicional entre omisión legislativa absoluta y relativa.

³⁷ Existen ejemplos de ello en el sistema normativo constitucional chileno, a saber, el caso del artículo 121 de la Constitución el cual dispone que: “Las municipalidades, para el cumplimiento de sus funciones, podrán crear o suprimir empleos y fijar remuneraciones, como también establecer los órganos o unidades que la ley orgánica constitucional respectiva permita. Estas facultades se ejercerán dentro de los límites y requisitos que, a iniciativa exclusiva del presidente de la república, determine la ley orgánica constitucional de municipalidades.” La presente norma ordena la creación de una ley orgánica constitucional que regule los límites y requisitos para crear o suprimir empleos y fijar remuneraciones. Otro ejemplo de una norma programática incumplida lo encontramos en la tramitación del recurso de protección, el cual, pese a que es una materia de reserva legal, está regulado por un auto acordado de la Corte Suprema, lo que puede considerarse una solución parcial a la inercia del legislador pero no puede ser considerada una ley propiamente tal.

2.3.4 Omisión legislativa que lesiona derechos fundamentales

Más que una clasificación, es la determinación de si la inactividad del legislador trasgrede derechos fundamentales o no; dicha clasificación hace referencia a los efectos y a la gravedad que esta inactividad puede ocasionar.

Como sabemos, los derechos fundamentales, por su especial calidad de ser inherentes al ser humano y constitucionalmente amparados, implican un deber primordial para el legislador de materializar normas de desarrollo de los mismos, que permitan a la sociedad su adecuada exigibilidad, de acuerdo a su rango. Además conllevan la obligación emanada de declaraciones internacionales de derechos humanos de ejecutar medidas complementarias que permitan su exigibilidad por parte de los particulares.

En cambio, tratándose de derechos de distinta categoría, que se vean vulnerados por una omisión legislativa, nos encontraríamos frente a un menor grado de exigibilidad, en cuanto al tiempo o la forma de materialización de ellos.

Esta clasificación, como mencionamos anteriormente, podría ser considerada en la determinación de los presupuestos de la omisión legislativa, en cuanto al transcurso de un plazo razonable en el que el legislador no haya dictado la norma correspondiente, pues tratándose de derechos fundamentales, estos plazos son perentorios dada su relevancia, sobre todo si su concretización proviene de una Recomendación o Protocolo internacional de derechos humanos. Sin embargo, la gama de derechos que no son propiamente fundamentales o reconducibles a la categoría de derechos fundamentales, es escasa, pues el blanco de una inactividad reside casi siempre en los particulares, pues son ellos quienes pueden padecer un daño

derivado de ya sea de una medida exclusoria que conlleve discriminación, o de la falta parcial o total de legislación.

2.3.5 Omisión legislativa evitable e inevitable

Se configura una omisión legislativa **evitable**, cuando el legislador contaba con todas las medidas necesarias, ya sea de tiempo, lugar o condiciones políticas, económicas y sociales para haber concretado el mandato de legislar, y no lo efectuó por su sola voluntad o por razones injustificadas.

Por el contrario, la omisión legislativa sería **inevitable**, cuando estas condiciones de tipo político, social o económico u otras excepcionales, no permitiesen al legislador la dictación de las normas necesarias para la materialización de los fines que la constitución establece³⁸.

La presente clasificación no resulta del todo convincente considerando qué motivos serían tan decisores en la actividad del legislador que le impidiesen de forma absoluta concretar un mandato legal. Más que una clasificación, consideramos que la “inevitabilidad” constituye un criterio a considerar en el juicio concreto de razonabilidad como requisito de la omisión legislativa expuesto en el apartado anterior de este trabajo.

2.4. Situaciones de inactividad legislativa a la luz de la Constitución política de Chile

Hasta ahora hemos tratado las bases teóricas de la función legislativa y en especial la situación de la omisión inconstitucional, sus requisitos y

³⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. Op. Cit. P. 121.

clasificaciones. Sin embargo, esta institución doctrinaria nace a partir de supuestos facticos irresueltos que han derivado en la trasgresión de derechos fundamentales, políticos y patrimoniales. Previo a continuar nuestro estudio resumimos a continuación algunas situaciones donde podríamos eventualmente aplicar la institución de la omisión legislativa inconstitucional en Chile.

2.4.1. Plazo interpuesto por el Ejecutivo en proyectos de ley de suma urgencia

En la tramitación de proyectos de ley el Presidente de la Republica tiene la facultad de hacer presente a alguna de las cámaras del Congreso Nacional la urgencia en el despacho de un proyecto, en uno o en todos sus trámites (artículo 71 de la C.P.R.). Dichas urgencias se califican en simple urgencia, suma urgencia y discusión inmediata de acuerdo al plazo que tienen las respectivas cámaras para conocer y despachar el proyecto de ley. Sin embargo, ¿qué sucede cuando una de las cámaras trasgrede el plazo de la urgencia? constituye éste un plazo establecido por una ley orgánica constitucional, pues el Presidente de la Republica solo califica el tipo de urgencia. Constitucionalmente, no existe disposición que regule el caso de la trasgresión de las urgencias, las que si pueden ser consideradas como un caso de omisión legislativa de tipo absoluta, ya sea porque existe un plazo expreso que hace aún más patente la inactividad³⁹, implica una violación objetiva a la C.P.R. y además trasgrede un deber de legislar el cual está contenido como mandato constitucional que se materializa a través del ejercicio de la potestad del Presidente de la Republica.

³⁹ A diferencia del requerimiento legislativo “dentro de un plazo razonable” que hace más compleja su calificación jurídica en cuanto hay que entrar en el análisis de cuanto se considera razonable atendidas las características políticas, jurídicas, sociales, entre otras que permitieran la determinación de tal “razonabilidad”

2.4.2. Plazo interpuesto por Tribunales internacionales para regulación legal específica

En virtud de la vinculatoriedad de las sentencias de tribunales internacionales reconocidos por Chile (Corte Penal Internacional, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Internacional de Justicia) dentro de las facultades de supervisión del fiel cumplimiento de las resoluciones de dichos tribunales, se encuentra el mandato al Estado para poner en marcha mecanismos o directivas para el restablecimiento de los derechos trasgredidos. Dentro de estos mecanismos se encuentra la regularización del ordenamiento jurídico en atención a conformar las normas de derecho interno con las de derecho internacional. En consecuencia, puede directamente establecer plazos, sugerir contenidos o actuaciones concretas del Estado para tal fin.

A modo de ejemplo, se encuentra el caso conocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante C.I.D.D.H.H.) entre los años 1996 y 2002 denominado “caso del Puente La Calchona”, a propósito de la indemnización por error judicial contenida en el artículo 19 n° 7 letra i) de la C.P.R., donde en el informe n° 32/02 de la solución amistosa el Tribunal consignó en sus conclusiones que “en cuanto a las normas sobre indemnización por error judicial, la CIDH seguirá atentamente el desarrollo de los estudios e iniciativas legislativas pertinentes, en el marco de lo previsto por los artículos 2 y 10 de la Convención Americana.” Y posteriormente en su segundo considerando resolutorio solicitó “al Estado de Chile que informe a la CIDH dentro del plazo de tres meses contados a partir de la transmisión del presente informe acerca de las iniciativas y el trámite legislativo en materia de indemnización por error judicial”⁴⁰. A pesar de dicha solicitud por parte de la

⁴⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 12 de marzo de 2002. Informe N° 32/02. Solución Amistosa Petición 11.715 llamada “Juan Manuel Contreras San Martín, Víctor Eduardo

Corte, dicha iniciativa no se completó atendido que si bien fue ingresado un proyecto de ley que “establece un procedimiento en materia de error judicial”, éste se encuentra sin tramitación desde el día 23 de septiembre de 2014, en su primer trámite constitucional. Frente a esta situación, y la solicitud de dicho organismo el cual además de comprometerse a supervisar el desarrollo de medidas legislativas atinentes a mejorar el procedimiento para conceder dicha indemnización, estableció un plazo dentro del cual debía el Estado chileno informar cómo éstas se habrían concretado, entonces, ¿qué sucede en este caso si el Estado no cumple con dicha solución? ¿cuál es la vía institucional para reclamar dicho incumplimiento?

2.4.3. Disposiciones legales programáticas incumplidas

Las normas programáticas son “normas que constituyen derecho válido pero no directamente aplicable, porque requieren la promulgación de una ley que es la que hace factible el cumplimiento efectivo de la norma programática”, es decir, “no contienen auto operatividad, de modo que necesitan de otras normas para adquirir exequibilidad”⁴². Lo que se tiene claro respecto a esta clasificación de normas constitucionales es que sirven como una guía al legislador, es más aun, tendrían un carácter de mandato expreso al legislador para que desarrolle la disposición en ella contenida. La norma programática se dice que no tiene una aplicación directa, es decir, desencadena en otra norma jurídica que es la que se aplica finalmente. Esta es la principal diferencia con su

Osses Conejeros Y José Alfredo Soto Ruz” [en línea] <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/Chile11715.htm>> [consulta: 23 noviembre 2017]

⁴²BAZÁN, V. 1997. Hacia la Plena Exigibilidad de los Preceptos Constitucionales: el Control de las Omisiones Inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina. EN: Inconstitucionalidad por Omisión, bajo la coordinación de Víctor Bazán. Temis, Bogotá. P. 45.

contraparte las normas preceptivas, que son aquellas cuyos contenidos son directamente aplicables en el ámbito jurídico.

Sin embargo, si nos situamos en la doctrina de la vinculación directa de la Constitución y del principio de supremacía constitucional llegamos a la conclusión de que las normas constitucionales son vinculantes por sí mismas, tanto para los gobernados, como para los órganos del Estado.

En efecto, encontramos este planteamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno el cual señala:

“Que, por su parte, el artículo 6° de la Constitución comprende dos conceptos fundamentales. En sus incisos 1° y 2° consagra principios vitales en los cuales descansa la nueva institucionalidad, como lo son: el de la “supremacía constitucional” sobre todas las otras normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento positivo y el de la “vinculación directa” de los preceptos constitucionales a las autoridades públicas y a todos los ciudadanos, siendo, por ende, tales preceptos obligatorios, tanto para los gobernantes como para los gobernados. De allí que primero se establezca que “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”. Y, acto seguido, se agregue que “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares e integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”⁴³.

Para conocer donde se verifica la inactividad en las normas constitucionales programáticas haremos una breve referencia a la subclasificación de ellas⁴⁴:

⁴³ STC 19/1983. Tribunal Constitucional de Chile. 27 de octubre de 1983. Considerando 10°.

⁴⁴ CASTRO, I. Op. cit. P. 30.

De acuerdo a su imperatividad: Según otorguen una facultad o impongan una obligación

i. Normas programáticas optativas: Son aquellas que otorgan la facultad al legislador de desarrollarlas o no según su criterio, pero que de todas maneras ejerciéndose dicha facultad, deberá hacerlo dentro de los límites que la Constitución establece.

ii. Normas programáticas de cumplimiento obligatorio o imperativo: Son aquellas que imponen una obligación de hacer para el legislador, reuniendo tal calidad en el caso de incumplimiento se estaría generando una violación directa de la Constitución, lo que podríamos calificar como una inconstitucionalidad por omisión legislativa.

De acuerdo al destinatario del mandato:

i. Normas programáticas dirigidas al legislador: En este caso (que es el objeto de nuestro estudio) se dirige el desarrollo de la norma al poder legislativo para que materialice la norma en una derivada que tendrá aplicación directa.

ii. Normas programáticas dirigidas a otros poderes del Estado: Constituye la minoría de los casos, en que el mandato va dirigido a otro poder del Estado o a los poderes públicos en general.

De acuerdo a esta clasificación, existiría omisión legislativa en caso de incumplir una norma programática de tipo imperativa, en cuanto la actuación negativa implica automáticamente una violación a la Constitución por la existencia de un mandato expreso que el legislador no materializa a través de la norma expedida. Respecto de las normas programáticas facultativas, por regla general no dan lugar a una omisión inconstitucional por sí mismas; sin embargo en caso de que la norma programática dé la facultad al legislador, y éste con su

inactividad genere una situación jurídica discriminatoria para determinada persona o grupo, podría ocurrir de todas formas la inconstitucionalidad, es decir, “si el silencio legislativo o administrativo supone una prohibición de la existencia de una determinada situación jurídica, para un determinado grupo y no para otro, como ocurre en el caso del silencio de la ley o exclusión arbitraria de beneficios, se estaría negando el permiso mismo, lo que transformaría el silencio en una omisión inconstitucional”⁴⁵⁴⁶.

2.4.4. Disposiciones legales transitorias incumplidas

Las disposiciones transitorias tienen como finalidad la regulación del proceso de cambio en la legislación, desde un sistema jurídico a otro. El objetivo de las disposiciones transitorias consiste en que las situaciones jurídicas que toman vigencia o se consolidan en un sistema jurídico no queden sin efecto con el cambio de normativa. En cuanto a su regulación, las disposiciones transitorias al igual que las demás normas jurídicas están limitadas por la C.P.R. y en especial por la función que el legislador les otorgue; por su naturaleza, en ellas se presentan objetivos, directrices y plazos para que el mismo legislador las haga efectivas.

El incumplimiento de este tipo de normas evidentemente deriva en un perjuicio para los particulares, en cuanto están especialmente establecidas para evitar vacíos legales.

⁴⁵ CASTRO, I. Op. Cit. P. 41.

⁴⁶Ejemplo de una norma programática presente en nuestra Carta Fundamental es el artículo 112 Constitución de Chile: “La ley establecerá fórmulas de coordinación para la administración de todos o algunos de los municipios, con respecto a los problemas que les sean comunes, así como entre los municipios y los demás servicios públicos.”

Un caso ocurrido en el derecho chileno donde una disposición transitoria causa perjuicios corresponde al artículo primero transitorio de la ley N° 20.420. En este caso, el nuevo contenido del artículo estableció un sistema más favorable para los usuarios de autopistas concesionadas, pero que algunos jueces de policía local⁴⁷ interpretaron que es potestad de la empresa concesionaria el hacer aplicable la nueva disposición, basados en el tenor del artículo primero transitorio de la referida ley N° 20.420 que contempló la opción de las concesionarias para que en el plazo de tres meses de su entrada en vigencia adhirieran al nuevo régimen o se mantuvieran bajo el sistema antes vigente, sin que ninguna concesionaria se acogiera a la nueva normativa.

Dada la ambigüedad de la norma, tuvo que modificarse dicho artículo transitorio indicando que el nuevo artículo 42 regiría *in actum*, no siéndole extensiva la vigencia condicional que para algunas de las disposiciones de la ley contempló el artículo primero transitorio.

Respecto de esa norma transitoria se generó una jurisprudencia contradictoria entre diversos Juzgados de Policía Local y las Cortes de Apelaciones del país⁴⁸ pues los primeros aplicaban la norma antigua

⁴⁷ CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 02 de abril, 2013. Sesión 7. Legislatura 361. Moción de la Senadora María Soledad Alvear. En: historia de la Ley N° 20.706 que modifica el artículo primero transitorio de la Ley n° 20.410, para confirmar la vigencia inmediata de la norma que derogó la indemnización compensatoria por no pago de tarifa o peaje en obras concesionadas. [en línea] <<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4363/>> [consulta: 24 de noviembre 2017]

⁴⁸ A modo ejemplar, encontramos la Sentencia Rol N° 920-2014 de la Corte de Apelaciones de Santiago que establece en su considerando 5°: “como puede constatarse, la condena civil que debe imponerse al usuario que no enteró en tiempo y forma el valor de la tarifa o peaje, de acuerdo a la ley vigente a la fecha, participa de una naturaleza jurídica diferente de aquella establecida en el artículo 42 en su redacción primitiva. (...) Tal diferencia conduce a estos sentenciadores a la conclusión que el legislador suprimió la llamada indemnización compensatoria. En su considerando 6° se declara: “en esas condiciones, no corresponde condenar al demandado a pagar una indemnización compensatoria a favor del concesionario, aun cuando la ley la contemplaba a la época del incumplimiento, porque el Juez debe aplicar la ley vigente a la data de la condena.” Para finalizar dispone en su considerando 7°: tampoco corresponde imponer la multa establecida en la norma actualmente vigente, (...) porque, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 9

suponiendo que su vigencia dependía de que el concesionario optara por el nuevo régimen, y otros, fallaban de acuerdo a la nueva disposición entendiendo que es de vigencia inmediata, produciéndose una disparidad de criterios que afecta la certeza jurídica que debiera existir para los usuarios de vías concesionadas y generando una situación de inconstitucionalidad, al aplicar diversas interpretaciones por parte de los Tribunales de Justicia que afectaban la igualdad ante la ley de los usuarios de rutas concesionadas.

2.4.5. Auto acordados que regulan materias de orden constitucional

Los auto acordados se definen como “cuerpos de normas generales y abstractas dictadas generalmente por los tribunales colegiados, con el objeto de imponer medidas o impartir instrucciones dirigidas a velar por el más expedito y eficaz funcionamiento del servicio judicial”⁴⁹. En virtud de ellos, los tribunales superiores de justicia pueden dictar estos cuerpos normativos para un mejor cumplimiento de la función judicial, el cual se supone que es su objetivo principal. Sin embargo, bajo esta potestad se han dictado normas que tienen por objeto regular materias de ley, saliendo del límite de las atribuciones conferidas constitucionalmente a la Corte Suprema.

Esta situación se origina por una regulación legal insuficiente dada por el legislador a determinadas materias que tienen influencia en el desempeño y funciones de los tribunales, motivo por el cual éstos han venido a suplir dichas

del Código Civil, la ley puede sólo disponer para el futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo, sin perjuicio de que, además, el artículo 1° transitorio de la ley N° 20.410 no estableció la retroactividad de sus disposiciones.

⁴⁹SILVA BASCUÑAN, A. 2002. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo VIII. Jurídica de Chile, Santiago. P. 156.

deficiencias mediante normas operativas que se introducen al sistema jurídico a través de los auto acordados.

Muestras evidentes de esta situación en nuestro ordenamiento lo constituyen los auto acordados dictados por la Corte Suprema en cuanto a la “tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales” y la “tramitación de la acción de indemnización por error judicial”, y más recientemente, el Acta N° 71-2016, “Auto Acordado que regula el funcionamiento de Tribunales que tramitan electrónicamente”.

Dichos Auto Acordados han venido a normar la sustanciación de procedimientos que fueron semi-regulados o derechamente no han sido desarrollados por el legislador. En palabras del profesor PFEFFER, “se trata de cuerpos reglamentarios de orden procesal u orgánico que han debido dictarse ante la inacción del legislador que no ha cumplido el deber constitucional de proveer de un procedimiento justo y racional conforme al cual tramitar los recursos o acciones constitucionales, como así también el ejercicio de otras atribuciones privativas de los tribunales”⁵⁰.

Los efectos jurídicos y prácticos son variados, discutidos en doctrina se encuentran la vulneración de derechos fundamentales, debido a una regulación ilegítima que no permite ejercer los derechos en su esencia (artículo 19 n° 26 de la C.P.R.) por cuanto se estaría delegando en un órgano no competente para ello la función legislativa de regular, complementar o limitar garantías constitucionales.

⁵⁰PFEFFER URQUIAGA, E. Autos acordados, Control de Constitucionalidad y Procedimiento. En seminario académico: Reflexiones sobre la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional y su Control de Constitucionalidad. Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Santiago.

Lo principal para nuestro estudio, subyace en la extralimitación de atribuciones conferidas a poderes públicos, lo que se encuentra en evidente contradicción con el artículo 7 inciso 2° de la C.P.R. donde se expresa que: “ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes” y, además, infringe el artículo 6 del mismo cuerpo legal que obliga a los poderes públicos a someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella⁵¹.

⁵¹ Respecto a esta materia se señala que “los autos acordados de la Corte Suprema que regulan el recurso de protección de las garantías constitucionales y la acción de indemnización por error judicial, no tan sólo contienen normas de estricto carácter adjetivo, es decir, disposiciones que regulan sobre procesos, sino que también normas sustantivas que inciden en la vigencia de los derechos de las personas. En efecto, aquí se regula sobre tramitación de acciones, diligencias y actuaciones procesales, pero, también, sobre sanciones de caducidad por vencimiento de plazos establecidos por la propia Corte Suprema. Este solo hecho constituye una afectación de derechos fundamentales no autorizada por el Constituyente, además de contravenir el espíritu de la Constitución, puesto que mientras al Poder Legislativo se le prohíbe delegar en el Presidente de la República materias comprendidas dentro de los derechos fundamentales, el tercer Poder del Estado asume dicha potestad y atribución como propia, mutando su naturaleza que, de ser receptor del ordenamiento jurídico, pasa a ser productor neto de normas de aplicación general.” (MORAGA KLENNER, Claudio. 2007. Auto Acordados como fuentes del Derecho Público. En: Trigésima séptimas jornadas de Derecho Público. Fuentes de Derecho Público, Valparaíso 8 y 9 de noviembre de, Facultad de Derecho Universidad Católica de Valparaíso. P. 3.)

CAPITULO SEGUNDO: INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA

Hemos tenido presente a lo largo del primer capítulo de esta investigación que la inacción del legislador puede ser considerada de forma implícita como una vulneración grave a la finalidad de la norma fundamental.

Si bien el control abstracto de una inactividad sería posible, consideramos necesario tener una base concreta sobre la cual evidenciar la negligencia del legislador, que sería la existencia de una norma implícita contradictoria con los postulados constitucionales. Este silencio del legislador que provoca efectos contrarios a derechos constitucionalmente protegidos es lo que se llama “inconstitucionalidad por omisión”.

1. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA

El tratamiento de la inconstitucionalidad por omisión tuvo sus inicios bajo la teoría del autor alemán W. Wessel, en su escrito “*Die Rechtsprechung der BVerfzurLehre von Verfassungsbeschwerde*”⁵², donde en base a la clasificación propuesta entre omisión legislativa absoluta y relativa, plantea que dicha omisión ocasiona la lesión de ciertos derechos fundamentales. A partir de entonces, el estudio de la omisión legislativa ha tenido un realce en diversos ordenamientos. Aun no se ha develado el origen de esta problemática, pero los lineamientos más relevantes la ordenan hacia dos fenómenos:

⁵² FERNANDEZ SEGADO, F. Óp. Cit. P. 27.

1º. La existencia de Constituciones que incorporan deberes específicos para los órganos del Estado, dentro de los cuales se incluirían las funciones del legislador;

2º. El nacimiento de las Constituciones propias del Estado Social de Derecho, donde primarían los mandatos constitucionales de actuación al legislador, sumados al deber de los poderes públicos de conformar su actuación a los principios de supremacía y legalidad de la carta fundamental.

Además de la determinación del deber constitucional de legislar, se avanzó a otros temas como por ejemplo, la diferenciación entre este deber jurídico y la llamada “laguna legal” (que ocurre cuando hay una falta total de legislación respecto de determinada materia). El autor GOMEZ PUENTE citando a MORTATI, en su obra *“Appunti per uno Studio sui rimedi giuridizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”* (apuntes para un estudio de los remedios jurisdiccionales de control del comportamiento omisivo del legislador) plantea que la omisión “supone siempre un incumplimiento voluntario equivalente a un acto expreso de disposición contrario a un deber constitucional; la laguna, en cambio, puede producirse de modo involuntario”⁵³. En consecuencia, el autor propone la tesis de que la laguna jurídica podría salvarse, indagando en la interpretación de la labor legislativa y así determinar su carácter involuntario; en cambio, en la omisión legislativa se presenta una voluntad tácita de no legislar, sea o no contrariando un deber constitucional que imponga al legislador la producción del texto legal. Por este motivo el único remedio que podría plantearse en este caso sería la declaración de este comportamiento por parte de la autoridad, al menos para poder remediar los

⁵³ GOMEZ PUENTE, M. citando a MORTATI, C. Op. Cit. P. 28.

perjuicios ocasionados a los receptores de la norma y dictar la legislación correspondiente.

A pesar de que nuestra opinión sea la de reparar integralmente la omisión tanto en su esfera constitucional, administrativa y civil, la teoría de MORTATI cuestiona la posibilidad de incluir otros remedios aparte de la declaración de inactividad del legislador, que comprendan tanto el reconocimiento de la omisión legislativa, como su trasgresión a la Constitución, a los principios y derechos fundamentales que puedan verse vulnerados por esta conducta y además la proposición de mecanismos legales para salvar la omisión legislativa antes que produzca daños jurídicamente relevantes a la comunidad.

Teniendo presente esta primera dificultad procedemos a definir lo que se entiende por omisión legislativa inconstitucional. Para MORTATI en cita hecha por FERNANDEZ RODRIGUEZ, constituye una *“specie d’astensione dal disporre quanto sarebbe prescritto, a termini di Costituzione”*⁵⁴.

Por su parte el profesor portugués GOMES CANOTILHO afirma que *“a omissão legislativa existe quando o legislador nao cumpre ou cumpre incompletamente o dever constitucional de emanar normas destinadas a actuar as imposições constitucionais permanentes e concretas”*⁵⁵

El autor FERNÁNDEZ SEGADO, define la inconstitucionalidad por omisión partiendo por su naturaleza negativa, en cuanto “determinada la obligación de legislar sobre una determinada materia para que la norma

⁵⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. citando a MORTATI, C. Op. Cit. P.76.

⁵⁵ Ídem. Citando a GOMES CANOTILHO, J. Op. Cit. P. 78.

constitucional tenga eficacia plena, es la inacción, la omisión de la obligación constitucionalmente contemplada la que provoca el vicio de inconstitucionalidad”⁵⁶.

En doctrina nacional GÓMEZ PUENTE ha tratado la inconstitucionalidad por omisión legislativa como aquella que “comprende una situación caracterizada, de un lado, por un precepto constitucional que prescribe un determinado comportamiento del legislador (emanar normas legislativas de actuación), y, de otro, por un comportamiento del legislador que desdice, en todo o en parte, aquel descrito por el precepto constitucional”⁵⁷.

Por nuestra parte proponemos definir la inconstitucionalidad por omisión como **aquel comportamiento pasivo del legislador frente a un deber de desarrollo legislativo que produce efectos contrarios a la eficacia de algún precepto constitucional.**

⁵⁶ FERNANDEZ SEGADO, F. Op. Cit. P. 20.

⁵⁷ GOMEZ PUENTE, M. Op. Cit. P. 36.

2. FUNDAMENTOS NORMATIVOS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

2.1. Principio de supremacía constitucional

El principio de supremacía constitucional comprende la consideración de la carta fundamental como la máxima norma, una guía para el resto de las leyes, superior a ellas y que por lo tanto implica la sujeción del resto del ordenamiento a sus lineamientos, en consecuencia, cumpliendo la función de norma ordenadora.

Es uno de los principios base del constitucionalismo, se formula efectuando en primer lugar el reconocimiento de la Constitución como norma jurídica fundamental, es decir, constituye la “base y el límite para todas las actuaciones formales y materiales que tengan consecuencias jurídicas”⁵⁸. Se iguala este principio con la conocida estructura piramidal de normas, en cuya cima se encuentra la Constitución; considerándosela como “la norma reguladora de la producción de las restantes normas”⁵⁹.

Se relaciona íntimamente con el principio de la fuerza normativa de la Constitución, como el engranaje que hace patente y visible su supremacía, estableciendo que la carta fundamental “obliga por sí misma y que los preceptos constitucionales son verdaderas y auténticas normas jurídicas que vinculan inmediatamente y simultáneamente a todos los órganos del Estado y a todas las personas y grupos”⁶⁰. En la Constitución Política chilena, se encuentra

⁵⁸VERDUGO MARINKOVIC, M. 2003. Notas sobre el principio de supremacía constitucional y los decretos supremos de ejecución. Revista Estudios Constitucionales. Vol. 1. P. 388.

⁵⁹ Ídem.

⁶⁰ BULNES ALDUNATE L. Op. Cit. Pp. 137-142.

reflejado este principio en el artículo 6º, el cual plantea: *Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares e integrantes de dichos órganos, como a toda persona, institución o grupo.* De esta norma podemos extraer que obliga tanto al legislador, al Estado y a los jueces; así como a toda persona, considerada individual y colectivamente.

En el capítulo anterior aludimos al principio de supremacía constitucional junto con la normatividad de la Constitución, como parte de las fuentes y límites de la actividad legislativa; cuando este principio es trasgredido comienzan a operar los mecanismos de tutela de orden constitucional a fin de invalidar la expresión legislativa violatoria del orden fundamental.

Para lograr la eficacia del principio de la supremacía constitucional, existen dos grandes sistemas de control de constitucionalidad de los actos del Estado y, entre ellos, muy principalmente de los emanados del poder legislativo. El primero es el denominado control difuso, que permite a todos los tribunales de un país declarar inconstitucional una ley invocada en un proceso sometido a su conocimiento y, por lo tanto, inaplicarla cuando su contenido es contrario a la Constitución. Es el caso de Estados Unidos, en que a partir del famoso proceso *Marbury vs. Madison*, decidido por la Corte en 1803, sentó jurisprudencia en el sentido de que todo tribunal norteamericano debía aplicar la Constitución si era contraria a una ley.

El segundo, es la Justicia Constitucional, donde el control de constitucionalidad de las leyes le corresponde a un solo tribunal el que efectúa un examen de compatibilidad entre la ley y la Constitución. Con ello se logra “uniformar criterios en este sentido y dar eficacia real al principio de igualdad

ante la ley y, como consecuencia, al de su igual protección en el ejercicio de sus derechos”⁶¹.

El fundamento de la Justicia Constitucional como control de la actividad del legislador descansa en el efectivo cumplimiento de su función, si bien advertimos que éste posee libertad configurativa de la ley para desarrollar preceptos y principios constitucionales, esta libertad se limita en cuanto toda la actuación y las consecuencias que derivan de ella, deben ceñirse de forma estricta a la norma fundamental, puesto que es un órgano que actúa en representación de la comunidad.

Esta concepción actual ha sido objeto de una lenta evolución en cuanto la Constitución ha pasado a considerarse vinculante, no necesariamente existiendo norma programática que contenga un mandato específico al legislador. A mayor abundamiento, previo al texto constitucional de 1980, si no existía un mandato expreso de desarrollo normativo, el texto quedaba como meramente programático, lo que a la larga significaba la desvalorización de la integridad constitucional, donde solo algunas normas tienen asidero material.

Es evidente entonces la conexión que existe entre la supremacía constitucional y la justificación de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, en cuanto, el control constitucional debe ejercerse de forma transversal tanto para el actuar positivo del legislador como para el negativo, por cuanto el legislador con su comportamiento omisivo también puede incumplir con la concretización de normas constitucionales.

⁶¹ COLOMBO CAMPBELL, J. 2002. Funciones del Derecho Procesal Constitucional. Revista Ius et Praxis. Vol. 8 (2) [online] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200002&lng=es&nrm=iso> [consulta 01 noviembre 2017]

2.2. Principio de separación de poderes del Estado

El sistema político democrático-liberal sustentado por el constitucionalismo democrático “prevé la división y control entre los poderes, por tanto, se establece que el órgano legislativo, Parlamento o Congreso, sea el encargado de desarrollar legislativamente los preceptos consagrados en la Constitución”⁶².

Sin embargo, es este uno de los principios que concentra el interés en el estudio de la inactividad del legislador, puesto que en caso de analizar las posibles soluciones a la inactividad legislativa, entra en juego la dinámica de como sopesar los efectos jurídicos de dicha falta, evaluando el margen de libertad que tienen los otros poderes del Estado para intervenir en la actividad legislativa.

Tenemos entonces una primera dificultad, que comprende quien estaría llamado a establecer parámetros para la actividad legislativa, sobretodo temporales; puesto que los parámetros materiales de la norma ya son supervigilados por el Tribunal constitucional.

La separación de poderes del Estado es un argumento reiterado en contra de la inconstitucionalidad por omisión, por los motivos que ya hemos mencionado, sin embargo, si hacemos una relectura acorde con la política moderna observamos que cada vez es más estrecha la relación entre el poder Ejecutivo y el poder Legislativo, si bien la distribución de competencias es clara, hay complementariedad en la iniciativa legislativa por parte de ambos, superando la noción original de subsunción de un poder a otro.

⁶² RAMÍREZ CLEVES, G. Op. Cit. P. 5.

2.3 Omisión legislativa inconstitucional en el ámbito de los derechos fundamentales.

Un derecho fundamental es aquel inherente a la naturaleza de las personas, es ante todo un derecho subjetivo, es decir, un “apoderamiento jurídico (contenido del derecho) que la Constitución, atribuye a un sujeto para que pueda defender, asegurar o ejercer determinadas expectativas (objeto del derecho). Ese apoderamiento consistirá en la posibilidad de, con la fuerza normativa de la Constitución, exigir a un tercero, sea un poder público o un particular, el cumplimiento de un deber”⁶³.

La noción de derecho fundamental encuentra su base en el constitucionalismo como un “sistema de vínculos sustanciales, o sea de prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, y precisamente por los principios y los derechos fundamentales en ellas establecidos, a todos los poderes públicos, incluso al legislativo”⁶⁴.

Tenemos entonces una doble dimensión de la Constitución como fuente de los derechos fundamentales: por una parte, se le considera “fuente sobre las demás fuentes” lo que conlleva a un papel regulador tanto material como formalmente por cuanto se dirige para su materialización al legislador y al resto de los poderes públicos. Por otra parte, se la considera una “fuente suprema de

⁶³ BASTIDA, VILLAVERDE, REQUEJO, PRESNO, ALAEZ Y SARASOLA. 2004. Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978, Editorial Tecnos, Madrid. P. 26.

⁶⁴ FERRAJOLI, L. 2006. Sobre los derechos fundamentales. Revista Cuestiones Constitucionales, España. Vol. 15. P. 114. [en línea] <<http://idh.uv.es/principiaiuris/articulos/ferrajoli/4.pdf>> [consulta: 16 agosto 2017]

eficacia directa (..) es *decir*, una fuente que crea directamente relaciones jurídicas”⁶⁵.

No todos los derechos fundamentales tienen posibilidad de ser ejercidos de forma inmediata, ya que si bien por su naturaleza se entiende que tienen eficacia directa, para su pleno ejercicio necesitan de la intervención del legislador. En definitiva, gran parte de los derechos fundamentales sólo pueden cumplir su función social a través de la legislación, lo que deja meridianamente clara la trascendencia que la tarea legislativa tiene para la vigencia de la Constitución.

Lo que sucede entonces, cuando no hay programación legislativa para hacer efectivos los preceptos constitucionales, es la creación de situaciones *de facto* que contradicen derechos fundamentales. Al faltar la intervención legislativa, son otros los órganos que vienen a suplir dicha inactividad, generando la inconstitucionalidad no solo de la norma, sino que en el reparto de competencias *extra legem* para sopesar la desigualdad que produce la deficiencia de la norma.

Como plantea el autor FERNÁNDEZ SEGADO⁶⁶, la importancia y el peso de una inactividad legislativa será mucho más significativa mientras más cercana respecto de los derechos sociales se encuentre la norma omitida. Esta idea proviene del profesor alemán PETER HÄBERLE quien plantea que el desarrollo legislativo es el “*médium*” por el cual se hace efectivo el planteamiento constitucional respecto de la realidad social; por tanto, a través de la configuración legislativa se logra cumplir este rol “mediador” y alcanzar

⁶⁵ Bis in ídem. P. 25.

⁶⁶ FERNANDEZ SEGADO, F. 2003. La evolución de la justicia constitucional. Dykinson, España. Pp. 1024-1025.

una “vigencia real” de la norma y no sólo una “vigencia formal”, que reduciría a la norma fundamental a un nivel ideal y no material⁶⁷.

En el mismo orden de ideas, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán ha explicado el contenido de los derechos fundamentales en dos dimensiones: objetiva y subjetiva. En la dimensión objetiva del derecho ocurre una “irradiación” a los tres poderes del Estado. Si rescatamos lo que esa irradiación comprende para el poder legislativo, deberíamos considerar la conformación material de la ley para comprender el contenido de los derechos fundamentales. Sobre esta base, podemos aplicar un “mandato de optimización” que se explica como aquel que “comporta un determinado contenido normativo que debe ser realizado por los poderes públicos, y la optimización de esa dimensión objetiva requiere actuaciones concretas que permitan el máximo desarrollo, jurídico y práctico, del haz de facultades comprendido en el derecho fundamental”⁶⁸

Los derechos fundamentales constituyen por sí lineamientos de acción que pesan sobre la labor legislativa, pudiendo el legislador verse envuelto en el incumplimiento de la norma fundamental de manera implícita, generando situaciones jurídicas y materiales que van en contradicción con el texto constitucional.

A su respecto señala el autor citado que “resulta obligado prestar atención preferente a los derechos constitucionales, pues es indiscutible que en ellos encontramos, por así decirlo, fuentes privilegiadas del deber de legislar, lo

⁶⁷ Op. Cit. FERNANDEZ SEGADO, F. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas: algunas cuestiones dogmáticas. P. 20. Citando a HÄBERLE, P. (2000). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn* (Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de ley). Madrid, Dykinson. P. 169.

⁶⁸ BASTIDA, et al. refiriéndose a las SSTC 18/1984, FJ. 6º y 53/1985, FJ. 4º del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Óp. Cit. P. 42.

que no es sino la resultante obligada de la centralidad de los derechos en los ordenamientos constitucionales de nuestro tiempo”⁶⁹.

La afectación a derechos fundamentales causada por la inactividad del legislador puede irrogar un daño aun mayor tratándose de DESC. La razón de ello radica en que “este tipo de derechos están en constante actualización y demandan por parte del Estado y demás poderes públicos una “intervención activa” de su parte, que no se conforme solo con el reconocimiento y respaldo constitucional de ellos, sino que implique una acción permanente del Estado, una asistencia real que haga eficaz su cumplimiento y lograr así el desarrollo social y económico que deberían conllevar”⁷⁰. En esta etapa es que entra la labor del legislador, puesto que esos planes de desarrollo y la consecución de estos objetivos no son posibles sin su intervención activa e integra, debiendo cumplir el deber legislativo de manera transversal y oportuna, beneficiando correctamente a todos los destinatarios de la norma y evitando a toda costa ocasionar perjuicios a los ciudadanos.

3. INSUFICIENCIA DE LA LEGISLACIÓN INTERNA PARA SATISFACER EL ORDEN INTERNACIONAL DE LOS DD.HH.

Las medidas positivas pueden requerir de cierta gradualidad en su implementación. En dicho caso, hay ciertas condiciones que el Estado deberá satisfacer, siendo especialmente relevante “adoptar medidas que le permitan avanzar en el cumplimiento de sus obligaciones prestacionales (...) el Estado, si bien puede comprometer recursos progresivamente, debe hacerlo a través de un proceso racional, ‘que estructure una política pública susceptible de ser

⁶⁹ Ídem.

⁷⁰ Ídem.

implementada' y, por tanto, debe demostrar seriedad en el compromiso adquirido; y (...) si dicho compromiso se ha adquirido a través de leyes, las personas podrán recurrir ante los tribunales a objeto de cumplir con dicha promesa"⁷¹.

Lo anterior también ocurre con ocasión de las disposiciones de un tratado internacional. En esta materia, el Tribunal Constitucional ha señalado que un precepto programático por su misma naturaleza no es inconstitucional por sí mismo, pues su aplicación quedará sujeta a legislación complementaria⁷³.

El TC ha acogido la constitucionalidad de normas que no se bastan a sí mismas, como ocurre con las que contienen cláusulas internacionales *non-self-executing* las cuales "requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las hagan aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva"⁷⁴.

Continuando con la idea anterior, dentro de un sistema jurídico como el nuestro estos deberes no solo se aplican respecto de los derechos de segunda generación sino que a todo tipo de derechos, pues "en determinadas circunstancias el goce efectivo del derecho a la vida en condiciones de dignidad y de otras libertades básicas puede depender de acciones positivas de las autoridades para garantizar la dimensión prestacional de tales derechos y

⁷¹ NASH ROJAS, C. 2011. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Justicia Constitucional Latinoamericana: Tendencias Jurisprudenciales. Revista Estudios Constitucionales. Vol. 9. (1): Pp.65-118 [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000100004> [consulta 01 diciembre 2012].

⁷³ Tribunal Constitucional, STC 309/00. 4 de agosto de 2000. Considerando 73°.

⁷⁴ Tribunal Constitucional, STC 309/00. Óp. cit. Considerando 48°.

libertades. Tales acciones positivas, cuando están dirigidas a responder a las necesidades de muchas personas, pueden desarrollarse progresivamente para garantizar la efectividad de la faceta programática y prestacional de un derecho constitucional, siempre que los mínimos de satisfacción hayan sido asegurados a todos"⁷⁵.

4. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO FUENTES COMPLEMENTARIAS DEL DEBER DE LEGISLAR

Ya hemos tratado que diversos derechos sociales tienen un contenido prestacional que requiere concretizarse a través de medidas legislativas para alcanzar efectividad plena. Esta realidad es transversal, superando la clasificación de derechos de primera, segunda o tercera categoría, puesto que la mayoría de ellos “tienen una dimensión prestacional o institucional difícilmente desvinculable de su ejercicio individual”⁷⁶.

En el derecho interno, la base de este mandato al legislador se encontraría en el inciso 2° del Artículo 5° de la Constitución Política de Chile, el cual dispone que:

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos,

⁷⁵ Corte Constitucional de Colombia. STC T-025/04. 22 de enero de 2004, párr. 8.1. [en línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>> [consulta: 01 diciembre 2017]

⁷⁶ GÓMEZ PUENTE, M. Op. Cit. P. 264.

garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Este apartado conlleva que los derechos fundamentales contenidos en el derecho interno tuviesen la misma jerarquía que los contenidos en tratados internacionales dentro del ordenamiento jurídico y que, además, dichos derechos fuesen vinculantes para los órganos del Estado, con el correspondiente deber de promoción.

Al respecto se ha afirmado que “la protección constitucional se refiere no sólo a los derechos establecidos en ella, sino a todos los que son inherentes a la naturaleza humana, (...) tales derechos no sólo son los enumerados en el texto de la Constitución, en los capítulos segundo y tercero, sino también los que formen parte del acervo cultural de la humanidad y que son propios de la naturaleza humana”⁷⁷. En cuanto a la obligación del Estado respecto de aquellos derechos fundamentales, desde la discusión del texto de la Constitución Política del año 1980 se recalcó que “la primera obligación preceptiva para el Estado es genérica y de ella se derivan todas las demás obligaciones específicas. (...) es una norma esencialmente preceptiva, aquella que le impone al Estado la obligación de crear ‘el conjunto de condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional alcanzar su más plena realización posible’. Es esa la gran obligación que tiene el Estado, y para cumplirla, es que se le encargan otras misiones específicas que son, en todo caso, de menor jerarquía”⁷⁸.

⁷⁷ CUMPLIDO CERECEDA, F. 2003. La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia. Revista Ius et Praxis, vol. 9 (1): Pp. 365-374. [en línea] <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000100018>> [consulta: 03 diciembre 2017]

⁷⁸ GUZMÁN ERRÁZURIZ, J. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión Tercera. 26 de septiembre de 1973. P. 983.

En la discusión sobre el requerimiento formulado por diversos diputados con el objeto de que Tribunal Constitucional declarara la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma, dicho Tribunal, citando el Informe de la Comisión Conjunta de la Junta de Gobierno, de 12 de junio de 1989, expuso que: “a la autoridad le corresponde, también, la promoción de los derechos humanos, los que, emanando de la naturaleza de la persona, no son establecidos por la Constitución, sino que ésta se limita a reconocerlos y a describirlos, pudiendo las leyes y los tratados desarrollarlos sin afectar su esencia”⁷⁹. Sin embargo, al momento de reconocer la promoción, solo se menciona que “**pueden** las leyes... desarrollar tales derechos sin afectar su esencia”, siendo que es claro el tenor obligatorio del precepto, estableciendo el deber de promover, es decir “impulsar el desarrollo o la realización de algo”⁸⁰.

Como corolario a lo antes dicho, en el mismo fallo comentado precedentemente se afirma que “no estuvo en la mente del Constituyente que los tratados no quedaran sujetos a la supremacía de la Constitución ni menos que su jerarquía permitiera enmendar normas de la Ley Fundamental, ya que si así no fuere carece de toda explicación lógica y jurídica que se hubiere afirmado que era procedente el recurso de inaplicabilidad de una norma de un tratado por ser contraria a la Constitución, habida consideración que dicho recurso reconoce como causa inmediata, precisamente, la prevalencia de la Constitución sobre la ley o el tratado”⁸¹

Además de los derechos fundamentales y lo preceptuado por el inciso segundo del artículo 5° de la norma fundamental como fuente primera del deber de legislar, nos encontramos con la situación de que existen deberes de

⁷⁹ Tribunal Constitucional de Chile. STC 346/02. 08 de Abril de 2002. Considerando 63°.

⁸⁰ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. [en línea] <<http://dle.rae.es/?id=ULyG6Yb>> [consulta: 02 diciembre 2017]

⁸¹ Bis in ídem.

desarrollo legislativo provenientes de tratados internacionales de derechos humanos.

Tanto en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica", el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, la Convención Sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, la Convención contra la Tortura y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, se presentan preceptos que comprometen al legislador interno el desarrollo de mecanismos legislativos. A modo ejemplar en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su "Parte II, artículo 2º" dispone que:

*Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de **medidas legislativas**, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.*

También la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer en su Artículo 2, establece que:

Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados

y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

*a) **Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación** apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;*

*b) **Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter,** con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;*

*c) **Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer** sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.*

Tenemos claridad de que si el Estado no permite las condiciones para el reconocimiento de determinados derechos de orden internacional incumple con el mandato constitucional del artículo 5° inciso segundo de la Constitución, antes indicado. El mismo incumplimiento se produce cuando el Estado “ampara la aplicación de una legislación insuficiente e inadecuada, debiendo recurrirse a otras acciones judiciales o subterfugios en que queda en desamparo normativo la trasgresión a estos deberes de orden internacional, que tienen por objeto, precisamente la protección de derechos fundamentales”⁸².

⁸² CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2013. Informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. Boletín N° 8.924-07.

5. MECANISMOS DE CONTROL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA EN EL DERECHO COMPARADO

Como ya se ha expresado anteriormente, la omisión legislativa en el orden nacional e internacional presenta diversos problemas en cuanto a su reconocimiento, derivados principalmente de la inexistencia de un deber expreso de legislar sobre determinadas materias en algunas constituciones, de la falta de potestades legales de los órganos que ejercen control constitucional para reconocer la inactividad legislativa y enmendar este tipo de omisión y, además, por la rigidez de algunos ordenamientos que no permiten evaluar de forma íntegra las funciones de los poderes públicos.

A pesar de ello, la doctrina y jurisprudencia comparada han introducido paulatinamente diversos mecanismos para reconocer y enmendar las omisiones del legislador. Para el objetivo de esta investigación, se dividirán en mecanismos jurisprudenciales de control de la inactividad legislativa y mecanismos constitucionales de control de la inactividad legislativa.

5.1. Mecanismos jurisprudenciales de control constitucional de la omisión legislativa

i. “Queja Constitucional” (Alemania): este mecanismo fue desarrollado por la jurisprudencia alemana, en base a la interpretación del Tribunal constitucional de ese país del art. 1.1 de su Ley Fundamental la cual plantea en términos claros: “Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder legislativo, al poder ejecutivo y a los tribunales a título de derecho

directamente aplicable”, a continuación enumera una serie de derechos fundamentales; que complementada con su artículo 20.3. el cual dispone que “el poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho”⁸³.

En consecuencia, el poder legislativo cuando actúa dentro de la función de producción de la ley debe propender al respeto de tales derechos, y a darles efectividad en cuanto la ley no se ajuste a su contenido. Es un deber del legislador actualizar la norma para corresponderla con tales derechos.

ii. Sentencias manipulativas o interpretativas (Italia)⁸⁴: la Corte Constitucional italiana ha incorporado la noción de sentencias manipulativas como aquellas que contienen una integración de la legislación que se ha omitido; interpretándose diversos principios constitucionales se llega a la existencia de esta facultad. También se sub-clasifican las sentencias manipulativas en: sentencias aditivas, estimatoria parcial y sustitutiva.

Estas sentencias surgen de la constatación de que la anulación de un precepto legal puede dar lugar a consecuencias tan inconstitucionales, como su subsistencia en desacuerdo con la Constitución.

Como ejemplo de esta clase de sentencias, se encuentra la sentencia 292/1998, donde la Corte Constitucional italiana examinó la constitucionalidad de una norma sobre la máxima duración de la detención cautelar. En el fallo la Corte sostuvo que la interpretación de dicha norma

⁸³ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. [en línea] <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>> [consulta: 02 diciembre 2017]

⁸⁴ BRUST, L. 2011. La sentencia constitucional en Brasil. Tesis Doctoral, Facultad de Derecho. Universidad de Salamanca, España. P. 74. Citando a: ELIA, L. *Divergenze e convergenze della Corte costituzionale con la magistratura ordinaria in materia di garanzie difensive nella istruzione sommaria* in *Rivista Italiana di diritto e processo penal*, 1965, p. 362.

era inconstitucional, debiendo interpretarse en una dirección diversa para ser compatible con la Ley Fundamental⁸⁵.

iii. Jurisprudencia de las Cortes Constitucionales: *en esta categoría encontramos extensa doctrina creada por los tribunales constitucionales de diversas naciones, entre las cuales se encuentra Colombia, Costa Rica, México, Argentina, Ecuador, etc.; que han incorporado a la práctica jurisdiccional diversos mecanismos para solucionar la omisión legislativa inconstitucional. Algunos de ellos son:*

a. Sentencias exhortativas: declaran una situación jurídica que es o será eventualmente inconstitucional y añaden una recomendación al legislador para que realicen determinada regulación. En la mayoría de los casos otorga la Corte un plazo prudencial para hacer efectiva la tarea del legislador, sin embargo, este mecanismo presenta dificultades en cuanto no hay formas obligatorias de hacerlo cumplir, quedando su eficacia sujeta solamente al compromiso del legislador. se ha clasificado también como un subtipo de sentencia manipulativa.

Como ejemplo de esta clase de sentencia tenemos el fallo de la Suprema Corte de Justicia Argentina llamado *XXXVIII. Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus*, el cual plantea en su considerando 7º: “Exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y la

⁸⁵ BOTERO, M. 2009. La justicia constitucional Italiana. Discurso del Presidente de la Corte Constitucional Franco Bile Argel. P. 100. [en línea] <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/elementos-de-juicio/.../9532>> [consulta: 21 de noviembre 2017]

legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales”⁸⁶.

b. Sentencias que declaran la constitucionalidad temporal de la disposición: parte del supuesto de que estamos en presencia de una omisión legislativa relativa (aquella que deriva de actuaciones parciales del legislador que produce determinada materia sólo para algunas relaciones determinadas, excluyendo otras análogas) y supone conservar la validez de la norma aun si resulta contraria a la Constitución. Esto sucede cuando los supuestos de la inconstitucionalidad no son aun verificables, es decir, ésta no ha generado un daño, o también cuando la declaración de inconstitucionalidad por omisión causara un perjuicio mayor que la conservación de la norma. Este mecanismo se aplica otorgando un plazo en que el legislador pueda completar la omisión mediante la creación de las normas pertinentes. En caso de que no realice esta función, será el Tribunal Constitucional quien extenderá la medida legislativa original al grupo excluido del beneficio que le traería la norma.

Como muestras de esta clase de sentencia encontramos, en primer lugar, la sentencia 221/1997 de la Corte Constitucional de Colombia la que se fundó en la falta de regalías sobre la explotación de la arena en los ríos donde se otorgó 5 años de constitucionalidad diferida y en segundo lugar, la sentencia 700/1999 donde la Corte constató una grave afectación del derecho a la vivienda digna, por ausencia de planes adecuados de

⁸⁶ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. 03 de mayo de 2005. STC Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus. Considerando 7° [en línea] <<http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/CSJN.%20Verbitsky%2003-05-05%20fallo.pdf>> [consulta: 22 de noviembre de 2017]

financiación, la cual atendida su gravedad otorgó solo nueve meses de constitucionalidad diferida⁸⁷.

c. Sentencias integradoras: Este mecanismo obedece al principio de conservación de la ley y consiste en la integración que hacen los Tribunales Constitucionales de la norma que presenta una omisión inconstitucional, completándola con otros preceptos legales que la hagan concordar con la carta fundamental de manera que no se generen daños a los ciudadanos afectados por su aplicación. No constituye una modificación o una declaración de inconstitucionalidad de la norma en cuestión, solo utilizan recursos legales existentes para evitar los efectos nocivos que la aplicación de la ley en forma textual pudiese ocasionar o esté ocasionando.

En esta clase encontramos la sentencia 40/1998 de la Corte Constitucional italiana, que en su considerando 2° plantea que: *il criterio adottato dal legislatore sarebbe in contrasto con il principio di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 della Costituzione), perché non consentirebbe di realizzare i lavori da appaltare con il minor sacrificio economico possibile. Inoltre l'obbligo di esclusione generalizzata delle offerte anomale, senza la loro puntuale verifica in contraddittorio con l'offerente, potrebbe provocare effetti distorsivi, rendendo possibile ai partecipanti alla gara di interferire in un meccanismo i cui valori sono determinati dalle stesse imprese, le quali potrebbero accordarsi nel presentare le offerte, per alzare o abbassare la soglia di ammissibilità delle offerte. Sarebbe inoltre irragionevole, ed in contrasto con il*

⁸⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. STC 700/1999. 16 de septiembre de 1999. [en línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-700-99.htm>> [consultado el 02 de diciembre de 2017]

principio di buona amministrazione, che la stessa offerta successivamente esclusa concorra a determinare la media alla quale si rapporterà il livello di ammissibilità delle offerte. (...)

L'irragionevolezza del meccanismo di esclusione automatica comporterebbe anche la violazione dell'art. 3 della Costituzione, per l'ingiustificata disparità di trattamento tra offerte ammesse ed offerte escluse, essendo incongruo ed iniquo il criterio della loro differenziazione⁸⁸⁸⁹.

d. Sentencias aditivas prestacionales: son aquellas que “otorgan, a favor de determinadas categorías de sujetos (servidores públicos, pensionados, etcétera) un contenido patrimonial (retribución, indemnización, pensión, etcétera) o la prestación de servicios, cuyo disfrute resultaba anteriormente, a juicio de la Corte, ilegítimamente excluido y limitado. En este caso se produce una obligación (superior a la anterior o totalmente nueva) de prestación, es decir, una situación de dar o de hacer”⁹⁰.

⁸⁸ CORTE COSTITUCIONAL ITALIANA. 25 de febrero de 2017. STC 40/1998. Considerando 2°.

⁸⁹ TRADUCCIÓN PROPIA: “el criterio adoptado por la legislatura iría en contra del principio de buena administración (Artículo 97 de la Constitución), porque no permitiría que la obra se contratara para llevarse a cabo con el menor sacrificio económico posible. Por otra parte, el deber de la exclusión generalizada de las ofertas anómalas, sin su oportuna comprobación conjuntamente con el oferente, podría causar una distorsión, por lo que es posible que los oferentes interfieran en un mecanismo cuyos valores están determinados por las propias empresas, que podrían presentarlas con el fin de aumentar o reducir el umbral de admisibilidad de las ofertas. También sería infundado, y contrario al principio de buena administración, que la misma oferta posteriormente excluida concorra para determinar el promedio al que se referirá el nivel de admisibilidad de las ofertas.

La irracionalidad del mecanismo de exclusión automática también implicaría la violación del art. 3 de la Constitución, por la desigualdad injustificable de trato entre ofertas aceptadas y ofertas excluidas, por lo que el criterio de su diferenciación es incongruente e injusto”.

⁹⁰ HERNÁNDEZ VALLE, R. 1997. La Jurisdicción Constitucional en Costa Rica. Dykinson, España. P. 577. [en línea] <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/22.pdf>> [consulta: 13 agosto 2016]

En el caso de existir un caso de omisión legislativa cuando se encuentra dictada una sentencia de esta clase, surgen alternativas que permiten completar su contenido al menos temporalmente. Dentro de ellas se encuentra por una parte, el control abstracto de inconstitucionalidad por omisión, consistente en la declaración de que existe una situación de inconstitucionalidad debido a la omisión del legislador. Este es el primer objetivo de este control, pudiendo complementarse con una comunicación al legislador respecto de la situación que se ha declarado.

Por otra parte, se encuentran las sentencias de recomendación al legislador, que veremos a continuación.

e. Sentencias de recomendación al legislador: se produce cuando la norma en cuestión no es inconstitucional en sí misma, pero requiere ser perfeccionada para que tenga los efectos esperados acorde a la norma fundamental. No en todos los países la recomendación al legislador se realiza en los mismos términos, variando su aplicación en cuanto al rol que asumen los tribunales constitucionales al establecer desde simples advertencias, hasta mandatos sobre cómo o cuándo legislar sobre determinada materia.

Como ejemplo de sentencia que contiene una recomendación o prevención al legislador encontramos aquella del Tribunal Constitucional de Chile que se pronuncia sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del Código

Civil que regula el matrimonio entre personas de distinto sexo⁹¹. Al respecto los considerandos 36° y 37° señalan:

“Que legislar sobre la materia resulta aún más imperioso en nuestro país frente al vacío normativo que hoy existe. Ello deja en una incertidumbre jurídica a las uniones de hecho, especialmente a las parejas del mismo sexo, exponiéndolas a situaciones de menoscabo y desamparo. **Existe en este punto una omisión legislativa y un déficit de protección que es preciso remediar con prontitud.** Existe una clara tendencia a regular estas situaciones en los diversos países;

Que, sin embargo, debemos dejar en claro que compete al Parlamento –y no a esta Magistratura– dictar las normas legales correspondientes, regulando alguna forma de unión civil entre dos personas, independientemente de su orientación sexual, e incluso abriendo la institución matrimonial a personas del mismo sexo, si así lo estima conveniente.”

5.2 Mecanismos constitucionales de control de la omisión legislativa inconstitucional

i. Normativización del deber de legislar: diversos países han introducido en sus constituciones expresamente el deber del legislador de desarrollar la norma; por ejemplo en la Constitución de la Ex - Yugoslavia de 1974, (art. 377) en la Constitución Portuguesa de 1976, (art. 279) y en su reforma de 1982 (art. 283), en la Constitución de Brasil

⁹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 03 de noviembre de 2011. STC 1881/10. Considerandos 36° y 37°.

de 1988 (art. 102.I y II), en la Constitución de la Provincia de Río Negro en Argentina, en la Constitución de Costa Rica (art. 173 inciso f y artículo 75), en la Constitución de Hungría (Cláusula 32. A. 3) y más recientemente en la Constitución Bolivariana de Venezuela en su artículo 336. 7.

En el caso de Yugoslavia, las facultades otorgadas por la Constitución al Tribunal de Garantías Constitucionales a constatar que el órgano competente no hubiere dictado las normas necesarias para poner en ejecución las disposiciones de la Constitución, no obstante, estar obligado a ello y, para posteriormente dar conocimiento de tal situación a la Asamblea, es decir, al órgano legislativo.

Por su parte, la Constitución Portuguesa de 1976, establece legalmente la facultad a la Corte Constitucional de compeler al legislador a salvar la omisión, en efecto el artículo 283 de la Constitución Portuguesa⁹² plantea:

(...) el Tribunal Constitucional deberá examinar y comprobar el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales. (...)

2. En el supuesto de que el Tribunal Constitucional compruebe la existencia de inconstitucionalidad por omisión deberá comunicarlo al órgano legislativo competente.

La justicia constitucional portuguesa desarrolla un modelo mixto, incorpora elementos del control concentrado estableciendo amplias prerrogativas al Tribunal Constitucional y también un modelo de

⁹² CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA PORTUGUESA. Traducción al español por la Universidad de Lima. [en línea] <<http://confinder.richmond.edu/admin/docs/portugalsp.pdf>> [consulta: 26 de julio 2017]

fiscalización difusa, en el cual los tribunales ordinarios pueden decidir las cuestiones de constitucionalidad planteadas en cada caso concreto. De esta forma, la norma permite que sea el interprete sea quien defina que normas constitucionales no son exigibles por sí mismas, respecto de las cuales se podrá dar la omisión, lo que no les dará en dicho momento el carácter de inconstitucionales.

Los presupuestos para la procedencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión son: a) Que el incumplimiento constitucional derive de la violación de una cierta y determinada norma; b) Que se refiera a una norma constitucional no exigible por si misma; c) Que no se hayan dictado las providencias legislativas necesarias para dar operatividad tal norma.⁹³

Ambos modelos (Ex Yugoslavia y Portugal), comparten el carácter de desarrollar sentencias comunicativas y declarativas emanadas de los órganos constitucionales. Esto quiere decir que su contenido es meramente exhortativo, más no coercitivo ni integrador de la ley.

⁹³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. La inconstitucionalidad por omisión en Portugal. Óp. Cit. P. 346.

6. INNOVACIONES EN MATERIA DE CONTROL JURISDICCIONAL Y CONSTITUCIONAL EN DERECHO COMPARADO: EL CASO BRASILEÑO Y EL CASO ARGENTINO DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO

6.1. Brasil: El “Mandado de Injuncao”

En el derecho comparado, la Constitución de Brasil recibiendo la influencia de la Constitución Portuguesa posee elementos de control difuso y concentrado.

En cuanto al control difuso, se establece en la Constitución Brasileña en su artículo 103 la “acción directa de inconstitucionalidad”, que se ejerce cuando “declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida necesaria para tornar efectiva la norma constitucional, se dará conocimiento al Poder competente para la adopción de las medidas necesarias y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en treinta días”. Su alcance, al igual que la acción de inconstitucionalidad portuguesa, es meramente declarativo. Sin embargo, añade dos elementos que amplían su aplicación: uno, es el establecimiento de un plazo de 30 días dentro del cual el órgano administrativo moroso debe adoptar la providencia necesaria y el otro, es la ampliación de los órganos compelidos a salvar dicha omisión, en este caso, alcanzando al órgano legislativo.

En cuanto al control concentrado, se produce la innovación, incorporando en el artículo 5º número LXXI de la Constitución de la Republica de Brasil el llamado “mandato de injuncao” el que establece:

*Conceder-se-á **mandado de injunção** sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e*

*liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*⁹⁴⁹⁵.

Esta constituye una acción que “busca obtener una orden judicial que garantice en el caso concreto el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía inviables por la ausencia normativa”⁹⁶

En la práctica, su objetivo es la protección de derechos fundamentales por los órganos judiciales ordinarios cuando existiesen lesiones de los mismos como consecuencia de la pasividad u omisión de los poderes públicos, de suerte que el juez crea la norma concreta de aplicación al caso. A diferencia de la acción directa de constitucionalidad, del Mandado de Injuncao nacen sentencias integradoras de carácter relativo, esto es, solo afectan directamente a la parte solicitante, que puede ser cualquier ciudadano que, por falta de reglamentación, no pueda ejercer un derecho constitucionalmente resguardado.

6.2. Argentina: presencia de una acción patrimonial por omisión legislativa en la Constitución de la Provincia de Río Negro

⁹⁴ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. [En línea] <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> [consulta: 20 de diciembre de 2017]

⁹⁵ “Se concederá "mandado de injunção" siempre que por falta de norma reguladora, se torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía”

⁹⁶ FERNANDEZ RODRIGUEZ. Óp. Cit. P. 291.

El artículo 207.2 de la Constitución de la provincia de Río Negro⁹⁷ señala que:

*El Superior Tribunal de Justicia ejerce jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos: letra d) En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios, la demanda puede ser ejercida -exenta de cargos fiscales- por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, **determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado** conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.*

La innovación se encuentra en que dicha norma establece una verdadera acción por incumplimiento del legislador, la cual se divide en dos fases⁹⁸:

1) La primera concluye acreditada la mora del legislador, con una intimación para que el órgano, cuya inactividad provoque un perjuicio, dicte la norma faltante.

2) La segunda alternativa ocurre cuando el órgano requerido desobedece la intimación realizada por el órgano jurisdiccional. Frente a este evento pueden provocarse dos situaciones:

a. La primera opción es que el Superior Tribunal de Justicia integre el orden normativo faltante, con efecto limitado al caso donde se planteó la acción.

⁹⁷ CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO. [En línea] <http://www.rionegro.gov.ar/?contID=374> [consulta: 20 de diciembre de 2017]

⁹⁸ GEISSE, Luis y SANTIBÁÑEZ, Eduardo. 2014. La Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa; Criterios Jurisprudenciales del Tribunal Constitucional Chileno. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago. P. 233.

b. La segunda alternativa sucede en el caso de que el Poder Judicial no pueda cubrir por integración esa falta de norma producida por la inacción del legislador, la Constitución en el inciso final del artículo 207 letra D) faculta al Tribunal a realizar una reparación patrimonial conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.

Esta última solución, única en ordenamientos del mismo carácter, establece una acción de efectos relativos, contenido en una sentencia de tipo condenatoria que hace plenamente aplicable el principio de responsabilidad del Estado, y en específico, del principio de responsabilidad del Estado Legislador.

6.3. Experiencia del Tribunal Constitucional chileno en mecanismos de control de la omisión legislativa inconstitucional

Si bien en nuestro país no existe reconocimiento legal del instituto de la omisión legislativa inconstitucional, el Tribunal Constitucional en algunos de sus dictámenes ha empleado sus propias competencias para controlar la inactividad legislativa. Con la finalidad de evidenciar situaciones donde la inercia del legislador ha producido o ha estado en vías de producir indefensión a determinados sujetos y grupos intermedios, es que a continuación rescatamos a modo ejemplar algunos apartados de sentencias del Tribunal Constitucional de nuestro país que contienen recomendaciones al legislador, pudiendo calificarse como un mecanismo de control jurisprudencial de la inactividad legislativa.

Recordemos que las recomendaciones al legislador consisten en “un conjunto de sentencias que contienen formulaciones que buscan la actuación

del poder legislativo (...) que encuentra su origen en encargos constitucionales que exigen un concreto desarrollo legislativo ulterior”⁹⁹.

El Tribunal Constitucional chileno ha explotado notablemente sus atribuciones dentro del margen de la legalidad y con absoluto respeto de los principios integradores del Estado de derecho, promoviendo un equilibrio ideal entre el principio de separación de poderes del Estado y la responsabilidad del Estado en cuanto a su función legislativa, a fin de evitar que la falta de norma afecte derechos constitucionalmente adquiridos a través de dichas sentencias exhortativas, las cuales representan el único vehículo jurídico que en la práctica ha hecho notar estas situaciones de indefensión. Sin embargo, los intentos de dicha judicatura para esclarecer un desafío constitucional de urgente solución como es la inconstitucionalidad por omisión resultan poco llevaderos si no existe una instancia política o procesal para sopesar sus efectos.

Al efecto en diversos fallos¹⁰⁰ el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto de la distinción de funciones entre el órgano legislativo y la jurisdicción constitucional, siendo esta última la llamada a asegurar que todas las autoridades públicas en cada una de sus manifestaciones (tanto el Estado administrador, Estado legislador y Estado juez) enmarquen sus actos dentro de los principios constitucionales y ejerzan un legítimo ejercicio de la función constitucional.

Específicamente respecto de la relación entre la jurisdicción constitucional y el Estado legislador, encontramos una postura definida de este órgano constitucional el que señala que el ejercicio de las funciones a posteriori de la justicia constitucional garantiza “el necesario respecto hacia la labor de los

⁹⁹ Op. Cit. Fernández Rodríguez.

¹⁰⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Ver roles: N° 231, Considerando 7°; 242, Considerando 3°; 465, Considerando 23°; 473, Considerando 11°; 541, Considerando 15°; 664/2006 Considerando 22°; 786 y 1361.

órganos colegisladores y la plena eficacia de la presunción de constitucionalidad de la ley generada por los órganos legitimados para ello dentro de un Estado Democrático de Derecho (...) ¹⁰¹.

Agregan que el principio de presunción de constitucionalidad de la ley constituye “una expresión que concreta la separación de funciones del Estado y su asignación a los órganos competentes, que se encuentra expresamente establecida en el artículo 7º, inciso segundo, de la Carta Fundamental. Asimismo, el control a posteriori de constitucionalidad de la ley, que puede derivar, como en este caso, en la expulsión de un precepto del ordenamiento jurídico positivo, es una competencia que procura regular el correcto funcionamiento y la eficacia del Estado de Derecho, lográndose con ello el fortalecimiento constante de los sistemas de frenos y contrapesos en el actuar de los órganos del Estado en forma compatible con aquella división de funciones prevista en los artículos 6º y 7º de la Constitución Política de la República, en el marco de un régimen democrático” ¹⁰².

Sin perjuicio que el Tribunal Constitucional declara no intervenir en las apreciaciones de conveniencia y oportunidad política de la función legislativa si ha efectuado en sus fallos “recomendaciones al legislador” que si bien no son coercitivas ni pretenden serlo, si establece un criterio que permite evidenciar cuando se espera la actuación legislativa y cual debiese ser a grandes rasgos su contenido.

A modo ejemplar, encontramos las siguientes recomendaciones al legislador ¹⁰³:

i. Inaplicabilidad de la expresión “gratuitamente” contenida en el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, sobre el

¹⁰¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 29 de julio de 2009. STC 1254/08. Considerando 25º.

¹⁰² Ídem. Considerando 26º.

¹⁰³ Ver Tabla Anexa “A”

denominado “turno” que deben ejercer los abogados: en dicha sentencia el Tribunal además de declarar la inaplicabilidad del término en cuestión, señala que el turno debe ser una institución excepcional solo aplicable cuando el Estado no pueda hacerse cargo a través de instituciones públicas o privadas de la defensa jurídica gratuita de los ciudadanos. Efectúa claramente una recomendación al legislador cuando señala que “parece conveniente instar al legislador a resolver esta situación que se ha producido, como consecuencia de la subsistencia del turno gratuito de los abogados, estableciendo un mecanismo de asesoría similar al que ya existe en otras materias, como por ejemplo en materia penal y, más recientemente, en el ámbito laboral”¹⁰⁴.

- ii. **Inconstitucionalidad del artículo 416 inciso tercero del Código Procesal Penal sobre procedimiento de desafuero de parlamentarios en delitos de acción penal privada**¹⁰⁵: frente a la alegación de que dicho artículo impide al parlamentario ejercer su derecho a defensa frente al desafuero, el Tribunal constitucional declara que la derogación de dicho precepto legal puede arriesgar la vigencia efectiva del mandato explícito contenido en el artículo 61 inciso segundo de la Constitución, que impone la actuación judicial previa como requisito de procesabilidad de un parlamentario imputado de un delito de acción privada, asegurando que dicho instituto ya constituye una garantía procesal a favor del parlamentario y que se ha desnaturalizado su interpretación.

¹⁰⁴ Ídem. Considerando 96°.

¹⁰⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 05 de junio de 2007. STC N° 558/2006.

Pese a ello recomienda al legislador “ante las dudas, dificultades y encontradas interpretaciones que ha generado la aplicación del artículo 416, inciso tercero, del Código Procesal Penal, esta Magistratura no puede sino hacer presente a los poderes legisladores la conveniencia de regular adecuada y eficazmente el procedimiento de desafuero de parlamentarios en delitos de acción privada”¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Ídem. Considerando 25°.

CAPITULO TERCERO: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA QUE DECLARA LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY DE ISAPRES: UNA PROPUESTA DE APLICACIÓN DE LA INACTIVIDAD LEGISLATIVA Y SUS POSIBLES MECANISMOS DE REPARACIÓN

1. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA

1.1. Sistema de Salud Chileno

El sistema de salud chileno está compuesto por el Sistema de Salud Público y el Sistema de Salud Privado, en una modalidad denominada de “libre elección”. En el Sistema Público existe un Seguro Social de Salud administrado por FONASA (Fondo Nacional de Salud), opera sobre la base de un esquema de reparto (se financia con el pago único del 7% de la renta imponible de sus asegurados y con recursos provenientes de impuestos generales de la nación). Los beneficios que este esquema entrega son los mismos para todos los afiliados, independiente del monto de la prima cancelada y del tamaño del grupo familiar cubierto.

El sistema de salud privado está conformado por las ISAPRE (Instituciones de Salud Previsional) y por productores de salud particulares. Las ISAPRES a su vez, se definen como “personas jurídicas de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, y que tiene por objetivo exclusivo el financiamiento de prestaciones y beneficios de salud, con cargo al aporte de la cotización legal para salud o una superior convenida, así como las actividades que sean afines o complementarias de ese fin, las que en ningún caso pueden implicar la ejecución de dichas prestaciones y beneficios ni participar en la administración de prestadores, y que para su nacimiento requieren registrarse

en la Superintendencia de Salud, ente que las fiscaliza”¹⁰⁷. Se caracterizan además por conformar un sistema de seguros de salud basado en contratos individuales pactados con los asegurados, en el que los beneficios otorgados dependen directamente del monto de la prima cancelada. Se ha establecido que “el sistema de ISAPRE opera como un seguro de salud individual y privado, donde los beneficios ofrecidos son una función de la prima pagada y del nivel de riesgo médico de los asegurados”¹⁰⁸.

Los proveedores privados de salud son los hospitales, clínicas y profesionales independientes que atienden tanto a los asegurados de las ISAPRE como a los cotizantes del sistema público.

En cuanto a la fiscalización y regulación del sistema de salud en nuestro país, se puede decir que “es responsabilidad del Ministerio de Salud, quien tiene a su cargo la supervisión, evaluación y control del conjunto de las políticas de salud. Por otra parte, la Superintendencia de Salud es un organismo público descentralizado que se responsabiliza del registro y fiscalización de estas instituciones”¹⁰⁹.

La elección del sistema privado de salud es de carácter bilateral, ya que se debe celebrar un contrato de salud entre afiliado e ISAPRE para poder acceder a los beneficios que brinda el sector privado de salud.

¹⁰⁷PRADO SÁNCHEZ, Augusto y SALAMERO ROJAS, Antonio. 2006. ISAPRES y contrato previsional de salud. Tesis Licenciado en Ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile. P. 6.

¹⁰⁸LARRAÑAGA, Osvaldo. 1997. Eficiencia y eficacia en el sistema de salud chileno. En: Proyecto CEPAL/GTZ “Reformas financieras al sector salud en América Latina y el Caribe”. Santiago, Chile. P. 9.

¹⁰⁹ Ídem. P. 7.

1.2. Origen del conflicto

Tema de reiterada discusión doctrinaria en la última década ha sido la regulación legal de las Instituciones de Salud Previsional. Esta discusión ha tenido su base en el abundante desarrollo jurisprudencial que ha sufrido esta materia en la última década, cuestionando principalmente la deficiente conformación legal de este sistema.

El fenómeno de judicialización del alza de precios base de los planes de salud de las ISAPRES, se inició en forma progresiva durante el año 2007 para incrementarse exponencialmente el 2008 y consagrarse como una variable más del sistema privado de salud.

La construcción de este debate ha crecido rápidamente en las Cortes de Apelaciones del país, trasladándose al Tribunal Constitucional a partir del año 2011. Este tribunal introdujo un nuevo criterio en la dogmática constitucional respecto a los derechos sociales, que pasan de ser considerados como una mera expectativa a ser no solo reconocidos, sino que exigibles en el ordenamiento jurídico.

Según las estadísticas realizadas en base a las cifras del Poder Judicial, la judicialización de causas contra el sistema privado de salud han aumentado exponencialmente en los últimos años, pasando de 99.097 recursos de protección presentados a nivel país en el año 2014, a 133.503 en el año 2015 y a 185.310 en el año 2016, sufriendo un alza porcentual que llega hasta el

31,6% de los recursos de protección totales que se conocen en las Cortes de Apelaciones de todo el país¹¹⁰.

Esta situación ha sido aún más extrema en años anteriores, alcanzando las 196.580 causas de protección de este tipo en el año más crítico, esto es, el año 2013¹¹¹. Dicha situación es un evidente síntoma de las falencias que presenta el sistema regulatorio de salud privado, tales como la distinción acerca de su naturaleza jurídica, las potestades de modificación en sus contratos y si las prestaciones de salud privada se adscriben en el respeto de la regulación constitucional e internacional en materia de derechos humanos, entre otras.

De una de estas aristas surge entonces, la declaración de inconstitucionalidad de los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES (Ley n° 18.933) contenida en el texto del actual D.F.L. n° 1 de 2005 del Ministerio de Salud. Esta norma fue cuestionada debido a la regulación de la denominada “tabla de factores”, que cataloga grupos de afiliados por sexo, edad, y otras condiciones específicas para asignar rangos de aumento en el costo de sus planes de salud.

Dicho esto, el análisis más exhaustivo de la norma en cuestión se presenta en la sentencia de inconstitucionalidad Rol N° 1710-10, dictada por el Tribunal Constitucional con fecha 6 de agosto de 2010, quien en uso de la facultad especial conferida por el artículo 93 n° 7 de la Constitución Política declara inconstitucional los mencionados acápite de la norma. El efecto principal de la declaración de inconstitucionalidad es que el precepto se

¹¹⁰ RECURSOS PROTECCION ISAPRES 2016. Estudio realizado por Altura Management para ISAPRES DE CHILE. [en línea] <<http://www.isapre.cl/altura-management/136-judicializacion-isapres-2016>> [consulta: 26 de noviembre de 2017]

¹¹¹ INE- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Judicial 2015: Informe Anual. 2016. Santiago. [en línea] <<http://www.ine.cl/docs/default-source/publicaciones/2017/informe-anual-de-justicia-2016.pdf?sfvrsn=12>> [consulta: 01 diciembre 2017]

entiende derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo.

Previamente esta norma se había declarado inaplicable por el mismo Tribunal en cuatro oportunidades¹¹², en base a argumentos que tenían que ver con la razonabilidad de la discriminación etaria y sexual, al ser éste una condición natural del afectado, involuntaria, con lo cual se generaría una vulneración del derecho constitucional a la libre elección del sistema de salud, a la seguridad social y al derecho de propiedad. La presente sentencia alcanza un punto adicional que no había sido tratado anteriormente, cual es la deficiencia regulatoria de la norma, y cómo ello afecta la promoción de determinados derechos constitucionales.

2. ANÁLISIS DE LA NORMA EN CUESTIÓN: ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY DE ISAPRES Y DE LA DENOMINADA “TABLA DE FACTORES”

Cuando hablamos de la creciente judicialización de causas asociadas a la Ley de ISAPRES, mencionamos el crecimiento explosivo de los recursos de protección, donde se alega la privación, perturbación o amenaza a las garantías constitucionales de igualdad ante la ley, el derecho a la protección de la salud¹¹³ y el derecho de propiedad debido al alza unilateral de precios en los planes de salud, cuyo sustento factico es la denominada “tabla de factores”.

¹¹²TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. STC 1777/10. Considerando 15°.

¹¹³ Respecto del derecho a la protección de la salud, se argumentó que fue infringido pues el aumento de los precios de los contratos base de las ISAPRES sería una forma indirecta de obligar a salir del sistema privado de salud, lo que constituiría una barrera a la libertad de elección del sistema de salud y la igualdad de acceso al régimen escogido por el beneficiario al celebrar el respectivo contrato. Finalmente, en relación al derecho de propiedad se señaló, por una parte, que permitir el aumento del precio de los planes por razones de edad privaría a la persona afectada del derecho a gozar del sistema privado de salud, el cual sería un derecho inmaterial susceptible de apreciación pecuniaria.

Siendo la base de esta problemática, nos corresponde aclarar el alcance de su significado y ámbito de aplicación. Es la misma Ley de ISAPRES la que formula su definición, en su artículo 170 letra n): citar ley

Es aquella tabla elaborada por la Institución de Salud Previsional cuyos factores muestran la relación de precios del plan de salud para cada grupo de personas, según edad, sexo y condición de cotizante o carga, con respecto a un grupo de referencia definido por la Superintendencia, en instrucciones de general aplicación, el cual asumirá el valor unitario. Esta tabla representa un mecanismo pactado de variación del precio del plan a lo largo del ciclo de vida, el que es conocido y aceptado por el afiliado o beneficiario al momento de suscribir el contrato o incorporarse a él, según corresponda, y que no podrá sufrir variaciones en tanto la persona permanezca adscrita a ese plan.

En otros términos la “tabla de factores” corresponde a una nómina de precios variables de los planes de salud, que utiliza como principal criterio de diferenciación los *perfiles de riesgo* del afiliado.

Dentro del sistema de seguros de salud, ya sean públicos o privados, debe contemplarse mínimamente el acceso al Régimen General de Garantías Explícitas en Salud (AUGE-GES), el cual “es un derecho establecido por ley bajo el cual se garantiza el acceso a una atención de salud oportuna, de calidad y con protección financiera, sin discriminar por edad, sexo, condición económica, lugar de residencia o sistema de salud al que estén afiliadas las personas”¹¹⁴.

¹¹⁴ SUPERINTENDENCIA DE SALUD. 2011. Síntesis Chile. En: IV Congreso Latinoamericano de Órganos Reguladores y de Control de los Sistemas De Salud. P. 74.

La diferencia es que el sistema de salud privado se sustenta sobre la contratación de “beneficios adicionales” que comprenden todo lo que escapa al Régimen de Garantías Explícitas en Salud. El sistema GES considera solo 80 enfermedades garantizadas¹¹⁵ que “se financian a través de una prima universal y los aportes netos de un fondo de compensación solidario”¹¹⁶. Los “beneficios adicionales” o Planes Complementarios de Salud, se rigen a través de contratos individuales entre las ISAPRES y los afiliados. Estos últimos “se financian sobre la base a un sistema de prima ajustada por riesgo, donde la edad y el sexo son determinantes en la estimación del valor del contrato”¹¹⁷.

Es en este último punto donde se contempla la Tabla de Factores, la cual se aplica íntegramente para calcular la prima a pagar en los “Planes Complementarios”. Entonces tenemos por una parte, un sistema de garantías de Salud que se basa en la protección financiera del afiliado y la no discriminación (AUGE-GES) que se financia a través de una prima universal y un aporte solidario de compensación y, por el otro lado, un sistema de seguros privado en su forma original, es decir, se paga una prima por riesgo (Plan Complementario). Estos dos componentes en conjunto son los pilares principales del Sistema de Salud Privado. El problema radica en la baja utilización por parte de los afiliados de los beneficios que les corresponden por el sistema AUGE-GES, siendo los planes complementarios la principal prestación utilizada (y la que genera mayores ganancias) dentro de su contrato de salud. En este punto se contextualiza la “tabla de factores” como la regla por antonomasia para la determinación de precios, cuyos criterios de discriminación son la edad, el sexo y condición de cotizante o carga.

¹¹⁵ FONDO NACIONAL DE SALUD. 2017. Coberturas de Salud AUGE-GES. [en línea] <<https://www.fonasa.cl/sites/fonasa/beneficiarios/coberturas/auge/patologias>> [consulta: 28 de noviembre de 2017]

¹¹⁶ SUPERINTENDENCIA DE SALUD. Op. Cit. P. 75.

¹¹⁷ Ídem.

Además de la regulación del contenido base de la Tabla, debemos contextualizar su aplicación en virtud del artículo 38 ter de la Ley 18.933¹¹⁸ (hoy reformado por el DFL 1 del Ministerio de Salud, que en su artículo 199 refunde a la ley 18.933 entendiéndose derogados los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 38 ter, en virtud de la sentencia del Tribunal Constitucional que estamos estudiando) el cual dispone que:

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;

¹¹⁸ CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 12 de febrero de 1990. Ley N° 18.933 que “Crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por ISAPRE y deroga el decreto con fuerza de ley n° 3, de salud, de 1981”.

(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 sexo¹¹⁹

(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.

¹¹⁹ Estos cuatro numerales se entienden derogados, por el DFL N° 1 del Ministerio De Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto. Ley N° 2.763, De 1979 Y De Las Leyes N° 18.933 Y N° 18.469. Tal como consta en nota al pie del artículo 199: “La Sentencia S/N° del Tribunal Constitucional, publicada el 09.08.2010, declaró inconstitucional los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del presente artículo, entendiéndose derogados a partir de su publicación de la citada Sentencia. La citada derogación se ha incorporado al presente texto actualizado.”

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

Las Instituciones de Salud Previsional estarán obligadas a aplicar, desde el mes en que se cumpla la anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o la reducción de factor que corresponda a un beneficiario en razón de su edad, y a informar al cotizante respectivo mediante carta certificada (denominada “carta de adecuación”) expedida una vez por año.

Tenemos entonces que el primer inciso de ese artículo está destinado a establecer el procedimiento para determinar el precio del plan de salud que cada afiliado está obligado a pagar a la respectiva ISAPRE. Por su parte, en el segundo inciso se dispone la obligación que recae en la Superintendencia de Salud, de fijar, mediante instrucciones de aplicación general, la estructura de las tablas de factores que deberán utilizar las ISAPRES en los contratos de salud que ofrezcan a sus afiliados.

Para determinar el contenido y los criterios conforme a los cuales la potestad de la Superintendencia debe ejercerse, hay que atender a lo prescrito en el inciso siguiente, el cual impone que la referida estructura considere los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o de carga, y los rangos de edad que se deben utilizar conforme a las reglas establecidas en su inciso tercero. La observancia de estas reglas es una condición de ejercicio, tanto de la potestad de la Superintendencia para fijar la estructura de las tablas de factores regulada en el inciso segundo, como de la libre determinación de los factores dentro de la tabla por parte de las ISAPRES.

La ley dispone expresamente la no variabilidad de la tabla de un determinado plan para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos a él, así como también para quienes se incorporen al mismo, a excepción que la modificación signifique una disminución de los factores, autorizada por la Superintendencia y aplicable a todos los planes que la utilicen.

Así, no se reconoce discrecionalidad amplia a las ISAPRES para determinar los factores de cada tabla, sino sólo en la medida que lo hagan utilizando la tabla de factores estructurada de conformidad a los numerales del inciso tercero.

La nueva modificación a la Ley N° 18.933, verificada en el año 2005 por efecto de la Ley N° 20.015 (D.O. de 17.05.05), incorporó el artículo 38 ter, bajo examen de constitucionalidad en estos autos, y, además, aprobó un nuevo texto para el referido artículo 38, en el que se dispuso que “la revisión anual de los contratos de salud puede considerar sólo la modificación del precio base del plan con las limitaciones que se establecen en el también nuevo artículo 38 bis y agregó que, al comunicar la respectiva adecuación del contrato a sus afiliados, las ISAPRES sólo podrían ofrecer planes que estén disponibles para todos ellos y que su precio “deberá corresponder al precio base modificado por las tablas de riesgo según edad y sexo correspondientes”¹²⁰ sin que el legislador determinara razonablemente las relaciones y tramos entre los distintos factores. Este articulado llevó a la permisividad para las ISAPRES de discriminar en atención a factores de edad y sexo de los usuarios.

La insuficiencia de la ley 18.933 ha sido patente para los órganos legisladores, quienes han asumido dichos cuestionamientos. Al respecto señala el ex Diputado Sr. Francisco Bayo Veloso en la discusión en Sala de la Cámara

¹²⁰ CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 17 de mayo de 2005. Ley N° 20.015 “Que modifica la Ley N° 18.933, sobre Instituciones de Salud Previsional”. Artículo 33 Quáter.

de Diputados, correspondiente al tercer trámite constitucional de la modificación a la ley 18.933: “Es indudable que la ley que se quiere modificar presenta cuestionamientos en materia de costos de planes; de exclusiones de cobertura en las preexistencias; de cumplimiento de contratos; de cancelación de registro de una ISAPRE y de cómo compensar los riesgos de salud. Lo cierto es que la mayor parte de estas materias ya fueron consideradas en el proyecto de ley que aprobamos en primer trámite parlamentario. Pero otras, como la forma de enfrentar los riesgos derivados por diferencias de edad y sexo, no lo fueron”¹²¹.

3. ANALISIS DE LA SENTENCIA ROL N° 1710-10 INC, QUE DECLARA LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY 19.833 “LEY DE ISAPRES”

Previo a entrar al análisis de la argumentación del Tribunal Constitucional relativo a la materia en estudio, haremos un resumen de las atribuciones de la jurisdicción constitucional y el sustento jurídico para la verificación de la acción de inconstitucionalidad mencionadas en la sentencia.

3.1. Sustento jurídico y jurisprudencial de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal en Chile

La sentencia hace alusión al mencionado artículo 93 en concordancia con el artículo 47 letra V de la Constitución chilena, los cuales plantean que una

¹²¹ CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Legislatura 352. Sesión 66. Fecha 19 de abril de 2005. Historia de la Ley 20.015 que modifica la Ley 18.933. Santiago. P. 596.

vez declarada la inaplicabilidad del precepto hay acción pública (incluso de oficio) para que el Tribunal estudie y declare en su caso la inconstitucionalidad pero ésta solo deberá fundarse en la infracción de los preceptos considerados transgredidos por la sentencia de inaplicabilidad que le antecede. Luego se hace lugar a ejemplos de jurisprudencia del Tribunal Constitucional donde se declara la inconstitucionalidad de un precepto legal, respecto a las condiciones en las cuales debe ejercerse esta atribución.

Se señala el objetivo de “regular el correcto funcionamiento y la eficacia del Estado de Derecho, lográndose con ello el fortalecimiento constante de los frenos y contrapesos en el actuar de los órganos del Estado en forma compatible con aquella división de funciones prevista en los artículos 6° y 7° de la Constitución”¹²². Es de relevancia destacar el punto que ya hemos tratado en el presente trabajo, cual es la distinción de funciones entre diversos organismos del Estado: si bien el Tribunal Constitucional posee una facultad que bordea el área de configuración normativa, no tiene la potestad creadora, generándose un vacío legal que el legislador debería suplir con la mayor diligencia posible.

Esta realidad es reconocida en la sentencia de fecha 5 de junio de 2007, recaída en causa Rol N° 558-07, que rechazó la acción de inconstitucionalidad formulada respecto del artículo 416 del Código Procesal Penal. El Tribunal sostuvo que “es indiscutible que dicha declaración constituye el último recurso para asegurar la supremacía constitucional, desde que implica no sólo la anulación o derogación de un acto emanado de un órgano legislativo -expresión éste (sic) irrecusable de la soberanía popular- , sino que conlleva un cierto grado de inseguridad jurídica ante el vacío normativo que se produce por la desaparición de la norma jurídica naturalmente destinada a regular inmediatamente las conductas, cuyo reemplazo es incierto”, agregándose en el

¹²² Tribunal Constitucional De Chile. 2010. STC 1710/10. Considerando 21°.

mismo fallo que: “Una decisión de tal envergadura requiere la ponderación de su conveniencia para el orden constitucional que esta Magistratura debe cautelar. El criterio adecuado para calificarlo es la determinación de las consecuencias de la desaparición del precepto legal. Si deviene en una situación más perjudicial o negativa que la preexistente a su anulación, no resulta conveniente para el interés público y la plena vigencia del Estado de Derecho la derogación de la norma”¹²³.

En consecuencia, el fundamento de la declaración de inconstitucionalidad vendría a ser el efectivo respaldo del principio de supremacía constitucional, de que toda norma *per se* debería ser constitucional y que la función del Tribunal Constitucional constituye un apoyo para los órganos colegisladores, en cuanto la función de guardián de la Constitución regula la eficacia del Estado de derecho.

Ahora en cuanto al alcance de la declaración de inconstitucionalidad se hace presente la distinción de ella respecto al efecto derogatorio de la norma. Según la doctrina más reciente aceptada por el mismo Tribunal en la sentencia en estudio, se rechaza la derogación de la norma una vez declarada su inconstitucionalidad, en palabras del Ministro Valenzuela Somarriva quien señala: “El criterio es que hay una inconstitucionalidad y no una derogación. Esa es la correcta doctrina, porque la inconstitucionalidad y la derogación son dos institutos jurídicos diferentes y la inconstitucionalidad es siempre previa a la derogación. Para que haya derogación tácita es necesario que dos textos se contrapongan y desde el momento en que los textos legal y constitucional se contraponen ya se generó el vicio de inconstitucionalidad. En consecuencia, la

¹²³ STC 1710/10. Op. Cit. Considerando 22°.

derogación no tiene sentido; hay derechamente una inconstitucionalidad y no una derogación”¹²⁴.

La misma sentencia en su considerando vigésimo séptimo plantea que “debe concluirse que el artículo 94 de la Constitución, al referirse a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, y señalar que la norma declarada inconstitucional se entenderá derogada, alude a una **especie de derogación *sui generis***¹²⁵, que debe distinguirse de la derogación efectuada por el legislador, toda vez que no responde a razones de mérito sino a la verificación de un vicio constitucional de orden público; por lo mismo, un efecto ultractivo de las normas derogadas es limitado y sólo opera para el futuro”.

En nuestra posición, creemos que el efecto de la inconstitucionalidad es aún más amplio que el de la simple derogación, por cuanto ésta lleva envuelta una supresión de la norma desde el ordenamiento jurídico bajo cualquier circunstancia, quedando vacío el lugar que ocupaba dicho precepto.

En otro punto, la parte preliminar de la sentencia hace mención a la relación entre las declaraciones de inconstitucionalidad y de inaplicabilidad, dotando a la primera de un efecto *erga omnes* y caracterizándola como un tipo de control abstracto de la norma a diferencia de lo que sucede con la inaplicabilidad, que aplica un control concreto. Respecto de la primera, ésta “no se encuentra definida en la Constitución ni en la ley orgánica. Sus contornos son definidos por la atribución que el número 7° del inciso primero del artículo 93 de la Ley Fundamental entrega al Tribunal Constitucional para autorizar su declaración respecto de un precepto legal ya declarado inaplicable, así como

¹²⁴ STC 1710/10. Op. Cit. Considerando 27°.

¹²⁵ Lo destacado es nuestro.

por el inciso decimosegundo del mismo artículo, que determina el procedimiento para su tratamiento, y por el efecto derogatorio, compartido con otras declaraciones, que se le atribuye en el tercer inciso del artículo 94 de la Constitución”¹²⁶.

Lo que deben tener en común ambas instituciones, es que versen sobre el mismo precepto legal lo que no se traduce en invocar los mismos fundamentos para la una o la otra, pues la diferenciación entre control abstracto y control concreto es lo que delimita el contenido de ambas declaraciones. Una va dirigida al efecto inconstitucional que produce la norma aplicada al hecho en particular sobre la cual versa, y la otra lo hace respecto a cómo esa norma trasgrede el ordenamiento constitucional, que sería aplicable a todos los ciudadanos.

¿Qué se entiende por “precepto legal” para estos efectos? Para el Tribunal, “la expresión precepto legal es equivalente a la de norma jurídica con rango legal, la que puede estar contenida en una parte, en todo un artículo o en varios en que el legislador agrupa las disposiciones de una ley”¹²⁷. Por lo tanto, se entenderá precepto legal contrario a la constitución aquella norma o parte de ella que tenga rango legal y contraríe por sí misma y en cualquier medida el ordenamiento constitucional. Concluye el Tribunal señalando que “para que una unidad lingüística pueda ser considerada un precepto legal de aquellos a que alude el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa sino que se baste a sí misma”¹²⁸.

Por último, un tema central del análisis de esta sentencia a efectos de comprobar nuestra tesis responde a la declaración por parte de la Magistratura

¹²⁶STC 1710/10. Op. Cit. Considerando 31°.

¹²⁷ STC 1710/10. Op. Cit. Considerando 37°.

¹²⁸ Ídem.

Constitucional que establece: “este Tribunal no es colegislador”¹²⁹. Esta declaración constituye el fundamento de porqué aun habiéndose cumplido de forma íntegra su función de guardián de la Constitución, esta declaración (o mejor dicho los efectos de esta declaración) no bastan para llegar a resultados prácticos que sean efectivos para el ejercicio pleno de los derechos constitucionales de los afectados. Fuera de la raigambre procedimental de las instituciones, toda la configuración procesal y administrativa que se desenvuelve para llegar al resultado de la derogación de un precepto inconstitucional se vuelve incompleta e ineficaz si no existe un mecanismo posterior que dote de contenido sustantivo a dicha declaración.

Por su parte, las sentencias del Tribunal Constitucional producen efectos *ex nunc*, es decir, operan solo para lo futuro. Queda establecido por el Tribunal que:

“ni el legislador orgánico constitucional ni el Tribunal Constitucional podrán dar efecto retroactivo a las sentencias del juez constitucional que expulsen preceptos jurídicos de nuestro ordenamiento jurídico por inconstitucionales”. “La Constitución no asume la hipótesis de desvincular la decisión de separar el precepto jurídico inconstitucional del ordenamiento jurídico de la determinación de qué pasa con los actos jurídicos desarrollados mientras el precepto expulsado del ordenamiento tuvo vigencia.

Los efectos del precepto jurídico determinado como inconstitucional es un problema empírico que no se encuentra resuelto por la decisión de inconstitucionalidad y tampoco por la resolución que priva de eficacia al precepto inconstitucional hacia el futuro, lo que significa un pronunciamiento sobre borrar o validar los efectos cumplidos en el pasado, lo que debe ser decidido por el juez constitucional, ya que

¹²⁹ STC 1710/10. Op. Cit. Considerando 46°.

la sentencia constitucional ocupa el lugar dejado por el precepto jurídico inconstitucional y nulo”¹³⁰.

Si bien se caracteriza como un Tribunal “defensivo”, se deja en claro que éste no posee atribuciones normativas de ningún tipo. Sin embargo, a pesar de ello si existen ciertas “exhortaciones” emitidas por esta magistratura que se dirigen al legislador como el último límite al cual puede llegar la función de legislador negativo.

4. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PRECEPTO IMPUGNADO

La sentencia del tribunal constitucional se basa en dos puntos de análisis:

- a. Primero la argumentación acerca de la afectación de derechos fundamentales que contiene la norma del 38 ter.
- b. En segundo lugar, la poca densidad normativa que escatima de una regulación completa acerca de la tabla de factores y a quién se le entrega esta potestad.

Ambos argumentos son de relevancia a nuestra posición, ya que hemos tratado en el presente estudio la afectación a derechos fundamentales y normas de derecho internacional que compromete la inactividad del legislador y, a su vez, cómo una regulación incompleta puede ocasionar daños patrimoniales y extrapatrimoniales a los afectados por la falta de regulación.

¹³⁰ STC 1710/10. Op. Cit. citando a NOGUEIRA, H. Considerando 41°.

Tal como se mencionó en el punto anterior acerca del contenido normativo del artículo 38 ter, el Tribunal parte de la base de que su análisis debe efectuarse en conjunto con lo establecido por el artículo segundo transitorio de la ley 20.015 que otorga la facultad a la Superintendencia de Salud para “fijar cada diez años la relación máxima entre el factor más alto y el más bajo, diferenciada por sexo”. La indisolubilidad de estas normas se analiza en conjunto para efectos del examen de constitucionalidad.

4.1. Derechos constitucionales que trasgrede la aplicación de esta norma

El pilar central del ordenamiento constitucional corresponde a la dignidad de la persona, considerada por los fines para los cuales tienen existencia. Este fundamento está presente en el artículo 1 de la Constitución Política de la República, el cual irradia a todo el resto del articulado en la forma de interpretar y aplicar dichos derechos.

Dicho esto, la sentencia efectúa la enunciación de diversas clasificaciones doctrinarias respecto de los derechos fundamentales¹³¹:

- i. Igualdades y libertades, como la propuesta para los derechos consagrados en el artículo 19 de la Constitución¹³²
- ii. Garantías y derechos, según si la verificación de éstos se encuentra respaldada material y formalmente en el derecho positivo y si fluyen de la naturaleza humana o de la ley.

¹³¹ STC 1710/10. Op. Cit. Considerando 90°.

¹³² Ídem. Citando a BORDALÍ, A. 2007. Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales. En: Justicia constitucional y derechos fundamentales, LexisNexis, Santiago. P. 119.

iii. Consagración internacional de los derechos fundamentales: políticos, económicos, sociales y culturales.

iv. Derechos subjetivos y “como componentes del orden constitucional objetivo (Humberto Nogueira)”.

v. Derechos fundamentales y derechos patrimoniales¹³³.

¿Cuáles son los derechos constitucionalmente afectados en las sentencias de inaplicabilidad previas que dan origen a la inconstitucionalidad del artículo en comento?

Bajo examen de constitucionalidad se encuentra la afectación concreta de los derechos consagrados en el artículo 19 de la Constitución, en especial respecto de los numerales 2° (igualdad ante la ley), 9° y 18° los que se califican como fundamentales y como “normas de principios esto es, mandatos de optimización, cuya dilucidación en caso de conflicto debe ser abordada con el criterio de la ponderación”¹³⁴.

Respecto a la **igualdad ante la ley** el tribunal adopta la postura asociada al concepto de justicia distributiva, fórmula aristotélica clásica que dispone “la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”¹³⁵.

Si nos detenemos específicamente en la igualdad por sexo, tendremos que este criterio ha sufrido una paulatina evolución en cuanto a la protección

¹³³ Ídem. Citando a FERRAJOLI, L. 1999. Derechos y Garantías. La Ley del más débil. Editorial Trotta, Madrid. P. 45.

¹³⁴ STC 1710/10. Op. Cit. Considerando 93°.

¹³⁵ STC 1710/10. Op. Cit. Considerando 99°. Citando a ALEXY, R. 1993. Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales. P. 385.

igualitaria de los derechos sociales. Al respecto, relativo al derecho al acceso y a las prestaciones de salud, el Tribunal reconoce especialmente esta tendencia, teniendo como ejemplo a seguir lo propuesto por el Consejo de la Unión Europea en el “acuerdo sobre la ampliación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y a su suministro” que dispone:

“Su ámbito incluye los seguros y actividades financieras conexas siempre que sean privadas, voluntarias y ajenas a la relación laboral.

En este contexto, la igualdad de trato es un principio rector, por lo cual la inclusión del sexo como factor actuarial no debería dar pie a diferencias entre las primas y las prestaciones de los seguros” (...) “En cualquier caso, los costes relacionados con el embarazo y la maternidad no deberán crear diferencias en las primas y prestaciones”¹³⁶.

El fundamento principal que se da a esta postura es que las condiciones de edad y sexo de una persona, nada tienen que ver con la autonomía de la voluntad, son condiciones naturales que tienen el carácter de involuntarias e irrenunciables y si bien entre ellas se presentan distinciones muy relevantes, a la hora de definir como se subsumen al ordenamiento jurídico para el ejercicio de derechos, esta condición natural no debiese en forma alguna representar una “carga” para quien la posee, en oposición con quienes no la poseen.

Más delicada aun es la circunstancia del sexo de la persona, puesto que, la edad por el contrario, es un factor mutable que toda persona naturalmente debería experimentar y por ello han podido desarrollarse institutos de seguridad social solidarios, que fundamentan el apoyo a otro sector social al cual la

¹³⁶ STC 1710/10. Op. Cit. Considerando 106º. Citando a CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Comunicado de prensa c/04/350, Bruselas, 13 de diciembre de 2004.

persona que realiza el aporte solidario llegará a pertenecer. En cambio el sexo es inmutable, es una condición permanente de vida que no debiese resultar más gravosa a lo largo de toda la existencia de una persona. Es por su inalterabilidad que resulta más complejo desarrollar un trato igualitario o aspirar a un sistema social solidario respecto a la calidad de hombre o mujer.

El tribunal argumenta desde la definición de sexo y edad del Diccionario de la Lengua Española:

“sexo significa “condición orgánica que distingue al macho de la hembra en los seres humanos, en los animales y en las plantas”, mientras que edad significa “tiempo que ha vivido una persona o ciertos animales y vegetales”. Ambas expresiones, por lo tanto, denotan estados naturales, inimputables a las personas que los viven, especialmente para ser afectados negativamente por la ley”¹³⁷.

En cuanto al **derecho a la protección de la salud**, el Tribunal cimienta su fundamentación en que este derecho tiene un tratamiento distinto respecto de los demás consagrados en el número 19 de la Constitución Política de la República. Por una parte establece que corresponde a un derecho de *segunda generación* de aquellos que:

“superando la concepción liberal del Estado, se basan en los principios de igualdad y de solidaridad y cuyo titular es la persona humana, la que puede exigir su cumplimiento a la sociedad en su conjunto”¹³⁸.

¹³⁷ STC 1710/10. Op. Cit. Considerando 109°.

¹³⁸ STC 1710/10. Op. Cit. Considerando 111°. Citando a SILVA BASCUÑÁN, A. 1997. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XII. P.130.

Estar clasificado de esta forma implica una alta protección a nivel interno y fuerte reconocimiento a nivel internacional.

El derecho a la salud en el PIDESC (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas) se interpreta como un “derecho de contenido complejo que engloba no sólo el derecho a una asistencia sanitaria oportuna y adecuada, sino que también se extiende a los determinantes básicos de la salud, tales como el acceso al agua potable y al saneamiento, la vivienda adecuada, el suministro adecuado de alimentos sanos, las condiciones saludables de trabajo y medio ambiente, etc.” (...) “El derecho a la salud debe entenderse como el derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto grado de salud”¹³⁹.

4.2. Función del legislador respecto a los derechos sociales

En su considerando 114° el Tribunal señala que en la configuración de los derechos sociales está considerada la posibilidad de acceso a una prestación. Ejemplifica a través del:

“derecho a la protección de la salud, en que se debe proteger “el libre e igualitario acceso a las acciones” (artículo 19, N° 9°), lo mismo sucede con el derecho a la seguridad social, en que la acción del Estado debe estar dirigida “a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones” (artículo 19, N° 18°)”¹⁴⁰.

¹³⁹ STC 1710/10. Op. Cit. Considerando 113°. Citando a PEMÁN MARÍN, J. 2009. El derecho a la salud como derecho social. Desarrollos recientes desde la perspectiva internacional y en el derecho comparado, en: Revista de Administración Pública, vol. 179, Madrid. P. 50.

¹⁴⁰ STC 1710/10. Op. Cit. Considerando 114°.

Además del acceso, es rol del Estado supervigilar y asegurar dicha posibilidad.

Respecto al derecho a la salud que estamos tratando, el Tribunal reconoce que:

“la Constitución va más allá, pues establece el “deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud”. Esta expresión es utilizada únicamente en este derecho (Silva Bascuñán, Alejandro; Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 140) ; la Constitución no califica de igual manera otros deberes del Estado (Bulnes Aldunate, Luz; El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980; en Gaceta Jurídica N° 294, diciembre, 2004, p. 18.).¹⁴²

El aspecto final a analizar respecto de la configuración de los derechos sociales corresponde a que es la ley la que determina a quién corresponde llevar a cabo ese deber preferente. Aquí se dilucida el primer punto de la sentencia, cual es que en este caso no existe una reserva legal absoluta, puesto que en el artículo 63 de la Constitución se señala que son materias de ley aquellas “básicas relativas al régimen previsional y de seguridad social”; por lo tanto, entendiéndose comprendido el derecho a la protección de la salud, el Tribunal establece que:

“tiene cabida la potestad reglamentaria del Presidente de la República o la que corresponde a los organismos reguladores, de acuerdo a las formas y condiciones determinadas por la ley, no por la autoridad administrativa. Por otra parte, la Constitución encarga al Estado “el control de las acciones relacionadas con la salud”, siendo perfectamente legítimo, en consecuencia, que el legislador otorgue, a los efectos del ejercicio de tal deber-atribución, una potestad normativa a la

¹⁴² Ídem.

Superintendencia de Salud, en su condición de organismo de la Administración del Estado (artículo 106, D.F.L. N° 1, de Salud, 2005)”¹⁴⁵.

Por último, respecto del **derecho a la seguridad social** la postura del Tribunal es que dicho precepto debe interpretarse en conjunto con los otros derechos fundamentales en cuestión, especialmente el derecho a la salud. Esta interpretación colige que, en cuanto a la seguridad social, el texto constitucional rescata los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad. Señala la magistratura que “el principio de solidaridad se expresa en el deber que tiene el Estado, es decir, la comunidad políticamente organizada, de garantizar económicamente el goce de estos derechos”¹⁴⁶.

En cuanto a la igualdad y suficiencia, esta se refiere a las prestaciones, ya se otorguen por entes públicos o privados. Para respaldar ello, la Constitución emplea los términos:

“libre e igualitario acceso” (artículo 19, N° 9°) y “prestaciones básicas uniformes” (artículo 19, N° 18°). Por su parte, por mandato de la misma Carta Fundamental, el Estado debe “garantizar” los derechos (artículo 19, N° 9°, inciso cuarto, y N° 18°, inciso tercero) y/o “supervigilar” (artículo 19, N° 18°, inciso cuarto), o incluso “coordinar y controlar” (artículo 19, N° 9°)”¹⁴⁷.

¹⁴⁵ STC 1710/10. Op. Cit. Considerando 123°.

¹⁴⁶ STC 1710/10. Op. Cit. Considerando 131°.

¹⁴⁷ STC 1710/10. Op. Cit. Considerando 134°.

4.3. Análisis del examen de constitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933

4.3.1. Objetivos del examen

En esta sección, que corresponde al capítulo IV de la sentencia en estudio se cuestiona si el precepto:

- 1) *Cumple con ser adecuado a los fines constitucionales de tutelar la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres.*

Razonamiento del Tribunal: “Si bien las diferencias fundadas en los criterios de la edad y del sexo de las personas, no son, en sí mismas, jurídicamente reprochables, ni tampoco prima facie arbitrarias, siempre que respondan a una fundamentación razonable, sí lo son aquellas que se derivan de dichos preceptos. En efecto, los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 son contrarios a la igualdad ante la ley asegurada en el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental, toda vez que admiten el establecimiento de diferencias arbitrarias al no instituir límites idóneos, necesarios, proporcionados y, por ende, razonables, respecto del ejercicio de la potestad discrecional que el mismo precepto legal le entrega a la Superintendencia del ramo para determinar, a través de “instrucciones de general aplicación”, los topes de edad, dentro de la estructura de las tablas de factores que, a su vez, deben utilizar las ISAPRES al elaborar los planes de salud que ofrezcan a sus afiliados y para determinar la manera cómo influirá en la variación del precio de tales contratos el aumento o la reducción del factor que corresponda a un beneficiario del respectivo plan en razón de su edad”.¹⁴⁸

¹⁴⁸ STC 1710/10. Op. Cit. Considerando 145°.

2) *Cumple con proteger la salud de las personas incorporadas al sistema privado de salud; especialmente en lo que concierne a: (i) el rol preferente del Estado en garantizar la ejecución de las acciones de salud y en proteger el libre e igualitario acceso a ellas de todas esas personas y (ii) asegurar que las personas accedan al goce de las prestaciones básicas uniformes de seguridad social, garantizadas por la acción del Estado.*

Razonamiento del Tribunal: “en cuanto al derecho a la protección de la salud, debe señalarse que una misma materia no puede ser regulada indistintamente por la ley y por normas administrativas y que, en consecuencia, no le corresponde al legislador legalizar o deslegalizar materias, pues eso lo define el constituyente”¹⁴⁹.

El Tribunal hace esta aclaración debido a que la ley 20.015 en su artículo segundo transitorio (en conjunto con el artículo 38 ter inciso cuarto) le entrega la facultad a la Superintendencia de Salud de fijar por 10 años la relación máxima entre el factor de edad más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo, pudiendo ser esa diferencia de hasta 9 veces en el caso de las mujeres y de hasta 14 veces en el caso de los hombres.

La magistratura señala que:

“si el legislador, en el año 2005, fijó en el citado precepto transitorio la determinación de tales márgenes en el entendido de que éstos se hallan dentro de las “materias básicas” de la seguridad social, él mismo vulneró la Constitución al entregarle su definición a un organismo regulador, esto es, a la Superintendencia del ramo, en la determinación

¹⁴⁹ STC 1710/10. Op. Cit. Considerando 149°.

permanente, específicamente en el numeral 4 del inciso tercero del artículo 38 ter bajo control”¹⁵⁰.

Por otra parte, no se fijan las condiciones del deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud. Esto se explica porque lo que ha hecho el legislador es dispersar la determinación de tales condiciones entre distintos actores.

La magistratura explica cómo opera este mecanismo de reajustabilidad de precios en el sistema privado de ISAPRES:

“el precio final del plan de salud que debe pagar el afiliado (...) se determina multiplicando el precio base por el respectivo factor de edad que corresponda al afiliado o a alguno de los beneficiarios, de conformidad a la respectiva tabla de factores (artículo 170, letra m), del D.F.L. N° 1, de Salud, 2005). Por otra parte, el plan de salud es elaborado por la ISAPRE, la estructura de la tabla de factores es definida por la Superintendencia a través de instrucciones y los factores de cada tabla son libremente determinados por la ISAPRE. (...) Resulta claro, además, que en tal esquema el papel del afiliado, que es el actor principal del derecho a la protección de la salud, prácticamente desaparece, pues queda constreñido a aceptar o a rechazar lo que la entidad previsional le ofrezca”¹⁵¹.

3) *Cumple con ser indispensable para alcanzar los fines señalados.*

¹⁵⁰ STC 1710/10. Op. Cit. Considerando 151°.

¹⁵¹ STC 1710/10. Op. Cit. Considerando 153°.

Razonamiento del Tribunal: “...Los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 resultan contrarios a la Constitución, en cuanto impiden garantizar el libre e igualitario acceso de las personas a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y el derecho que les asiste a elegir el sistema de salud al que deseen acogerse, sea éste estatal o privado, ambas garantías previstas en el número 9° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Además, el aumento desmedido del precio de los planes de salud al que conduce la amplitud no razonable que la disposición en examen permite, especialmente en los tramos de edad superiores, produce la calidad de “cotizante cautivo” que obliga a emigrar a un sistema al que la persona no desea pertenecer, lo que riñe directamente con el texto constitucional”¹⁵².

4) *Proporcionalidad de la norma con tales objetivos.*

Razonamiento del Tribunal: Se debe “(...) apreciar si el grado de discrecionalidad que el precepto bajo control le entrega a la Superintendencia de Salud para actuar en la materia referida, corresponde a la envergadura de los bienes jurídicos que su ejercicio abarca o cubre. En efecto, la forma y condiciones como se prestan las acciones de salud, que es la materia cobijada en la reserva legal que nos ocupa, se refiere a un deber del Estado que está destinado a posibilitar que se cumpla la garantía del derecho a la protección de la salud de las personas. Por lo tanto, sin pretender que el legislador determine en este caso un tipo de actividad administrativa plenamente reglada, como se denomina en doctrina, las referidas forma y condiciones de la ejecución de las acciones de salud sí deben determinarse por la ley con un grado de precisión

¹⁵² STC 1710/10. Op. Cit. Considerando 157°.

tal que impida que el ejercicio de la discrecionalidad administrativa se extienda a la vulneración de los derechos constitucionales.¹⁵³.

En cuanto a los **efectos** que tiene la declaración de inconstitucionalidad del precepto, la Magistratura aclara que:

“la derogación o expulsión de una norma por una declaración de inconstitucionalidad tiene un alcance distinto a una derogación de una norma por el legislador.

El Tribunal Constitucional es un órgano que falla de acuerdo a derecho (artículo 92 de la Carta Fundamental); no es un ente de deliberación política que se pronuncie sobre cuestiones de mérito, como los órganos colegisladores. Por ello, su declaración de inconstitucionalidad se basa en que la norma posee un vicio. En cambio, la derogación realizada por el legislador se basa en una nueva evaluación política de la situación. Es una decisión de mérito político¹⁵⁴.

A propósito de los efectos de la sentencia, es muy relevante destacar que el Tribunal Constitucional efectúa una **recomendación al legislador** cuando señala que:

“la determinación de la estructura de las tablas de factores y la fijación de los factores de cada una de ellas deberán ajustarse a lo que establezcan, en uso de sus facultades, los órganos colegisladores para dar **cabal cumplimiento** a lo resuelto en este fallo¹⁵⁵.

¹⁵³ STC 1710/10. Op. Cit. Considerando 158°.

¹⁵⁴ STC 1710/10. Op. Cit. Considerando 171°.

¹⁵⁵ STC 1710/10. Op. Cit. Considerando 163°.

4.3.2. Decisión del Tribunal

De acuerdo a las argumentaciones que analizamos previamente el Tribunal llegó a la convicción de que el artículo 38 ter en sus numerales 1, 2, 3 y 4 de la Ley de ISAPRES se contraponen con el derecho a la igualdad ante la ley, de forma especial en lo relativo a la discriminación por sexo, lesionando el derecho de protección a la salud y el derecho a la seguridad social; todos ellos reconocidos por el derecho constitucional y derecho internacional.

“Que, en este mismo orden de consideraciones, resulta imprescindible indicar que el contrato que celebra un afiliado con una determinada ISAPRE no equivale a un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad, pues opera en relación con un derecho garantizado constitucionalmente a las personas en el marco de la seguridad social y en que la entidad privada que otorga el seguro, tiene asegurada, por ley, una cotización, o sea, un ingreso garantizado. Así, las normas que regulan esta relación jurídica son de orden público”¹⁵⁶.

4.3.3. Previsiones y votación disidente en la Sentencia

a) *Previsiones*

1. *Don Raúl Bertelsen Repetto*: “los preceptos legales declarados inconstitucionales contienen una regulación incompleta e imprecisa de las reglas a utilizar en la configuración de la estructura de las tablas de factores que se utilizan para reajustar el precio de los planes de salud, lo que ha permitido: a) el establecimiento de diferencias arbitrarias entre los diferentes grupos de beneficiarios y, b) un incumplimiento del deber preferente del Estado de garantizar la ejecución

¹⁵⁶ STC 1710/10. Op. Cit. Considerando 153°.

de las acciones de salud en la forma y condiciones que determine la ley, mandato que ésta no ha cumplido a cabalidad”¹⁵⁷.

2. *Don Hernán Vodanovic Schnake y Don Francisco Fernández Fredes*: “aun para el evento de considerarse que un mecanismo de reajuste razonable y proporcionado de los montos de las primas por los contratos de salud previsual no sería en sí mismo inconstitucional, incluso basando tales reajustes en los criterios de sexo y edad de los asegurados, ello sólo podría hacerse por medio de una ley que fijara precisa e inequívocamente la fórmula de reajustabilidad y no encomendando tal facultad a la autoridad administrativa ni mucho menos habilitando a las ISAPRES para determinar libremente los factores a aplicar con tal objeto”¹⁵⁸

b) Votación disidente

Doña Marisol Peña Torres: “(...) la consideración de los efectos que la sentencia denomina “extrajurídicos” resulta fundamental a la hora de decidir la inconstitucionalidad de un precepto legal, pues de su análisis integral puede concluirse que tal declaración producirá un efecto más inconstitucional que el que se trata de prever, lo que es razón suficiente para que la magistratura constitucional se abstenga de expulsar el referido precepto del ordenamiento jurídico vigente.

(...)

De esta forma, si una norma declarada nula (inconstitucional) por el Tribunal Constitucional de Alemania ha abrogado la norma precedente, ésta no queda inmediatamente sin vigor como consecuencia del pronunciamiento de

¹⁵⁷ STC 1710/10. Op. Cit. P. 133.

¹⁵⁸ STC 1710/10. Op. Cit. P. 134.

inconstitucionalidad **sino hasta que el legislador competente llene la laguna existente** (Olivetti, Marco, y Groppi, Tania. La Giustizia Costituzionale en Europa. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. 111). Por lo demás, debe recordarse que, tal como lo han planteado diversos profesores de Derecho Constitucional, encabezados por Pablo Contreras, y que se han hecho presentes en estos autos, durante la tramitación de la reforma constitucional aprobada en el año 2005 mediante la Ley N° 20.050, se planteó una moción parlamentaria destinada a conceder el plazo de un año para la entrada en vigencia del fallo del Tribunal Constitucional que hubiere declarado la inconstitucionalidad de la ley.

Agregan que “con ello se pretendía crear una especie de período de creación normativa para que el Congreso Nacional regulara la materia que quedaría no cubierta por la inconstitucionalidad (...)”¹⁵⁹.

5. APLICACIÓN DE LA OMISIÓN LEGISLATIVA CONSTITUCIONAL A LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY DE ISAPRES

La sentencia se orienta en dos sentidos, uno es la discusión acerca de la afectación de derechos fundamentales por parte del precepto legal en cuestión, la otra sección se orienta bajo el problema de la dispersión de potestades en cuanto a la fijación de precios, haciendo énfasis en que padece de poca “densidad normativa”.

En cuanto al primer punto, hemos tratado a lo largo de este trabajo cómo, lentamente, se ha ido introduciendo al ordenamiento constitucional la

¹⁵⁹ STC 1710/10. Op. Cit. P. 137.

obligatoriedad del derecho internacional en materia de derechos fundamentales y los mandatos en ellos contenidos. Existen pues, obligaciones concretas que asume el Estado cuando adopta cláusulas constitucionales o un instrumento internacional que consagra derechos económicos, sociales y culturales. Comúnmente y, tal como hemos visto, se catalogan estos derechos como de “segunda generación”; sin embargo, esto no tiene relación con que constituyan una “segunda categoría” de derechos que prosiguen a los derechos civiles y políticos.

La diferencia entre ambos serán las obligaciones que van a ellos aparejadas: así para los DESC la obligación principal del Estado será una obligación de “hacer”, de promover determinada finalidad (promover el acceso a la educación, a la salud, a la vivienda, etc.); en cambio en los derechos civiles y políticos prima la obligación de “no hacer”, que se traduciría en “respetar” su ejercicio (respetar la inviolabilidad del hogar, la integridad física y psíquica de la persona, etc.). Esta caracterización no es absoluta, sin embargo hay facetas que priman en las diversas categorías de derechos, así en los DESC prima la finalidad de promover, llegando a calificarse como “derechos-prestación”.

Como la clasificación de los derechos según impongan obligaciones positivas (hacer) o negativas (no hacer) al Estado resulta simplista para los fines de este trabajo, adoptaremos la clasificación planteada por FRIED VAN HOOFF, en el siguiente esquema de niveles de obligaciones estatales: obligaciones de respetar, obligaciones de proteger, obligaciones de garantizar y obligaciones de promover. En virtud de su finalidad, “las obligaciones de respetar se definen por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso el goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de proteger consisten en impedir que terceros injieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. Las obligaciones de garantizar suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede

hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de promover se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien”¹⁶⁰.

Quedándonos en este último deber, el “promover” implica para el Estado no solo la obligación de fomentar o favorecer la realización o el desarrollo del derecho a través de medios materiales, sino que la puesta a disposición de servicios, prohibiciones a entes privados y en lo más relevante, la obligación de establecer una regulación a objeto de materializar la efectividad de tales derechos. Como se señala en doctrina: “algunos derechos se caracterizan por la obligación del Estado de establecer algún tipo de regulación, sin la cual el ejercicio de un derecho no tiene sentido. En estos casos, la obligación del Estado no siempre está vinculada con la transferencia de fondos hacia el beneficiario de la prestación sino más bien con el establecimiento de normas que concedan relevancia a una situación determinada, o bien con la organización de una estructura que se encargue de poner en práctica una actividad determinada”¹⁶¹.

A partir de la definición de esta obligación para el Estado, entonces ¿cómo se verifica la inactividad legislativa en la regulación del artículo 38 ter y su posterior declaración de inconstitucionalidad? A partir de lo mencionado anteriormente, existe para el Estado una obligación de promover el derecho a la salud y a la seguridad social, ambos en el marco del derecho a la igualdad (especial énfasis se hizo en relación a la discriminación por sexo y edad en la determinación del precio de planes). Como estos derechos califican como

¹⁶⁰ ABRAMOVICH, V. 2005. Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: Herramientas y aliados. Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos, vol.2 (2). P. 27. Citando a VAN HOOFF, F. 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, Martinus Nijhoff, Utrecht, 1984, pp. 97-110. [online] <http://www.scielo.br/pdf/sur/v2n2/es_a09v2n2.pdf> [consulta: 24 de noviembre de 2017]

¹⁶¹ ABRAMOVICH, V. Óp. cit. Pp.188-223.

“prestaciones” se impone al Estado su promoción, la activación del complejo mecanismo estatal y la disposición de recursos técnicos, materiales y jurídicos para su realización. Dentro del “promover” encontramos la generación normativa, ya sea a través de normas permisivas, prohibitivas tanto para el Estado y particulares e incluso mandatos para el Estado, con la finalidad de darle contenido operativo a la prestación. Si bien en una primera instancia se reconoce por parte del Tribunal Constitucional que la norma en cuestión es insuficiente y adolece de vicios que no solo afectan derechos fundamentales sino que producen una especie de “vacío” normativo al incorporar un mecanismo de fijación de precios difuso entre órganos administrativos del Estado y entes privados (operadores de salud privada).

La solución para detener esta maquinaria inconstitucional no se basta con la mera declaración de afectación de derechos y posterior expulsión de la norma del ordenamiento jurídico; sino que pone en evidencia la trasgresión al deber constitucional de legislar. Recordemos que este deber se encuentra especificado en el PIDESC, en materia de obligaciones en general, el art. 2.1 que dispone: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Todo ello, a su vez, bajo compromiso de garantizar tanto el ejercicio de esos derechos sin discriminación (art. 2.2), cuanto el “igual título” del que gozan al respecto los hombres y las mujeres (art. 3).

Hasta el día de hoy no existe iniciativa legislativa alguna que haya prosperado en la materia, la última de ellas consistió en el ingreso de un proyecto de ley denominado “introduce criterios de razonabilidad y solidaridad

en lo que respecta a las tablas de factores y a la determinación del precio base de los contratos de salud”, llamado también “Ley corta II” el cual fue ingresado en primer trámite constitucional el día 16 de marzo de 2013.

En su primer trámite fueron ingresados dos informes: el primero de ellos, de la comisión de Salud con fecha 19 de abril de 2011 y el segundo de ellos de la comisión de Hacienda con fecha 07 de junio de 2011. Posteriormente al día 15 de octubre de 2014 se rinde cuenta del oficio de la comisión de Régimen interno, administración y reglamento, donde se acuerda remitir dicho proyecto a archivo, solicitándose acuerdo a la Presidenta de la República, quien después de haberse reiterado dicho oficio con fecha 02 de mayo de 2017 comunica su consentimiento para el archivo del proyecto mediante oficio 041-365. Finalmente, el día 09 de mayo del presente año mediante el oficio N° 13.305 se procede al archivo del proyecto.¹⁶².

Desde el punto de vista práctico, dicha inactividad del legislador que se ha prolongado por 7 años desde la dictación del fallo que declaró inconstitucional el artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES, ha producido innumerables efectos negativos para los usuarios del sistema de salud privada, que se traducen en un fuerte menoscabo económico al asumir los costos de la interpretación difusa de este fallo. Al establecer que la determinación de tablas de factores de riesgo por criterio de sexo y edad eran inconstitucionales, lo que hicieron las ISAPRES fue interpretar que debían “congelar” de los planes a dicho momento, por lo cual el precio aplicable de ahí en adelante era el del segmento a que perteneciere el usuario.

Esto conllevó a que millones de personas pagaran un precio elevado por una condición que no les correspondía, por ejemplo, los niños pequeños que

¹⁶² CONGRESO NACIONAL DE CHILE. “Ley corta II” que “introduce criterios de razonabilidad y solidaridad en lo que respecta a las tablas de factores y a la determinación del precio base en los contratos de Salud”. Boletín N° 7539-11. [en línea] <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>> [consulta: 22 noviembre 2017]

quedaron “congelados” en el precio de “recién nacidos” el que llega a triplicar el precio del plan de salud de un niño menor de 5 años. Dichas reclamaciones han sido resueltas en parte por la Superintendencia de Salud, que ha ordenado la rebaja de los precios de los planes de salud para los afectados, sin existir una reparación integral al daño patrimonial ya sufrido. Sin embargo, ¿es esta la justiciabilidad que merecen estas situaciones? Diversos autores han señalado que la justiciabilidad de los derechos sociales es escasa sobre todo cuando se trata de hacer efectivas obligaciones del Estado. No obstante, con la evolución de la dogmática constitucional e internacional esto ya no parece lejano, puesto que “cada tipo de obligación ofrece un abanico de acciones posibles, que van desde la denuncia de incumplimiento de obligaciones negativas, pasando por diversas formas de control del cumplimiento de obligaciones negativas y positivas, hasta llegar a la exigencia de cumplimiento de obligaciones positivas incumplidas”¹⁶³.

Alexy afirma que “una 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, sin el derecho matrimonial no sería posible el acto jurídico de celebración del matrimonio, sin el derecho procesal, no sería posible el acto jurídico de la demanda, y sin el derecho electoral, el acto jurídico del sufragio”¹⁶⁴.

Por lo tanto, de la derogación o no creación de normas que son constitutivas para que pueda existir un sistema de salud privado que permita la

¹⁶³ ABRAMOVICH, V. Óp. Cit. P. 23.

¹⁶⁴ ALEXY, R. 1993. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. P.190.

concreción de actos jurídicos constitucionales se deriva la imposibilidad de su correcto ejercicio. En este caso, como estamos hablando de derechos de orden constitucionales (derecho a la salud e igualdad ante la ley principalmente), señala Alexy que para su ejercicio el gobernado tiene un “derecho a acciones positivas normativas” en contraste con el “derecho a acciones positivas fácticas”. El primero de ellos sería el derecho a “actos estatales de imposición de norma”¹⁶⁵, cuyo correlato sería el deber de creación de las mismas. En cambio, el derecho a acciones positivas fácticas, conlleva que para la realización del derecho sea indiferente la forma como se lleve a cabo, solo importa la satisfacción del derecho. Dicha irrelevancia es el criterio de distinción entre acción positiva normativa y fáctica.

Habiendo abordado el elemento de justiciabilidad de las actuaciones omisivas del legislador, nos corresponde verificar los presupuestos de la inactividad legislativa inconstitucional al caso en estudio.

Dichos presupuestos, que hemos estudiado a lo largo de los capítulos 1 y 2 son los siguientes:

- 1) La infracción a una obligación internacional del Estado en materia de derechos fundamentales.

En resumen, vimos que al Estado se le puede exigir una actuación positiva respecto de los administrados, por cuanto tiene el deber de asegurar y garantizar el ejercicio de los derechos sociales, ejerciendo la “promoción” de los mismos; sobre todo en la materia que nos concita: el ejercicio material de los DESC.

¹⁶⁵ ALEXY, R. Óp. cit. P. 195.

Para la consolidación de los derechos sociales, el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución obliga a todos los órganos del Estado a la promoción de los derechos fundamentales desde el derecho internacional contagiando al derecho interno. En este punto entendemos incorporados los Pactos internacionales que aseguran la efectividad de los derechos que hemos estudiado a lo de largo de esta investigación.

Por otra parte, debemos tener a la vista los artículos 6 y 7 de la Carta fundamental, que consagran los principios de supremacía constitucional, juridicidad y responsabilidad puesto que sus actos son especialmente supervigilados por toda la Sociedad, debiendo someter su actuar a lo prescrito por la Constitución. Esta concepción de “actuar” se entiende en sentido amplio, todo tipo de actuación ya sea positiva o negativa puede generar perjuicios y conllevar las responsabilidades y sanciones que señale la ley.

La fuente de dicho deber del Estado en materia de derechos fundamentales está en el artículo 5° de la Constitución. En este sentido, se deben determinar dos elementos básicos:

- i. La infracción a una obligación internacional del Estado en materia de derechos fundamentales
- ii. Que dicha infracción le sea atribuible al Estado¹⁶⁶

Respecto al primer elemento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública,

¹⁶⁶ NASH, C. 2009. Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos. P. 18.

constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención”¹⁶⁷.

En relación al segundo elemento señalado, en el presente caso el Estado de Chile a través de sus órganos legislativos ha incurrido en la violación de diversos tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados y actualmente vigentes, y en consecuencia surge la obligación de reparar el daño causado.

Permitir la determinación de precios del plan de salud a través de una norma incompleta generando un mecanismo *extra legem* inconstitucional, en el cual la Superintendencia de Salud en conjunto con las ISAPRES, determinan libremente los factores de dicha tabla donde se genera una vulneración de los derechos constitucionales a la salud, a la igualdad y a la seguridad social.

2) Transcurso de un periodo de tiempo razonable en el cual habría sido preciso legislar

La inactividad que evaluamos a partir de la decisión del Tribunal Constitucional en el año 2010 y la prevención que se realizó en ese momento al legislador en cuanto debía urgentemente el legislador solucionar la falta de norma se analiza de forma concreta, teniendo como dato claro el tiempo que razonablemente dispone el legislador para realizar su mandato sin que esa inacción irroge daños a los particulares.

¹⁶⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velasquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de fondo. Considerando N° 164. [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=189&lang=e> [consulta. 26 noviembre 2017]

Es del caso que, han transcurrido siete años y tres meses desde la dictación de dicha sentencia, con un intento fallido de por medio para reactivar la legislación en la materia (la antes mencionada Ley Corta II).

El daño que irroga dicha inacción compete en primer término a la judicialización de los contratos de salud privado, lo que podría denominarse un detrimento a nivel institucional tanto para los afiliados del sistema de salud privado, que deben acudir a los tribunales superiores de justicia para no sufrir los efectos inconstitucionales de dicha omisión, aun cuando la solución de la judicatura solo emplaza al reconocimiento de las garantías constitucionales, pero no se hace cargo del resarcimiento de los perjuicios ocasionados, lo que constituye el único mecanismo concreto de reparación ampliamente reconocido por la doctrina nacional. Todo esto sin considerar el creciente desgaste jurisdiccional que ello conlleva, a través de una función de asistencia y reconocimiento *ex post* de la trasgresión, pero no tienen facultades suficientes para crear una solución preventiva de alcance general.

Teniendo en consideración las condiciones técnicas, políticas y sociales del Poder Legislativo en Chile, podemos considerar que las condiciones de materialización de normas son óptimas en cuanto tenemos una nación democratizada, estabilidad política, con poderes públicos legalmente constituidos en pleno ejercicio de sus funciones, sin que hubiese entre la época de dictación del fallo hasta la actualidad ninguna situación de facto que pudiese alterar la concreción de la función legislativa con normalidad. Si a esto adicionamos que el plazo de desarrollo de la ley, considerando su ingreso como proyecto de ley hasta su promulgación y publicación es, en promedio, de 3 años, tomando en consideración la creación de diversos cuerpos legales que incluyen materias de esta especie¹⁶⁹. No es dable razonar que habiendo

¹⁶⁹ A modo de ejemplo, la Ley 20.015 que “Modifica La Ley N° 18.933, sobre Instituciones de Salud Previsional”, ingresada como proyecto de ley el 02 de julio del año 2002 y publicada en el Diario Oficial

trascendido siete años desde la dictación del fallo rol N° 1710-10, no haya sido posible la creación de una nueva Ley de ISAPRES, o al menos de una modificación pertinente del DFL N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud que “Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley n° 2.763, de 1979 y de las leyes n° 18.933 y n° 18.469”, que permitiera solucionar la inconstitucionalidad en estudio.

Por último, además de existir un plazo razonable para poder concretar la norma requerida, y considerar que en los años que lleva esta inactividad, ha habido disposición técnica y política para haber generado un cuerpo normativo de tales características, debemos ponderar el alcance de la norma, en cuanto a la cantidad de gobernados receptores de la misma el cual alcanzan según cifras oficiales a 1.664.916 de afiliados al sistema de salud privado tan solo en el periodo de 1 año, lo que dentro del universo de afiliados constituye el 48,6% de ellos¹⁷⁰.

3. Inactividad legislativa que contraviene un deber de legislar.

Esta contravención, que podríamos llamar “omisión antijurídica”, se produce cuando “impuesto por el ordenamiento jurídico (Constitución, tratados, leyes, reglamentos, etc., incluso los principios generales del derecho), un comportamiento determinado, la Administración se abstiene de actuar pese a que existía su deber de hacerlo”¹⁷¹.

el día 17 de mayo de 2005. Ella constituyó una modificación de alta complejidad que se llevó a cabo en el término de 2 años y 10 meses.

¹⁷⁰ SUPERINTENDENCIA DE SALUD DE CHILE. Variaciones de los Precios Base Planes Complementarios de ISAPRES. Proceso de Adecuación de Contratos. Periodo Julio 2016 – Junio 2017.

¹⁷¹ PERRINO, P. La Responsabilidad Patrimonial de los entes Reguladores por incumplimiento de las funciones de vigilancia. En: “Servicio público, policía y fomento”, RAP, Buenos Aires, 2004. P.9.

Existirá sanción en la medida que la inactividad haya infringido un deber legal de actuación. La conducta debe serle exigible al órgano del Estado en cuestión, en este caso, al legislador.

En base a los planteamientos de MARIENHOFF, se señala como “una consecuencia del Estado de Derecho, que las disposiciones constitucionales establecidas en garantía de la vida, la libertad y la propiedad de los habitantes del país, constituyen restricciones establecidas principalmente contra las extralimitaciones de los poderes públicos, extralimitaciones que tanto pueden resultar de acciones o de omisiones”¹⁷²

En el caso concreto, tenemos que ese deber de legislar se encuentra incumplido por cuanto se ha validado que un órgano que no ejerce función legislativa, esto es, las ISAPRES, controlen la variación de precios de planes de salud a todo el universo de afiliados.

Otro punto relevante a distinguir consiste en la naturaleza de ese mandato dirigido al legislador, pues efectivamente debe implicar un “deber”, creemos que en la actualidad existen casos de “recomendaciones al legislador” que vendrían a ser casos en los que “el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible. En este último caso, la determinación de la responsabilidad debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar”¹⁷³.

¹⁷² MARIENHOFF, M. 1965. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Abeledo Perrot, Buenos Aires. P. 336.

¹⁷³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. STC Mosca, Hugo Arnaldo c/ Provincia de Buenos Aires (Policía Bonaerense) y otros. 6 de Marzo de 2007. Considerando 6°. [en línea] <<http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-mosca-hugo-arnaldo-provincia-buenos-aires-policia-bonaerense-otros->

Otros casos de mandatos que si bien, no están expresamente establecidos, se desprenden de otros principios y normas que articulan su función en el Estado de Derecho y sobre todo respecto de la protección a los intereses generales de la nación y al respeto por los derechos e intereses de particulares. Parece útil a estos efectos, mencionar una categorización de deberes del Estado en materia de Derechos Humanos, ratificados por las naciones a las cuales se les hacen exigibles, a saber:

a. Deber de respetar: consiste en el deber del estado de “no hacer”, como una obligación de no interferir en ciertos aspectos de la vida privada de las personas, relacionados principalmente con el derecho a la vida, a la integridad física y síquica, etc.

b. Deber de promover: consiste en la actividad del Estado tendiente a incentivar a la sociedad al respeto de ciertos derechos o ciertas actuaciones personales de los individuos.

c. Deber de garantizar: se traduce en la actividad obligatoria del Estado destinada a asegurar a los particulares el goce de ciertos derechos establecidos de manera general, y desarrollarlos lo más posible tomando todas las medidas tendientes al pleno ejercicio de los mismos. Se relaciona con los DESC (derechos económicos, sociales y culturales).

En nuestro caso, interesa profundamente a la materia en estudio pues podríamos trasladar este mismo deber de los Estados a nivel internacional a la vida nacional, con mayor razón, es el Estado el responsable de garantizar el pleno ejercicio de los derechos establecidos por la Constitución Política, siendo

una de las principales herramientas para la consecución de dicho fin, la programación legislativa.

Es este último deber, el de garantizar el goce del derecho a la protección de la salud y a la igualdad, ambos derechos protegidos constitucionalmente a través de mandatos de orden interno y de orden internacional.

Al caso concreto, el mandato de orden interno lo constituyen los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, en conjunción con el artículo 19 N° 2, 9 y 26 del mismo cuerpo legal, y en el orden internacional tenemos diversos preceptos imperativos, como es el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual en su Parte II, artículo 2° dispone que:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Reconociéndose el derecho a la salud en el artículo 12 de dicha norma internacional, tenemos entonces la concreción de un mandato de legislar de orden internacional en atención a garantizar el pleno ejercicio del derecho a la salud.

Es dable concluir, a partir de la comprobación de los supuestos previamente mencionados, a saber: a) existe un mandato legal implícito para el legislador de concretizar derechos asegurados constitucionalmente, en

particular el derecho a la salud y a la igualdad, atendido a que no existe una norma auto ejecutable que permita su ejercicio inmediato imponiendo de esta forma dicha labor única y exclusivamente al legislador; b) dicha desobediencia del legislador al no abordar la concreción de dichos derechos constitucionales, ha trasgredido gravemente derechos fundamentales de orden internacional, los cuales se encuentran resguardados tanto por la Constitución Política como por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y c) que, ha transcurrido, en consideración a factores técnicos, jurídicos y políticos un plazo razonable para que el legislador haya cumplido con su mandato. En consecuencia, se cumplen los presupuestos para declarar que atendida la falencia observada y atendido lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el año 2010, nos encontramos frente al supuesto de una inactividad legislativa de carácter inconstitucional.

CONCLUSIONES

A modo de conclusión, hemos abordado en nuestro análisis las diversas nociones jurídicas acerca del deber del legislador, promoviendo la superación de la noción meramente legalista, que señala que dicho deber tiene que estar expresado de forma explícita en la ley, versus una visión modernizada de lo que significa la labor legislativa en el presente. Atendida la diversificación de los derechos fundamentales y su imperatividad es que hemos optado por superar dicha noción estudiando los deberes implícitos que podemos encontrar en diversos cuerpos normativos cuando las normas que ellos contienen no son autos ejecutables, es decir, cuando no contienen elementos de técnico-jurídicos o procedimentales de aplicación; dotando a la intervención legislativa de un papel preponderante en la concreción de dichos derechos.

La dificultad que hemos abordado en el presente estudio es la distinción que se realiza cuando una inactividad es cometida por órganos de la administración del Estado o si es cometida por órganos legisladores, pues el Poder Legislativo se relaciona negativamente con la Constitución por cuanto éste puede realizar todo aquello que no esté prohibido a nivel constitucional, siendo en consecuencia escuetos los mecanismos de control de la inactividad legislativa.

Para sopesar dicha dificultad abarcamos el estudio desde la determinación de la función legislativa no solo como una facultad, sino que su concreción obedece a determinados deberes o mandatos jurídico-constitucionales que ordenan su actuación. Por encima de aquellos mandatos recogidos más claramente en el derecho internacional de los Derechos Humanos, hicimos visible la circunstancia de que el legislador tiene un marco normativo de actuación delimitado por la Constitución Política. De allí que ya sea por su actividad o por su inactividad pueden afectarse gravemente

principios constitucionales, y dentro de este marco normativo deberá el legislador velar por el desarrollo de dichos principios.

Cuando abordamos el deber de legislar, concluimos que este no represente un mandato explícito y concreto que haga simple la tarea de identificar una posible omisión inconstitucional del legislador. La naturaleza de este mandato viene dada por la reunión de determinados principios y normas constitucionales a saber: 1) el principio de normatividad de la Constitución, 2) el principio de juridicidad, 3) el principio de supremacía constitucional y por último 4) la ejecutabilidad de los derechos fundamentales. Siguiendo paso a paso este esquema podemos llegar al siguiente análisis: si la Constitución es un cuerpo normativo obligatorio para toda persona, institución o grupo, cuyas normas jurídicas son de esencial aplicación y constituyen el marco por excelencia de actuación para toda institución, incluido el poder legislativo, siendo dicho poder principalmente el llamado a materializar los derechos fundamentales en absoluto respeto a la Constitución, entonces tenemos que pesa sobre el legislativo la función de configuración normativa, sin embargo, en aras de dicha función, pueden transgredirse los límites de la norma fundamental existiendo para ello mecanismos de salvaguarda *a posteriori*, como lo es el control de constitucionalidad de la ley. A pesar de ello, sería contradictorio afirmar que dichos mecanismos de control solo deben existir en caso de mediar una actuación concreta del órgano legislativo, pues las consecuencias vulneradoras de la norma fundamental ocurren tanto por actividad o por inactividad de dicho órgano.

Luego de determinar el deber de legislar, nos encontramos con una segunda dificultad cual es determinar un método de control de la inactividad legislativa inconstitucional, pues si bien el control abstracto sería posible en base a la teorización de este instituto, fue necesario tener una base concreta sobre la cual pudiéramos evidenciar situaciones donde el legislador había sido negligente. Estas situaciones ocurren sobretodo en el ámbito de los derechos

fundamentales, puesto que ellos tienen un alto grado de exigibilidad de acuerdo a su rango dentro de la Constitución y a los bienes jurídicos que comprometen. Además de ello, conllevan la obligación emanada de declaraciones internacionales de derechos humanos de ejecutar medidas complementarias que permitan su ejercicio por los particulares, donde evidenciamos ejemplos de instrucciones emanadas de organismos internacionales que se encuentran incumplidas, como por ejemplo, aquel emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Puente La Calchona” donde se promovió de que el estado de Chile desarrollara normas sobre indemnización por error judicial ante la evidencia de una incompleta regulación al respecto, sin que se abordara dicha situación hasta el presente.

Habiendo evidenciado a través de nuestro estudio situaciones determinadas donde el silencio del legislador ha provocado efectos contrarios a derechos constitucionalmente protegidos, es que evaluamos mecanismos aplicados en el derecho y jurisprudencia comparada creados para superar y corregir supuestos de inactividad legislativa inconstitucional. Existe a nivel internacional ya una extensa doctrina que ha estudiado mecanismos legales y también jurisprudenciales para hacer frente a la omisión.

En cuanto a los mecanismos jurisprudenciales, los hay en diversos niveles de intervención de la justicia ordinaria y constitucional en la labor legislativa. Mientras algunos derechamente integran la normativa declarada inconstitucional por un tiempo determinado, otros tienen una labor interpretativa de los preceptos constitucionales para hacer pervivir la norma en cuestión a fin de que sea compatible con la norma fundamental. Otros más moderados efectúan exhortaciones al legislador, ya sea encargándoles derechamente el desarrollo normativo en concreto, otorgándoles un plazo prudencial para hacer efectiva dicha tarea, o también efectuando una recomendación al legislador para perfeccionar una norma y que sea acorde con los efectos esperados de la Carta Fundamental.

Sorprende que nuestro propio Tribunal Constitucional ya haya evidenciado en numerosas oportunidades (cuando se ha referido al matrimonio igualitario, turno ético de los abogados, desafuero parlamentario en delitos de acción penal privada, determinación de la naturaleza jurídica de la CONAF) la falta de desarrollo legislativo de determinados preceptos y haya instado a través de recomendaciones al legislador que éste complete dichos cuerpos normativos en función del derecho a la igualdad, principalmente. Es importante que se efectuara este reconocimiento aun en términos moderados y con pleno respeto de las atribuciones que posee nuestro Tribunal Constitucional, porque así evidenciamos el vacío que existe en esta materia y cómo no hay mecanismo formal alguno que haya salvaguardado esta situación con anterioridad.

Ya habiendo pasado del plano de la teorización a una situación concreta de inactividad del legislador que se ha desarrollado en Chile en los últimos 8 años sin haber sido solucionada, llegamos al análisis de la sentencia 1710/10 del Tribunal Constitucional que declaró la inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES que regulaba la denominada “tabla de factores”, que cataloga grupos de afiliados por sexo, edad, y otras condiciones específicas para asignar rangos de aumento en el costo de sus planes de salud.

El problema de la inconstitucionalidad de dicha norma es que el Tribunal Constitucional no tiene potestad creadora de normas, generándose un vacío que el legislador debería haber suplido con la mayor diligencia posible a fin de evitar situaciones anómalas de inconstitucionalidad atendida la falta de regulación. La situación ideal es que a falta de norma al respecto, dicha situación se integrara en conformidad a los principios constitucionales generales, sin embargo, esto no ha ocurrido por cuanto las ISAPRES han aprovechado la falta de regulación para aplicar mecanismos extra legales para modificar los precios de los planes de salud lo que ha llevado a un crecimiento sostenido de la judicialización de causas contra las instituciones de salud privada lo que es un evidente síntoma de las falencias que presenta su sistema

regulatorio, tales como la distinción acerca de su naturaleza jurídica, las potestades de modificación en sus contratos y si las prestaciones de salud privada se adscriben en el respeto de la regulación constitucional e internacional en materia de derechos humanos.

Es importante recalcar que la excesiva aplicación de la hermenéutica legal no soluciona la inactividad legislativa, porque llevando las normas que ya existen al límite de su interpretación solo ocasiona que hayan más sujetos causantes de la situación de inconstitucionalidad que observamos, a saber, que un órgano administrativo como lo es la Superintendencia de Pensiones en conjunto con las ISAPRES, estén determinando con respaldo de una norma insuficiente los precios de los planes de salud de todos los afiliados al sistema cuando la labor de dar opción de ejercer el derecho a la salud y a la igualdad la debería dar única y exclusivamente el legislador.

Para finalizar, evidenciamos la falta de medios judiciales para hacer frente a situaciones de inactividad legislativa, en cuanto esta discusión no se agota únicamente en la faceta doctrinaria, ni tampoco en la faceta declarativa de derechos. Si podemos declarar que efectivamente se ha trasgredido una norma constitucional a partir de la falta de desarrollo legislativo en la regulación del precio de los planes de salud privado, también debemos ser capaces de abordar la reparación del daño causado, no solo cuando el Estado es activo en la negligencia sino también, cuando causa indefensión por su inoperancia, lo que también constituye una forma grave de negligencia que merece la misma atención, más aun si hemos estudiado los nefastos resultados que ha producido el Caso Ley de ISAPRES en los últimos años.

No hay justificación para que el legislador no sea sujeto activo de una conducta injustificadamente errónea o arbitraria, puede serlo por acción cuando dicta normas inconstitucionales, y en esos casos existe un control *ex post* donde la sanción es la inaplicabilidad de la norma y la posibilidad de hacerla desaparecer del ordenamiento jurídico, sin embargo esta posibilidad se ve

mermada en caso de no tener el objeto de análisis y control (en el caso de las omisiones) debe existir un mecanismo para reparar el daño causado por la inactividad.

En consecuencia, la ocurrencia del daño, independiente si se realizó por una actuación u omisión, es igualmente reprochable y debe ser reparado por las vías jurídicas que tenemos a nuestra disposición, en este caso concurrir a la justicia ordinaria civil para que se declare la Responsabilidad del Estado legislador por omisión legislativa.

BIBLIOGRAFÍA

Abramovich, V. (2005). Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: Herramientas y aliados. *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2(2), 188-223. doi:<http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452005000100009>

Actas de la Comisión de la Nueva Constitución, Sesión 203 (República de Chile).

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Bastida, F., Villaverde, I., Requejo, P., Presno, M., Aláez, B., & Fernández, I. (2004). *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Madrid: Editorial Tecnos.

Bazán, V. (1997). Hacia la Plena Exigibilidad de los Preceptos Constitucionales: el Control de las Omisiones Inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina. En V. Bazán, *Inconstitucionalidad por Omisión* (pág. 45). Bogotá: Editorial TEMIS.

Bulnes, L. (2002). La inconstitucionalidad por omisión. *Estudios Constitucionales*. Año 4(1), 251-264.

Bulnes, L. (2004). El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980. *Gaceta Jurídica*(294), 12-29.

Carocca, A. (2002). Reflexiones sobre el derecho a la reparación del error judicial en Chile a propósito de la solución amistosa ante la comisión interamericana de derechos humanos en el llamado caso del puente "La Calchona". *Lus et Praxis*, 8(2), 641-661. Obtenido de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122002000200021&lng=es&nrm=iso

Castro, I. (2003). *La inconstitucionalidad por omisión: una reforma necesaria en la constitución ecuatoriana*. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil: Ecuador.

Colombo, J. (2002). Funciones del Derecho Procesal Constitucional. *Ius et Praxis*, 8(2), 11-69. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000200002>

Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía. (2013). *Boletín N° 8.924-07*. Santiago: República de Chile.

Congreso Nacional de Chile. (1995). *Historia de la Ley 18.933*. Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Consejo de La Unión Europea. (13 de Diciembre de 2004). Comunicado de prensa c/04/350. Bruselas.

Dorn, C. (2010). *La inconstitucionalidad por omisión legislativa*. Santiago: Metropolitana.

Fernández, F. (2003). *La evolución de la justicia constitucional*. España: Dykinson.

Fernández, F. (2009). El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas: algunas cuestiones dogmáticas. *Estudios Constitucionales*, Año 7(2), 13-69.

Fernández, J. (1998). *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho comparado. El caso español*. Civitas.

Fernández, J. (2003). La omisión legislativa en la constitución del Estado de Veracruz- Llave en el marco de la teoría general del dicho instituto. En F. M. Eduardo, *Derecho procesal constitucional* (4 ed., pág. 377). México: Porrúa.

Ferrajoli, L. (2006). Sobre los derechos fundamentales. *Revista Cuestiones Constitucionales*(15), 113-136.

Geisse, L., & Santibáñez, E. (2014). *La Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa; Criterios Jurisprudenciales del Tribunal Constitucional Chileno*. (E. (. Navarro, Ed.) Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Gomes, J. (1993). *Direito constitucional*. Brasil: Librería Almedina.

Gómez, M. (1997). *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*. Madrid: McGraw-Hill Interamericana.

Hernández, R. (2003). Las omisiones legislativas y los derechos prestacionales. *Revista de Estudios Constitucionales*, año 1, 179-186.

Hernández, R. (2003). Las omisiones legislativas y los derechos prestacionales. *Estudios Constitucionales*, 1(1), 371.

INE-Instituto Nacional de Estadística. (2016). *Judicial 2015: Informe Anual*. Santiago: INE.

Larrañaga, O. (1997). Eficiencia y eficacia en el sistema de salud chileno. *Proyecto CEPAL/GTZ "Reformas financieras al sector salud en América Latina y el Caribe"*. Santiago. Obtenido de <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/6/4286/lcl1030e.pdf>

Matínez, M. (2008). La aplicación judicial del Derecho Constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*(21), 355-374.

Moraga, C. (2007). Auto Acordados como fuentes del Derecho Público. *sima séptimas jornadas de Derecho Público. Fuentes de Derecho Público* (pág. 3). Valparaíso: Facultad de Derecho Universidad Católica de Valparaíso.

Mortati, C. (1970). Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore. *Il Foro Italiano*, 93(9), 76.

Nash, C. (2011). Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Justicia Constitucional Latinoamericana: Tendencias Jurisprudenciales. *Estudios constitucionales*, 9(1), 65-118. Obtenido de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071852002011000100004&lng=es&nrm=iso

Nieto, A. (1986). La inactividad material de la Administración: veinticinco años después. *Revista de Documentación Administrativa*(208), 21-25.

Noguerira, H. (2010). La Sentencia del Tribunal Constitucional en Chile: Análisis y reflexiones jurídicas. *Estudios Constitucionales*, Año 8(1), 79-116.

Pemán, J. (2009). El derecho a la salud como derecho social. Desarrollos recientes desde la perspectiva internacional y en el derecho comparado. *Revista de Administración Pública*(179), 37-86.

Pfeffer, E. (2009). Autos acordados, Control de Constitucionalidad y Procedimiento. *Reflexiones sobre la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional y su Control de Constitucionalidad*. Santiago: Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca.

Prado, A., & Salamero, A. (2006). ISAPRES y contrato previsual de salud. Santiago: Universidad de Chile.

Ramírez, G. (2006). El control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas en Colombia. *II Jornadas Colombo – Venezolanas de Derecho Constitucional* (págs. 1-30). Bogotá: Universidad externado de Colombia. Obtenido de http://www.academia.edu/8123992/El_control_de_constitucionalidad_sobre_las_omisiones_legislativas_en_Colombia

Real Academia Española. (2017). *Diccionario de la Lengua Española*. Obtenido de <http://www.rae.es/>

Rol No. 346 (Tribunal Constitucional 08 de Abril de 2002).

Sentencia Rol 1710, 10 (Tribunal Constitucional 06 de Agosto de 2010).

Sentencia Rol N° 1218, 08 (Tribunal Constitucional 7 de Julio de 2009).

Sentencia Rol N° 1273, 60 (Tribunal Constitucional 20 de Abril de 2010).

Sentencia Rol N° 1287, 98 (Tribunal Constitucional 8 de Septiembre de 2009).

Sentencia Rol N° 976, 7 (Tribunal Constitucional 26 de Junio de 2008).

sentencia rol N° 19, 10 (Tribunal Constitucional 1983 de Octubre de 27).

Sentencia rol N° 309, 48 (Tribunal Constitucional 4 de Agosto de 2000).

Sentencia T-025, T-653010 (Corte Constitucional de Colombia 22 de Enero de 2004).

Silva, A. (2002). *Tratado de Derecho Constitucional*. Santiago: Jurídica de Chile.

Silva, A. (2008). *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XII*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Silva, L. (2014). La dimensión legal de la interpretación constitucional. *Revista Chilena de Derecho*, 41(2), 437-471. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372014000200004>.

Soto-Kloss, E. (1996). *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Storini, C. (Año X de 2016). Razón y cultura: una crítica a la hermenéutica constitucional moderna desde la interpretación dialógica. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*,(37), 33-58.

Superintendencia de Salud. (2011). Síntesis Chile. *IV Congreso Latinoamericano De Órganos Reguladores y de Control De Los Sistemas De Salud* (págs. 74-81). Santiafo: Superintendencia de Salud.

Superintendencia De Salud De Chile. (2017). *Variaciones de los Precios Base Planes Complementarios de ISAPRES. Proceso de Adecuación de Contratos. Periodo Julio 2016 – Junio 2017*. Santiago: Superintendencia De Salud De Chile. Obtenido de http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/articles-13719_recurso_2.pdf

Van Hoof, F. (1984). The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views. En P. Alston, & K. Tomasevski, *The Right to Food* (págs. 97-110). Utrecht: Martinus Nijhoff.

Verdugo, M. (2003). Notas sobre el principio de supremacía constitucional y los decretos supremos de ejecución. *Estudios Constitucionales*, 387-399.

Verdugo, S. (2009). Inconstitucionalidad por omisión del legislador. *Actualidad Jurídica*(19), 373-396. Obtenido de <http://derecho-scl.udd.cl/investigacion/files/2010/04/Inconstitucionalidad-por-omisi%C3%B3n-del-legislador.-S-VERDUGO.pdf>

Wessel, W. (1952). Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde. *Deutsches Verwaltungsblatt*(6), 161 y 164.

ANEXO

TABLA “A”

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE QUE CONTIENEN RECOMENDACIONES AL LEGISLADOR

Rol	Materia	Síntesis	Dictamen	Recomendación al legislador
<p>188 1-2010</p>	<p>Inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil.</p>	<p>Declaración de inconstitucionalidad del precepto debido a que impide, a nivel técnico y jurídico, el reconocimiento de las sentencias de matrimonio homosexual celebrado en el extranjero, constituyendo una vulneración al derecho a la igualdad consignado en el nº 2 del art. 19 de la Constitución Política y diversos cuerpos normativos de derechos humanos a nivel internacional</p>	<p>Se rechaza requerimiento, los miembros del Tribunal efectúan un análisis que comprende tanto la determinación de un deber de reconocimiento de una situación de hecho que conlleva un deber legislativo.</p>	<p>“legislar sobre la materia resulta aún más imperioso en nuestro país frente al vacío normativo que hoy existe. Ello deja en una incertidumbre jurídica a las uniones de hecho, especialmente a las parejas del mismo sexo, exponiéndolas a situaciones de menoscabo y desamparo. Existe en este punto una omisión legislativa y un déficit de protección que es preciso remediar con prontitud” (cons. 36)</p> <p>“debemos dejar en claro que compete al Parlamento –y no a</p>

				<p>esta Magistratura– dictar las normas legales correspondientes, regulando alguna forma de unión civil entre dos personas, independientemente de su orientación sexual” (cons. 37)</p> <p>El Estado (...) está incurriendo en una exclusión que es incompatible con el respeto de la dignidad humana, la autonomía individual y la igualdad ante la ley, al tiempo que incumple con el mandato constitucional de protección a la familia.(cons. 7 disidencia)</p>
<p>Rol 1872-2010</p>		<p>El TC somete a estudio la naturaleza jurídica de la CONAF (Corporación Nacional Forestal) frente a diversos requerimientos de inconstitucionalidad de sus normas que lo califican como una entidad de derecho privado pero que realiza funciones propias de organismos públicos (esta</p>	<p>Se declaró la constitucionalidad de aquellas disposiciones del Proyecto de Ley que asignan a la CONAF funciones cuyo cumplimiento envuelve ejercicio de potestades públicas.</p>	<p>VIGESIMOCUARTO. (..) esta declaración exige a esta Magistratura hacer presente a los Poderes Colegisladores la inconveniencia de la mantención de situaciones constitucionalmente anómalas como las aludidas y, especialmente en el presente caso, exhortar a S.E. la Presidenta de la</p>

		diferenciación constituiría una omisión relativa); el Tribunal plantea que se hará cargo de la seguridad jurídica frente a situaciones jurídicas consolidadas, realizando una interpretación constitucional aplicando el principio de conservación de las leyes.		República para que regularice la naturaleza jurídica de la CONAF, procediendo a la dictación del Decreto Supremo a que se refiere el artículo 19 de la Ley N° 18.348, publicada el año 1984, o empleando otro medio constitucionalmente idóneo que el Gobierno estime adecuado.
Rol 16 y 17		Reclamación del Senado por la no promulgación del proyecto de ley que ordena invertir determinados recursos en favor de las Municipalidades de Cautín, Valdivia y Llanquihue.	Por la unanimidad del Tribunal se declara que ha lugar al requerimiento del Senado y se resuelve promulgar en el fallo el Proyecto de Ley cuya promulgación había sido omitida por el Ejecutivo por estimarlo inconstitucional.	27° Que, naturalmente, el plazo que la Constitución consigna para que el Presidente promulgue encierra una regla imperativa que deja e cumplirse cuando transcurre o vence sin que se lleve a cabo la promulgación. La omisión del cumplimiento del deber vencido el plazo hace nacer el derecho para instar jurisdiccionalmente por la promulgación 4° . Como el plazo ha vencido el Senado ha podido, como también lo ha hecho, requerir al

				<p>Tribunal para que promulgue el proyecto de ley según lo dispuesto por el párrafo e) e inciso 11 del artículo recién citado;</p> <p>39° (..) encontrándose vencidos los plazos del Art. 55 de la Constitución Política del Estado, sin que el Presidente de la República diera cumplimiento al trámite de la promulgación del texto despachado por el Congreso Nacional, procede que el Tribunal acoja, en cambio, el requerimiento del Senado y promulgue en este fallo, por sí mismo, el mencionado proyecto de ley.</p>
--	--	--	--	--