

## EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO REFORMADO EN 2005: SUS COMPETENCIAS Y ALGUNOS HITOS JURISPRUDENCIALES TRASCENDENTES

Humberto NOGUEIRA ALCALÁ\*

*SUMARIO: I. Las competencias del Tribunal Constitucional chileno después de la reforma de 2005. II. Algunos hitos importantes y de consecuencias sociales y políticas relevantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.*

### I. LAS COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO DESPUÉS DE LA REFORMA DE 2005

La reforma a la ley fundamental de agosto de 2005 concentra el control de constitucionalidad sobre normas jurídicas en el Tribunal Constitucional, lo cual constituye un cambio de modelo de jurisdicción, el cual tiene importantes consecuencias en el sistema de defensa del orden constitucional.

El texto del artículo 92 de la carta fundamental, de acuerdo a la reforma constitucional aprobada, establece una nueva integración del Tribunal

\* Doctor en derecho por la Universidad Católica de Lovaina La Nueva, Bélgica, 1983; profesor titular de Derecho Constitucional y director del Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca, Campus Santiago, Chile; presidente de la Asociación Chilena de derecho Constitucional; vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional; presidente de la Sección Chilena del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; miembro Asociado de la Academia Internacional de Derecho Comparado; miembro del Consejo Directivo de la Academia Judicial de Chile.

Constitucional,<sup>1</sup> además precisa las materias que serán objeto de competencia del pleno y el quórum necesario para sesionar y adoptar resoluciones:

El Tribunal resolverá en pleno las cuestiones indicadas en los números 1o., 3o., 4o., 5o., 6o., 7o., 8o., 9o. y 12, del artículo siguiente. Para el ejercicio de sus restantes atribuciones podrá funcionar en pleno o en sala de acuerdo a lo que disponga la ley orgánica constitucional. El quórum para sesionar será de, a lo menos, cuatro quintos de sus respectivos miembros. El Tribunal adoptará sus acuerdos por simple mayoría, salvo los casos en que se exija un quórum diferente y fallará de acuerdo a derecho.

A su vez, el artículo 81 determina que “Una ley orgánica constitucional determinará su organización y funcionamiento, así como sus atribuciones y procedimiento y fijará la planta, régimen de remuneraciones y estatuto de su personal”.

El ámbito de competencias del control de constitucionalidad desarrollado por los tribunales constitucionales generalmente se clasifica en cuatro materias:

1. Control de constitucionalidad normativa u orgánica.
2. Control de constitucionalidad de conflictos de atribuciones o competencias.
3. Control de constitucionalidad mediante el amparo de derechos fundamentales y sus garantías.
4. Otras competencias o competencias residuales.

<sup>1</sup> “Artículo 92. Habrá un Tribunal Constitucional integrado por diez miembros, designados de la siguiente forma:

a) Tres designados por el presidente de la República

b) Cuatro elegidos por el Congreso Nacional. Dos serán nombrados directamente por el Senado y dos serán previamente propuestos por la Cámara de Diputados para su aprobación o rechazo por el Senado. Los nombramientos, o la propuesta en su caso, se efectuarán en votaciones únicas y requerirán para su aprobación del voto favorable de los dos tercios de los senadores o diputados en ejercicio, según corresponda.

c) Tres elegidos por la Corte Suprema en una votación secreta que se celebrará en sesión especialmente convocada para tal efecto.

Los miembros del Tribunal durarán nueve años en sus cargos y se renovarán por parcialidades cada tres. Deberán tener a lo menos quince años de título de abogado, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública, no podrán tener impedimento alguno que los inhabilite para desempeñar el cargo de juez, estarán sometidos a las normas de los artículos 55, 56 y 78, y no podrán ejercer la profesión de abogado ni actuar como procurador o agente en gestiones particulares de carácter administrativo.

En el presente artículo analizaremos solamente el primero de estos ámbitos, en sus dimensiones únicamente de control de constitucionalidad sobre normas jurídicas que se desarrollan de acuerdo con las fuentes formales del derecho constitucional chileno, como asimismo, respecto de las normas formadas en el derecho internacional y que se incorporan al derecho interno.

Asimismo, este control normativo lo clasificaremos y analizaremos atendiendo a si éste se desarrolla en forma preventiva o en forma represiva.

### 1. *El control de constitucionalidad sobre normas hecho de forma preventiva*

El control preventivo de constitucionalidad tiene por objeto evitar, ya sea el nacimiento de normas jurídicas contrarias a la Constitución o impedir que normas provenientes del derecho internacional que sean inconstitucionales, se incorporen al ordenamiento jurídico nacional. Se trata de un control de prevención, por lo que la acción, requerimiento o consulta tiene como efecto impedir que continúe el procedimiento de aprobación o incorporación de la norma jurídica cuestionada, mientras se pronuncia el Tribunal o Corte Constitucional, estableciendo la compatibilidad o incompatibilidad de la norma con la Constitución. Dicha decisión es una decisión jurídica, constituyendo una sentencia de carácter vinculante, lo que significa que los órganos estatales deben acatarla y cumplirla.

Dicho control preventivo de constitucionalidad puede ser amplio o restringido. El control preventivo será amplio cuando verse sobre reformas constitucionales, tratados internacionales y los diversos tipos de preceptos legales como ocurre por ejemplo en Chile, Bolivia y Colombia, en América del Sur.

El control preventivo será restringido cuando queden excluidas del control las reformas constitucionales y éste se refiera solamente a tratados internacionales y proyectos de ley como ocurre por regla general en el derecho comparado.

El control preventivo de constitucionalidad es un sistema mediante el cual, el Tribunal o Corte Constitucional concreta la revisión del contenido de un proyecto de precepto legal o de reforma constitucional, como de un tratado, para determinar su conformidad con los valores, principios y reglas establecidas por la Constitución antes de integrarse al ordenamiento jurídico.

Las decisiones sobre control preventivo de constitucionalidad son decisiones jurisdiccionales, ya que ellas son dictadas por un órgano compuesto de juristas que resuelven de acuerdo a parámetros técnico jurídicos, las cuales tienen efectos vinculantes, se sujetan a procedimientos jurídicos y confrontan un precepto normativo o tratado con la Constitución o el bloque de constitucionalidad de derechos, sin por ello desconocer las fuertes repercusiones políticas de tales fallos.

El control preventivo busca evitar la vigencia y aplicación de normas inconstitucionales, aplicándose a los preceptos legales o de reforma constitucional, antes de su promulgación y respecto de tratados internacionales antes de su ratificación. Además, en materia de tratados, existe el efecto de evitar la trasgresión de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en especial los artículos 26 y 27, que los Estados han incorporado a sus ordenamientos jurídicos, los cuales establecen que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (artículo 26); “que una parte no podrá invocar las disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (artículo 27). De esta manera, para actuar de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones jurídicas contraídas en el ámbito del derecho internacional, es necesario con un mínimo de coherencia lógica y jurídica, que los Estados establezcan un control sólo preventivo pero obligatorio de constitucionalidad de todos los tratados internacionales que se deseen incorporar al derecho interno.

*A. Control preventivo de constitucionalidad  
de reformas constitucionales y del ejercicio  
del poder constituyente derivado o instituido*

La Constitución chilena precisa el control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional en su artículo 93 núm. 3, a requerimiento del presidente de la República, de cualquiera de las cámaras o de una cuarta parte al menos de sus miembros en ejercicio, que sean formuladas antes de la promulgación del proyecto de reforma constitucional.

El control de constitucionalidad sobre reformas constitucionales está también contemplado entre las atribuciones de los tribunales constitucionales de Bolivia y Colombia.

La Constitución de Bolivia, en su artículo 120 núm. 10, en armonía con los artículos 116 y 117 de la ley 1836 de 1998, determina que el control sobre proyectos de reforma constitucional puede ser planteado por cualquier senador o diputado, o por el presidente de la República, este control sólo puede referirse a infracciones del procedimiento de reforma constitucional, sin poder ingresar al contenido material o sustantivo de la reforma constitucional.

La Constitución de Colombia, determina en su artículo 241 núm. 1, la función de la Corte Constitucional de decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promueven los ciudadanos sobre los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

En el caso chileno, el control de constitucionalidad, además de los aspectos procedimentales o adjetivos se extiende a los aspectos sustantivos, en virtud de que, de acuerdo al artículo 5o. inciso 2, el ejercicio de la potestad constituyente tiene como límite los derechos esenciales de las personas aseguradas por la Constitución como asimismo, por los tratados ratificados por Chile y vigentes. En Chile hay así una concreción constitucional del principio de irreversibilidad en materia de derechos esenciales, el que, a su vez, está contenido también en el artículo 29 literal *a* y *b* de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el sentido de que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de permitir suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos o limitados en mayor medida que lo previsto en la Convención o en el ordenamiento jurídico de los Estados partes o de otra convención en que sea parte el Estado.

Estos principios de interpretación obligan a una concepción progresiva en el respeto, garantía y promoción de los derechos por los órganos constituidos.

Asimismo, nos parece que otra limitación material al poder constituyente derivado es que éste no puede transformar el sistema institucional republicano democrático en un régimen autocrático, desvirtuando el aseguramiento de los derechos fundamentales, su sistema de protección jurídica y jurisdiccional, asimismo, no podrían eliminarse los controles del poder político y la separación de funciones estatales, una reforma constitucional que vulnerara dichos principios y reglas constitucionales, realizaría una mutación inconstitucional y contraria a derecho del

orden constitucional, la que podría regir sólo por la fuerza de los hechos, pero no por la fuerza del derecho, siendo esencialmente antijurídica,<sup>2</sup> al constituir una tiranía de la mayoría como en su momento señaló Alexis de Tocqueville.<sup>3</sup>

*B. El control preventivo de constitucionalidad de los tratados o convenciones internacionales.*

El control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales está previsto como competencia de los tribunales constitucionales de Bolivia, Colombia, Chile y Ecuador, como asimismo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.

En el caso de Chile, el artículo 82 núm. 2 de la Constitución vigente hasta 2005, precisaba el control preventivo facultativo de los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso, el que se concreta a petición de cualquiera de las dos cámaras (Cámara de Diputados o Senadores) o por, al menos, una cuarta parte de los diputados o senadores en ejercicio.

La reforma constitucional de agosto de 2005 establece en el artículo 93 núm.1 el control preventivo obligatorio respecto de los tratados que se refieren a materias propias de Ley Orgánica Constitucional, dejando en el resto de las materias un control preventivo facultativo en los términos señalados en el párrafo anterior, todo ello de acuerdo al nuevo artículo 93 núm.3.

Ello nos merece la consideración crítica de todos los tratados internacionales debieran someterse a control preventivo obligatorio de constitucionalidad, con el objeto de dotar de plena seguridad jurídica a dichos instrumentos, una vez incorporados al derecho interno y ser coherente con la obligación de los Estados partes de cumplirlos de buena fe, sin oponer obstáculos de derecho interno a ello, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 26, 27 y 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, quedando a salvo, luego de la incorporación del tratado al de-

<sup>2</sup> Véase Nogueira Alcalá, Humberto, "La democracia, el orden constitucional democrático y las reglas de su modificación", *XX Jornadas de derecho público*, Valparaíso, Edeval, 1990, t. 1, p. 85.

<sup>3</sup> Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, pp. 254 y ss.

recho interno, la facultad del Estado de denunciar el tratado internacional de acuerdo con las reglas del propio tratado o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional.

El Tribunal Constitucional chileno, en sentencia núm. 288 de 1999, referente al Acuerdo entre Chile y Argentina que precisa el límite entre el Monte Fitz Roy hasta el Cerro Daudet, ha precisado que

El tratado y la ley son fuentes del derecho diferentes (considerando 6o.), agregando que “la total incertidumbre acerca de la fecha de promulgación de un tratado erosionaría seriamente la seguridad jurídica tanto en el ámbito nacional como internacional ya que después de la ratificación formal, el Estado se encuentra obligado a respetar sus cláusulas (considerando 14).

Así el requerimiento al Tribunal Constitucional referente a un tratado internacional sólo puede formularse mientras el tratado se encuentra sometido a la aprobación del Congreso, por lo que concluida la aprobación del Tratado por el Congreso y comunicada formalmente tal aprobación al presidente de la República, es inadmisibile el requerimiento formulado con posterioridad, dado que la facultad de los órganos legitimados para ello se había extinguido.

En el caso chileno, el texto constitucional no establece una regulación constitucional adecuada acerca de la ubicación de los tratados en el sistema de fuentes, ni tampoco sobre la fuerza aplicativa de tales normas jurídicas, siendo urgente abordar dicha materia en una perspectiva contemporánea y en el contexto de un mundo globalizado y de procesos de integración, donde la concepción tradicional de soberanía no resiste el derecho internacional de los derechos humanos y la transferencia de competencias a órganos políticos y jurisdiccionales supranacionales.<sup>4</sup>

La reforma constitucional de 2005 en esta materia ha sido muy pobre, solamente se obtuvo el consenso necesario para establecer en el nuevo artículo 54 de la carta fundamental, incisos 6 y 7 lo siguiente:

Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales del derecho internacional.

<sup>4</sup> Véase Nogueira Alcalá, Humberto, “Consideraciones sobre el fallo del Tribunal Constitucional respecto del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional”, *Revista Ius et Praxis*, año 8, núm. 1, 2002, pp. 563 y ss.

Corresponde al presidente de la República la facultad exclusiva para denunciar un tratado o retirarse de él, para lo cual pedirá la opinión de ambas Cámaras del Congreso, en el caso de tratados que hayan sido aprobados por éste. Una vez que la denuncia o el retiro produzca sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado internacional, éste dejará de tener efecto en el orden jurídico chileno.

En el contexto sudamericano los sistemas de control de constitucionalidad de tratados que se adecuan de mejor forma a una perspectiva armónica del derecho interno y derecho internacional, como asimismo, al cumplimiento de buena fe de las obligaciones válidamente contraídas por los Estados, sin oponer a ellos obstáculos de derecho interno que son expresión del propio poder estatal son, sin duda, los establecidos en las Constituciones de Colombia y Ecuador por ser un *control preventivo obligatorio* respecto de todos los tratados internacionales, control que impide que se produzcan conflictos entre derecho interno y derecho internacional.

Consideramos que un tratado o convención internacional ratificado y con las comunicaciones de ratificación canjeadas o cumpliendo las disposiciones de los artículos 11 y 24 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, desarrollado por los órganos competentes, sin que exista un reparo previo de constitucionalidad, habiéndose integrado el tratado o convención al ordenamiento jurídico interno, es adecuado considerar la inexistencia de control represivo de constitucionalidad, por razones de seguridad jurídica, de respeto a los actos propios, de respeto al honor del Estado, de cumplimiento de los compromisos internacionales, quedando solamente como alternativa legítima y viable la denuncia de la convención o tratado de acuerdo con las reglas del derecho internacional.<sup>5</sup>

El proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional en sus fundamentos determina:

Respecto de los tratados, se establece que el requerimiento debe hacerse antes de que sea remitida la comunicación en que se informa al presidente que el tratado fue aprobado por el Congreso, o en los cinco días inmediatamente siguientes. Pero, durante este último plazo, el requerimiento no se admitirá si el presidente ya hubiere ratificado el tratado.

<sup>5</sup> Sobre la materia véase el interesante trabajo de Bazán, Víctor, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Un análisis de derecho comparado*, México, Editorial Porrúa, 2003.

C. *El control preventivo de constitucionalidad de preceptos legales y otras normas infraconstitucionales*

En el caso de Chile, el artículo 93 de la Constitución, en su numeral 1, establece un control preventivo obligatorio de constitucionalidad sobre proyectos de leyes interpretativas de la Constitución y leyes orgánicas constitucionales, antes de su promulgación.

Dicho requerimiento tiene una legitimación activa restringida, la que puede ser desarrollada por el presidente de la República, cualquiera de las dos ramas del Congreso Nacional o, a lo menos, una cuarta parte de los diputados o senadores en ejercicio.

Dicho control preventivo de constitucionalidad puede versar tanto de aspectos de forma como de fondo.

El proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, con la finalidad de precisar la oportunidad definida por la Constitución, para plantear el requerimiento (antes de la promulgación), establece que la promulgación de los proyectos se entiende efectuada por el presidente de la República cuando ingrese a la oficina de partes de la Contraloría General de la República el respectivo decreto promulgatorio. No se podrá admitir a tramitación requerimientos formulados con posterioridad a ese instante.

2. *El control represivo o correctivo de constitucionalidad de normas jurídicas por los tribunales constitucionales*

El control represivo, correctivo o *a posteriori* se concreta cuando la norma impugnada ya forma parte del ordenamiento jurídico, pudiendo ser impugnada en la forma o en el fondo, como asimismo por inconstitucionalidad sobreviviente pudiendo adoptar distintas modalidades y vías.

A. *El juicio incidental de inconstitucionalidad de preceptos legales ante el Tribunal Constitucional*

El artículo 93 (ex artículo 82) numeral 6, establece como competencia del Tribunal Constitucional, “Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en

cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”.

El *juicio incidental de inconstitucionalidad* permite conjugar dos principios constitucionales básicos, la eficacia directa de la Constitución y el principio de respeto a la ley por parte de los tribunales ordinarios, posibilitando al tribunal ordinario elevar a la consideración del Tribunal Constitucional todo precepto legal en el cual haya dudas de constitucionalidad.

Ello contribuye a establecer un diálogo y una colaboración entre tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional, permite concretar con eficacia la fuerza normativa de la Constitución, su supremacía y defensa, como asimismo, salvar el principio que prohibía a los jueces letrados y cortes de apelaciones inaplicar por sí mismo un precepto legal postconstitucional o de dudosa constitucionalidad, ya que dicha facultad estaba reservada en forma exclusiva a la Corte Suprema por el artículo 80 de la Constitución, atribución que desaparece con la reforma constitucional que se está aprobando.

El juicio incidental de inconstitucionalidad con modalidad de control concreto, previsto por la reforma constitucional chilena se aleja del sistema previsto en Alemania, Italia, España y Bolivia, donde la modalidad de juicio incidental tiene el carácter de control abstracto con efecto *erga omnes*, teniendo mas cercanía con el modelo portugués, considerado en el artículo 280 de la Constitución portuguesa, el cual prevé un juicio incidental con modalidad de control concreto ante el Tribunal Constitucional y cuya sentencia produce efectos *inter partes*, en todo caso, el artículo 280.5 de la Constitución portuguesa genera la obligación para el Ministerio Público de plantear un recurso al Tribunal Constitucional cuando un tribunal aplique a un caso concreto una norma declarada previamente inconstitucional por dicho tribunal.

Este juicio incidental de inaplicabilidad que establece el artículo 93 núm. 6 de la Constitución se caracteriza por los siguientes aspectos:

1. Los sujetos con legitimación activa para promover la cuestión de inconstitucionalidad son los jueces, los tribunales o los funcionarios públicos o autoridades administrativas ante las que se desarrolla el procedimiento judicial o administrativo respectivo de oficio, en el que deba aplicarse el precepto legal impugnado de inconstitucionalidad, o la parte en la respectiva gestión judicial que se considere afectada por la aplicación de dicho precepto legal.

En este último caso, es necesario la legitimación de las partes en la gestión judicial ordinaria o especial para poder comparecer ante el Tribunal Constitucional, los que deben poder realizar las alegaciones que estimen pertinentes sobre la constitucionalidad de las normas enjuiciadas, lo que es una exigencia que deriva del debido proceso y del derecho de defensa eficaz en el proceso tanto principal como incidental.

2. Se plantea el juicio incidental de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional respecto del o los preceptos legales considerados inconstitucionales o de dudosa constitucionalidad, tanto en los aspectos de forma o fondo, durante la tramitación en la instancia respectiva, antes de dictar sentencia, la que no puede dictarse mientras no resuelva el Tribunal Constitucional. Ello permite la tramitación de todas las etapas procesales en la instancia, sólo se paraliza la emisión de la sentencia ya que la supuesta inconstitucionalidad del precepto legal afecta inmediata y directamente a la sentencia.

3. Consideramos que la Ley Orgánica Constitucional deberá establecer que el juicio incidental de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sólo puede plantearse por una sola vez, en cualquier estado del trámite del proceso judicial o administrativo (primera, o segunda instancia o aun en el caso de recurso de casación hasta antes de la ejecutoria de la sentencia).

Es necesario precisar que la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional chileno que necesariamente deberá modificarse profundamente, debe pronunciarse acerca de la posibilidad de presentar en una misma gestión judicial pero en diferentes instancias, diferentes incidentes de inconstitucionalidad, ya que la presentación de un incidente de inconstitucionalidad por vicios de forma, no obsta para presentar luego un incidente de inconstitucionalidad en virtud de un vicio de inconstitucionalidad de fondo, salvo que la Ley Orgánica del Tribunal exija plantear todos los problemas de inconstitucionalidad que presenta un precepto legal en un solo incidente, impidiendo a la parte presentar en el mismo procedimiento un nuevo incidente de inconstitucionalidad.

4. El Tribunal Constitucional, al resolver la cuestión sometida a su conocimiento sólo se pronunciará sobre la constitucionalidad de las disposiciones legales aplicadas al caso concreto y señaladas con precisión por la parte o la autoridad judicial o administrativa que promueve el incidente de inconstitucionalidad.

5. El Tribunal Constitucional examinará la constitucionalidad del precepto legal en control concreto, siendo la Constitución y el bloque constitucional de derechos el parámetro para determinar si el precepto legal es o no compatible con ella.

Nos parece conveniente explicitar en la Ley Orgánica Constitucional respectiva, una manifestación de la regla *iura novit curia*, vale decir, que el Tribunal Constitucional conoce el derecho y que lo aplica cuando se lo solicitan a través de acciones abstractas o juicios incidentales concretos, por lo que puede fundar la determinación de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del procedimiento por las partes, siempre que exista una conexión planteada y los preceptos constitucionales considerados, posibilitando a las partes, comparecientes o intervinientes ante el tribunal, en algún tiempo razonable antes de la decisión, otorgarles la facultad de pronunciarse sobre la eventual existencia de los motivos eventualmente considerados por el tribunal que sean distintos a los alegados por los comparecientes.

En tal sentido, sería conveniente incorporar a la Ley Orgánica Constitucional una disposición del siguiente tenor: “El Tribunal Constitucional debe aplicar el derecho que corresponda al proceso o procedimiento, aunque no haya sido invocado por los intervinientes o partes o lo hayan invocado erróneamente”.

6. La sentencia del Tribunal Constitucional en control concreto de inaplicabilidad de preceptos legales, genera sólo efectos *inter partes* y no genera cosa juzgada constitucional. Ello se debe a que en otro caso concreto el Tribunal Constitucional puede reexaminar la disposición legal a la luz del nuevo contexto y del caso específico, pudiendo variar su decisión anterior.

VII. La reforma a la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional es necesario que contemple una disposición que determine la fuerza vinculante de los fallos del Tribunal Constitucional para los tribunales ordinarios de justicia y otros tribunales de la República, mientras el Tribunal Constitucional no cambie de criterio, con el objeto de unificar los parámetros de control de constitucionalidad, otorgar seguridad jurídica y otorgar igualdad en la aplicación del derecho.

El juicio incidental de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es así un complemento directo de control normativo respecto de la acción di-

recta de inconstitucionalidad, teniendo como objeto inaplicar los preceptos legales que en un caso específico se consideren inconstitucionales, cautelándose sólo intereses o derechos subjetivos de las personas, que es la única consideración que fundamenta los efectos inter partes de una sentencia constitucional.

B. *El control reparador, abstracto, con efecto erga omnes de inconstitucionalidad practicado de oficio por el Tribunal Constitucional*

El Congreso Nacional había aprobado en esta materia que, después de que el Tribunal Constitucional se hubiera pronunciado sobre la inaplicabilidad de un precepto legal, inmediatamente a través de un control automático de oficio, el pleno del Tribunal debía pronunciarse sobre la expulsión del precepto legal considerado inaplicable del ordenamiento jurídico.

El presidente de la República a través del veto núm. 18 respecto del proyecto de reforma constitucional aprobado por el Congreso realiza “una pequeña pero relevante precisión en materia de procedimiento” según manifiesta el propio veto.

Esta precisión es explicada en el fundamento del veto presidencial en los siguientes términos:

La norma aprobada establece que el juicio de constitucionalidad debe hacerse “en el mismo fallo en que haya declarado inaplicable un precepto legal.

Esta última solución impediría la alternativa de una vista de la causa con el objeto de solicitar opinión a los órganos democráticos del Estado que generaron la ley. Este procedimiento es esencial puesto que el acto que caracteriza la expresión suprema del poder de los modernos tribunales constitucionales radica en su capacidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley. Este poder ha sido cuestionado doctrinariamente por constituir un poder contramayoritario o un contrapoder democrático. No obstante, como reseña un autor, es perfectamente conciliable con la democracia puesto que a diferencia de los demás órganos del Estado que existen para algo, la tarea del Tribunal Constitucional no es hacer el bien sino evitar que se haga el mal, entendido éste como la actuación de los demás poderes al margen de lo previsto en la Constitución. Es un órgano defensivo del Estado democrático frente a su posible desnaturalización. Por lo mismo, en su tarea de declarar la inconstitucionalidad ha de actuar con la debida prudencia y ejercicio de última ratio que dicha fórmula exige.

En este sentido, el veto núm. 18 declara que debe distinguirse netamente el juicio de inaplicabilidad del juicio de inconstitucionalidad. Debe, por ende, establecerse un procedimiento que articule este último juicio y para ello se remiten parte de sus aspectos a la regulación por la ley orgánica constitucional respectiva.

Asimismo, se abre un limitado espacio a una acción pública, para pedir la declaración de inconstitucionalidad sólo una vez declarada la inaplicabilidad por parte del Tribunal. En este caso, se puede proceder a un nuevo examen de admisibilidad de la acción con el objeto de limitar las múltiples acciones sobre asuntos similares. De la misma manera, se mantiene la capacidad del propio Tribunal para proceder de oficio.

El texto propuesto en el veto fue aprobado por el Congreso Nacional, constituyendo así en el nuevo texto constitucional, el cual quedó redactado de la siguiente forma: “7o. Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”.

La legitimación activa queda radicada así en cualquier ciudadano, pudiendo este requerir al Tribunal Constitucional la expulsión del ordenamiento jurídico de cualquier precepto legal que haya sido previamente declarado inaplicable por el propio Tribunal en control concreto.

Asimismo, la Constitución prevé que el propio Tribunal Constitucional puede, de oficio, pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de un precepto legal previamente declarado inaplicable en control concreto, todo ello de acuerdo con las normas que regulen la materia que contendrá la reforma a la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, en actual tramitación en el Congreso Nacional.

El tema de la admisibilidad de las acciones populares de inconstitucionalidad estará regulado en la Ley Orgánica Constitucional, sin perjuicio de lo cual, el texto constitucional determina al menos dos requisitos: la previa declaratoria de inaplicabilidad por el Tribunal Constitucional y el establecimiento de argumentos jurídicos que hagan razonable el control abstracto que debe practicar el Tribunal Constitucional señalando las disposiciones constitucionales vulneradas por el precepto legal.

El Tribunal Constitucional al examinar el precepto legal cuestionado en control abstracto, deberá notificar a los órganos constitucionales concernidos, como son el presidente de la República y ambas cámaras del Congreso Nacional, los que podrán apersonarse en el procedimiento en cuanto órganos colegisladores, dando a conocer sus razonamientos y fun-

damentos sobre la constitucionalidad del precepto legal aprobado por ellas y aún vigente, todo ello dentro de normas que garanticen un debido proceso constitucional.

En todo caso, como lo explicita claramente el fundamento del veto presidencial al texto aprobado por el Congreso Nacional siempre debe asegurarse un debido proceso constitucional.

En el veto núm. 14 se precisa la interpretación de una materia al mandato de regulación del Tribunal Constitucional.

En el primer caso, se quiere dejar expresa constancia que la expresión “procedimientos”, permite organizar el debido proceso al interior de la tramitación de algunas de las competencias del Tribunal Constitucional en aquello no previsto por la propia Constitución. Es así como se puede verificar en qué consistirá el examen de admisibilidad en casos determinados, una orden de no innovar u ordenar la tramitación y vista de la causa cuando sea necesario.

El Tribunal Constitucional deberá pronunciarse en Pleno sobre la inconstitucionalidad en abstracto, en la medida que en tal control considere que el precepto legal cuestionado debe ser expulsado del ordenamiento jurídico por inconstitucionalidad de forma o fondo.

El proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional precisa que si se inicia por acción pública, el Tribunal debe dar traslado a los mismos órganos constitucionalmente interesados mencionados, para que dentro del plazo de cinco días, aleguen sobre su admisibilidad o inadmisibilidad.

Evacuado el traslado o vencidos los plazos para ello, el Tribunal debe examinar la admisibilidad del requerimiento. Debe declararlo inadmisibile, si no ha existido una declaración previa de inaplicabilidad, o si han transcurrido más de tres meses desde la respectiva sentencia, o cuando adolezca de manifiesta falta de fundamento.

Admitido a tramitación, el procedimiento que contempla el proyecto de ley tiene varias etapas. En la primera, debe ponerse en conocimiento de los órganos constitucionalmente interesados. En la segunda, estos órganos tienen un plazo de 20 días para formular las observaciones y acompañar los antecedentes que estimen pertinentes.

En la siguiente etapa, evacuadas las diligencias anteriores o vencido el plazo para efectuarlas, el Tribunal debe traer los autos en relación y el asunto queda en estado de tabla.

Enseguida, el Tribunal debe dictar sentencia dentro del plazo de treinta días y sólo en casos calificados y por resolución fundada, puede prorrogarlo por otros quince días.

Cabe señalar que el Tribunal puede fundar la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas, únicamente en la infracción de los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos en la sentencia previa que le sirva de sustento. Con ello no se hace más que establecer claramente la vinculación entre la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad.

Finalmente, la sentencia que declare la inconstitucionalidad de todo o parte de un precepto legal, debe publicarse, en extracto, en el *Diario Oficial* dentro de los tres días siguientes a su dictación.

La formula propuesta no nos parece que sea la más adecuada, el Tribunal Constitucional debiera poder examinar la constitucionalidad del precepto legal, siendo la Constitución y el bloque constitucional de derechos el parámetro para determinar si el precepto legal es o no compatible con ella, analizando las diversas hipótesis posibles por las cuales los preceptos legales pueden ser inconstitucionales, considerando no sólo las normas constitucionales citadas como infringidas por el actor, sino examinando la conformidad del o los preceptos legales con todas las normas que constituyen parámetros de control de constitucionalidad, ya que el Tribunal se presume que conoce el derecho vigente y lo aplica, por lo tanto la decisión de inconstitucionalidad debiera poder basarse en cualquier disposición constitucional que hayan sido infringida por el precepto legal que hayan sido cuestionado por el actor.

La decisión del Tribunal Constitucional sólo podrá determinar la expulsión del ordenamiento jurídico del o los preceptos legales cuestionados en su constitucionalidad, si se pronuncian en tal sentido al menos los *cuatro quintos de los ministros en ejercicio*.

Dicho quórum nos parece exagerado, ya que posibilita que un criterio minoritario al interior del Tribunal pueda bloquear la determinación de la mayoría absoluta de los ministros que componen dicho Tribunal. Ello establece la paradoja que el criterio jurídico de la minoría vale más que el criterio jurídico de la mayoría de los ministros del Tribunal Constitucional, posición que constituye una *rara avis* dentro del derecho constitucional comparado, ya que expresa una desconfianza en el criterio jurídico de la mayoría absoluta del Tribunal Constitucional como defensor de la Constitución.

La modalidad de control abstracto de inconstitucionalidad que establece la reforma Constitucional 2005, tiene algunas semejanzas con aquella que ejerce el Tribunal Constitucional de Portugal, el cual puede examinar y declarar, con efectos erga omnes, la inconstitucionalidad de cualquier norma que haya sido declarada previamente por él inconstitucional en tres casos concretos (artículo 281.3). La diferencia está en el hecho que la modalidad chilena, no requiere los tres fallos de inaplicabilidades de control concreto que se exige por el texto portugués, la similitud está en que ambos tribunales, cumplidos los prerequisites, se pronuncian de oficio sobre la eventual inconstitucionalidad abstracta del o de los enunciados normativos legales cuestionados con efecto *erga omnes*.

*C. El control de constitucionalidad de los auto acordados, dictados por la Corte Suprema de Justicia, las cortes de apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones*

De acuerdo al artículo 93 núm. 2, el Tribunal Constitucional resuelve sobre las cuestiones de constitucionalidad de los auto acordados dictados por la Corte Suprema, las cortes de apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones.

En este caso la legitimación activa corresponde al presidente de la República, a cualquiera de las cámaras o a diez de sus miembros.

La Constitución franquea la legitimación activa también a cualquier persona que sea parte en juicio o gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial, o desde la primera actuación en el procedimiento penal, cuando sea afectado en el ejercicio de sus derechos fundamentales por lo dispuesto en el respectivo auto acordado.

El proyecto de LOC del Tribunal Constitucional, en el artículo 37 c), dispone que la interposición del requerimiento no suspenderá la aplicación del auto acordado impugnado.

A su vez, el artículo 37 d), precisa que admitido a tramitación, se comunicará a la Corte Suprema, a la Corte de Apelaciones respectiva o al Tribunal Calificador de Elecciones, según corresponda, enviándoles copia del requerimiento, para que en el plazo de diez días, hagan llegar al Tribunal las observaciones y los antecedentes que estimen necesarios.

La sentencia deberá dictarse en el plazo de quince días. Sólo excepcionalmente y por razones fundadas, el Tribunal podrá declarar la in-

constitucionalidad de las normas cuestionadas en la infracción de un precepto constitucional distinto al invocado en el requerimiento. Asimismo, el artículo 37 f), dispone que la sentencia que declare la inconstitucionalidad de todo o parte de un auto acordado, la publicará en extracto en el *Diario Oficial* dentro de los tres días siguientes a su publicación. Desde dicha publicación, el auto acordado, o la parte de él que hubiere sido declarada inconstitucional, se entenderá derogado, lo que no producirá efecto retroactivo.

Finalmente, el artículo 37 g), precisa que

Habiéndose pronunciado el Tribunal sobre la constitucionalidad de un auto acordado, no se admitirá a tramitación ningún requerimiento para resolver sobre cuestiones de constitucionalidad del mismo auto acordado, a menos que se invoque un vicio distinto que el hecho valer con anterioridad.

*D. El control represivo abstracto de decretos con fuerza de ley*

En el *caso de Chile*, el artículo 93 núm. 4 de la Constitución posibilita un control represivo abstracto de los decretos con fuerza de ley.

*E. El control reparador de constitucionalidad respecto de decretos supremos*

El artículo 93 núm. 16 que establece el control reparador de los decretos supremos:

Cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63.

Este control represivo sobre decretos con fuerza de ley lo puede solicitar cualquiera de las cámaras, Cámara de Diputados o Senadores, o una cuarta parte al menos de los diputados o senadores en ejercicio, cuando la Contraloría General de la República haya tomado razón de una norma considerada inconstitucional.

En el caso de la impugnación de decretos supremos por incidir en materia reservada a la ley por el artículo 60 de la carta fundamental, ello puede concretarse sólo por cualquiera de las dos cámaras, dentro de los treinta días siguientes a su publicación.

En el caso de decretos de convocatoria a plebiscito, la cuestión puede ser formulada por la Cámara de Diputados o el Senado, dentro del plazo de diez días contados desde la fecha de publicación del decreto que fija el día de la consulta plebiscitaria.

En el caso de dictarse decretos inconstitucionales o decretos promulgatorios de un texto de ley diverso del que constitucionalmente corresponda, cualquiera de las dos cámaras, o una cuarta parte, al menos, de los diputados o senadores en ejercicio pueden solicitar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional dentro del plazo de treinta días de la publicación o notificación del texto impugnado.

El proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional establece que admitido a tramitación el requerimiento, debe ponerse en conocimiento del contralor general de la República.

Finalmente, el proyecto de LOC del Tribunal Constitucional consagra expresamente lo que la propia Constitución establece respecto de los efectos de la sentencia que acoja el reclamo: el decreto queda sin efecto de pleno derecho. No tiene, en consecuencia, el efecto derogatorio de la ley.

#### *F. El control reparador de decretos de convocatoria a plebiscito de reforma constitucional*

Asimismo, conoce de acuerdo al artículo 93 núm. 5, en control preventivo facultativo sobre la constitucionalidad de los decretos de convocatoria a plebiscito de reforma constitucional. La legitimación activa es limitada al Senado o a la Cámara de Diputados, dentro del plazo de diez días contados desde la fecha de publicación del decreto que fije la consulta plebiscitaria.

El objetivo de este control es evitar que la autoridad gubernamental abuse de su potestad redactando preguntas tendenciosas o manipuladoras de la ciudadanía, posibilitando al Tribunal Constitucional corregir tales anomalías, estableciendo en su resolución el texto definitivo de la consulta plebiscitaria, cuando ello fuere procedente.

El texto constitucional faculta al Tribunal Constitucional para modificar el día de realización del plebiscito, si al dictarse la sentencia faltaren menos de treinta días para la realización del mismo, debiendo establecer una nueva fecha comprendida entre los treinta y sesenta días siguientes al fallo.

### 3. *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos*

El Tribunal Constitucional es el órgano de cierre del ordenamiento jurídico interno, ya que es el intérprete supremo y último de la Constitución, cuya decisión es vinculante para todos los órganos estatales, así lo establece con claridad el proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, en cuya motivación se establece respecto de las sentencias del Tribunal:

Después de casi 25 años de funcionamiento del Tribunal y de la reciente reforma constitucional, el país está en condiciones de asumir que todos los órganos del Estado queden obligados por lo que el Tribunal resuelva. Con ello se confiere a sus sentencias una fuerza mayor a la que tienen las emanadas de un tribunal normal.

Esta fuerza atribuida a las sentencias del Tribunal permite, además, que el proyecto recoja una doctrina desarrollada por el propio Tribunal, en el sentido de quedar vinculado por sus precedentes, sin perjuicio de cambiar lo resuelto con anterioridad, por razones fundadas. Con ello se logra la necesaria estabilidad y certeza jurídica para las decisiones de los órganos del Estado, considerando que todos ellos quedan obligados por las sentencias del Tribunal.

Además, el proyecto establece que las sentencias, sin perjuicio de su publicación en extracto en el *Diario Oficial*, deben publicarse íntegra y simultáneamente en el la página *web* del Tribunal”.

En armonía con el fundamento antes señalado, el artículo 31 del proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional en debate parlamentario, dispone:

Las sentencias del Tribunal se publicarán íntegramente en su página *web*, sin perjuicio de la publicación en extracto que ordena esta ley, en el *Diario Oficial*. Ambas publicaciones deberán ser simultáneas.

Los órganos del Estado están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal resuelva.

El Tribunal quedará vinculado por sus precedentes. Sin embargo, por razones fundadas, podrá cambiar lo resuelto con anterioridad.

La obligatoriedad del precedente fijado por el Tribunal Constitucional debe ser seguido por los tribunales ordinarios, ya que ello posibilita garantizar los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza de las personas, pues por su intermedio se obliga a los tribunales a ser consistentes con las decisiones previamente adoptadas, impidiendo que casos iguales o semejantes sean analizados y resueltos en forma diferente en otra oportunidad. En ello consiste la fuerza obligatoria del precedente. La *ratio iuris* se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada que se encuentra en la *ratio decidendi* de la sentencia del Tribunal Constitucional.

A su vez, en este nuevo cuadro, el conocimiento sistemático de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es una exigencia para los jueces ordinarios con el objeto de respetar dicha jurisprudencia en sus resoluciones judiciales, ya que no puede aplicarse lo que no se conoce. El mismo razonamiento debe aplicarse a los abogados litigantes que también requieren tener un conocimiento adecuado de las líneas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional.

El tema de la vinculación de precedente esta relacionado con el tema de la decisión, lo que lleva a una utilización restrictiva y limitada del precedente, a los casos efectivamente análogos, como asimismo considerando como precedente solamente los principios y reglas contenidas en el *holding* o *ratio decidendi* de la sentencia, no pudiendo extenderse a consideraciones periféricas contenidas en el fallo.

Asimismo, ello obliga a distinguir los tres sectores o elementos estructurales del cuerpo de la sentencia o fallo, el denominado *holding* o *ratio decidendi*, el *dictum* u *oviter dicta* o simplemente *dicta*, y el *rationale*.<sup>6</sup>

La distinción entre la *ratio decidendi* y el *oviter dicta* o *dictum*, esta dada por que el primero de estos conceptos es la parte del fallo que fundamenta directa e inmediatamente el precedente, estableciendo la regla o principio que define el tribunal al resolver el problema o caso sometido a

<sup>6</sup> Sobre la materia puede consultarse, Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid, McGraw-Hill, 2001. Asimismo de Escovar León, Ramón, *El precedente y la interpretación constitucional*, Caracas, Ed. Sherwood, 2005.

su consideración, mientras que el segundo concepto, el *oviter dicta* o *dictum*, se refiere a los razonamientos marginales periféricos o circunstanciales, los cuales carecen de valor vinculante con efecto *erga omnes*.

En todo caso consideramos necesario introducir un matiz, en virtud del principio de independencia judicial también reconocida constitucionalmente, estableciendo que, excepcionalmente, los jueces en el ejercicio de su autonomía judicial podrían apartarse del precedente, motivando suficiente y adecuadamente las razones de la separación de la línea jurisprudencial trazada por el Tribunal Constitucional, de lo contrario estarían infringiendo el derecho de las personas a la igualdad ante la ley y el principio de seguridad jurídica.

Así, la regla general es la observancia del precedente emanado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional por parte de los tribunales ordinarios, si un juez se niega a aplicarlo sin dar justificación suficiente, viola la Constitución. En efecto, una resolución de un juez ordinario que contradiga el precedente sentado por el Tribunal Constitucional constituye una *vía de hecho*, en la medida que constituye un desconocimiento del ordenamiento constitucional.

En una perspectiva coherente, el ordenamiento constitucional chileno debería haber previsto el control de la jurisprudencia de los tribunales ordinarios en materia constitucional, lo que se planteó en el proceso de reforma constitucional en la Cámara de Diputados, sin que se generara el consenso necesario entre las dos ramas del Congreso Nacional. Así, el Tribunal Constitucional chileno no tiene competencia para controlar que los tribunales de justicia ordinarios respeten su jurisprudencia, no existe un instrumento efectivo para hacer respetar sus interpretaciones, como ocurre en el derecho comparado.

El problema se encuentra en la articulación procesal entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria, ya que en Chile no existe el amparo extraordinario de derechos (como existe, por ejemplo en Alemania, España, Eslovenia, Polonia, entre otros), ni el amparo respecto de resoluciones judiciales o revisión de resoluciones con carácter definitivo de los tribunales ordinarios en materia de derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional, como ocurre, por ejemplo, en Colombia, Bolivia, Ecuador, Guatemala, Perú, en el contexto latinoamericano.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Véase a este respecto, Nogueira Alcalá, Humberto, *La justicia y los tribunales constitucionales de indoiberoamerica del sur en la alborada del siglo XXI*, Santiago, Ed.

Consideramos que el Tribunal Constitucional debiera tener la competencia consistente en verificar si la ley interpretada por los tribunales ordinarios es compatible con la carta fundamental y si la valoración de las pruebas respeta las reglas básicas del derecho al debido proceso, sin este control el sistema de control de constitucionalidad queda incompleto y presenta el riesgo de la existencia de diversos parámetros de control constitucional, el del Tribunal Constitucional y el de la jurisdicción ordinaria, con lo que se genera una vía de hecho que provoca una violación del derecho fundamental a la igualdad ante el ordenamiento jurídico y de la prohibición de discriminación establecida en el artículo 19 núm. 2 de la carta fundamental, además de afectar la coherencia del ordenamiento jurídico.

El único medio de articulación entre ambas jurisdicciones, constitucional y ordinaria, se encuentra en el control incidental de inconstitucionalidad del artículo 93 núm. 6 de la Constitución, el cual posibilita la relación de colaboración y diálogo entre judicatura ordinaria y el Tribunal Constitucional, donde el juez puede no aplicar un precepto legal que produzca daño de derechos constitucionalmente garantizados, únicamente tras un pronunciamiento de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, como consecuencia de la activación del juicio incidental de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional activado por la parte afectada o por el juez *a quo*, lo que posibilita al Tribunal *ad quem* analizar la ley no en su carácter abstracto, sino en su significado concreto en el caso específico sometido a su consideración.<sup>8</sup>

Nos parece que el único mecanismo idóneo para controlar el respeto al precedente constitucional es la vía incidental de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en la medida que todo órgano u organismo estatal está obligado a aplicar directamente la Constitución. Si el precedente del Tribunal Constitucional implica la interpretación del enunciado constitucional, dicha interpretación se incorpora a tal enunciado constitucional, pasando a ser parte del ordenamiento jurídico, constituyendo concreción

Lexis Nexis, 2005. Hay edición mexicana: *La justicia y los tribunales constitucionales en la alborada del siglo XXI*, México, Editorial Porrúa, 2004.

<sup>8</sup> Sobre la materia véase Nogueira Alcalá, Humberto, "El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias", Nogueira, Humberto (coord.), *La Constitución reformada de 2005*, Santiago de Chile, Ed Centro de Estudios Constitucionales de Chile-Universidad de Talca y Librotecnia, pp. 42-455.

del enunciado constitucional, de manera que si una parte considera que el juez ordinario no ha aplicado el precedente constitucional, al apelar o casar dicha sentencia, durante esta última instancia, podrá plantear el incidente de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ya que el juez ordinario debe aplicar la norma constitucional conforme a la interpretación dada por el Tribunal Constitucional, interpretación que debe entenderse incorporada al respectivo enunciado constitucional, lo que obliga a desaplicar toda norma infraconstitucional interna contraria al mismo, sea una ley o una norma reglamentaria.

A. *La cosa juzgada formal y material de la sentencia constitucional*

Es normal que en los diferentes países el Poder Judicial cuente con variados grados e instancias, en cada uno de los cuales el fallo del respectivo tribunal o corte tendrá valor de cosa juzgada formal, al existir recursos que permiten impugnar dicha sentencia ante tribunales o cortes superiores. Así, sólo la sentencia del tribunal o corte superior del respectivo ordenamiento jurídico tendrá valor de cosa juzgada, tanto formal como material, salvo en materia penal, si ha reconocido la competencia del Tribunal Penal Internacional o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el ámbito de la jurisdicción constitucional, para que exista una cosa juzgada constitucional material, es necesario que las partes no puedan reabrir el debate constitucional sobre la misma materia en otro procedimiento.

Por otra parte, en el ámbito de la jurisdicción constitucional, puede darse el caso que los fallos del Tribunal o Corte Constitucional que determinen la constitucionalidad de un enunciado normativo constitucional no tengan fuerza de cosa juzgada material, si a través de un procedimiento posterior, otras partes pueden volver a sostener la inconstitucionalidad del mismo enunciado normativo por la misma razón, situación que posibilita la revisión del criterio antes utilizado por igual Tribunal Constitucional sobre la conformidad de dicho enunciado normativo con la carta fundamental, generando una nueva doctrina con nuevos fundamentos. No debe olvidarse como recuerda Néstor Pedro Sagüés que la cosa juzgada constitucional más que cumplir una función pacificadora poniendo

fin a un conflicto, tiene por misión fundamental defender la supremacía de la Constitución.<sup>9</sup>

En los países que tienen una jurisdicción constitucional concentrada, la sentencia del Tribunal o Corte Constitucional adopta el carácter de cosa juzgada formal y material o sustancial, salvo los casos en que ella sea revisable, mediante algún procedimiento o trámite por el propio Tribunal Constitucional, o cuando el Estado ha reconocido jurisdicción en la materia a un Tribunal supra o transnacional a cuyas sentencias se le ha reconocido carácter jurídico vinculante.

La carta fundamental chilena en su nuevo artículo 94 inciso 1 determina: “Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que puede, el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido”.

Las decisiones del Tribunal Constitucional no tienen posibilidad de ser impugnadas ni rectificadas dentro del sistema jurídico interno, la única posibilidad de superar interpretaciones erróneas o abusivas es el complejo procedimiento de revisión constitucional.

Es por ello que, el juez Jackson de la Corte Suprema norteamericana sostuvo en su momento: “No tenemos la última palabra porque seamos infalibles pero somos infalibles porque tenemos la última palabra”,<sup>10</sup> todo ello sin perjuicio, de considerar que en estos inicios del siglo XXI existe la jurisdicción supranacional en materia de derechos humanos, la Corte Penal Internacional vigente, como asimismo, los procesos de integración supranacional europea, todos los cuales flexibilizan la perspectiva señalada.

### B. *Las sentencias estimatorias o desestimatorias de inconstitucionalidad*

Desde una perspectiva elemental cuando se considera una sentencia de un Tribunal Constitucional que pone término a una confrontación entre una norma jurídica infraconstitucional y la carta fundamental, la *sentencia puede ser estimatoria* de la pretensión de inconstitucionalidad plan-

<sup>9</sup> Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1998. p. 234.

<sup>10</sup> Véase voto concurrente del juez Jackson en el caso: *Brown vs. Allen*, 344 U.S. 443, 540 (1953).

teada por el requirente o demandante, este tipo de sentencia puede darse también en los casos en que el orden jurídico establece que el Tribunal Constitucional debe pronunciarse de oficio u obligatoriamente. A su vez, la *sentencia puede ser desestimatoria* si el Tribunal Constitucional confrontando la Constitución con la norma jurídica infraconstitucional impugnada por quienes tienen legitimación activa para ello, determina que la primera no tiene vicios de inconstitucionalidad.

Al confrontar la Constitución con la norma infraconstitucional, el Tribunal Constitucional puede dictar una sentencia total o parcialmente estimatoria o desestimatoria. Algunos de estos fallos constituyen sentencias atípicas, tanto por sus repercusiones jurídicas como por su trascendencia política.

En el caso chileno, es necesario regular esta materia en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional donde debiera distinguir entre las sentencias que se pronuncien por vicios de forma y de fondo. Ya que una sentencia denegatoria o desestimatoria de inconstitucionalidad por vicios de forma, no podría impedir la interposición de una nueva acción por vicios de fondo. En tal sentido debiera la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional una norma del tenor siguiente: “La declaratoria de constitucionalidad de una norma impugnada por vicios de forma no obsta para que ésta sea demandada posteriormente por razones de fondo”.

En nuestra opinión la sentencia desestimatoria de una cuestión de inconstitucionalidad es *imperativa*, pero *no es definitiva ni inmutable*, de lo cual se deduce la posibilidad de que pueda volverse a elevar la cuestión de inconstitucionalidad, aunque en otra fase del proceso ordinario, ya que la sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad produce un efecto preclusivo en el juez *a quo*, como señalan entre otros, Cappelletti, Pizzorusso, Crisafulli y Sandulli, entre otros.

Nos parece necesario determinar que una sentencia desestimatoria o denegatoria de inconstitucionalidad no impide la interposición de una nueva acción sobre el mismo precepto constitucional mediante otra *vía procesal*, ya que es posible que un precepto declarado constitucional en vía de control preventivo pueda ser impugnado por vía de control repressivo o *ex post* inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en la medida que en esa hipótesis concreta el precepto declarado constitucional en abstracto pudiere tener una aplicación específica que fuere inconstitucional.

El proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, en la materia, en su artículo 37, establece lacónicamente: “Resuelto

por el Tribunal de que un precepto legal determinado es constitucional, no podrá declararse inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia”.

Dicha redacción nos permite considerar que pueden presentarse diversos procedimientos incidentales en materia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sobre un mismo precepto legal, ya que pueden hacerse valer diversas hipótesis de inconstitucionalidad concretas que antes no se habían hecho valer por quienes plantearon otras inaplicabilidades sobre el mismo precepto legal. Esta perspectiva, disminuye el peso relativo de una sentencia errónea del Tribunal Constitucional desestimatoria de inconstitucionalidad, ya que posibilita una sentencia diferente del Tribunal Constitucional a través del recurso de inaplicabilidad o la cuestión de inconstitucionalidad que puede admitir o estimar razones de inconstitucionalidad no consideradas en su sentencia abstracta. En todo caso, queda a salvo la posibilidad del tribunal *a quo* de rechazar la elevación de cuestiones idénticas a las anteriormente desestimadas por considerarlas manifiestamente infundadas.

Consideramos asimismo, que una misma cuestión debiera poder ser elevada a la consideración del Tribunal Constitucional, en otras circunstancias, en las cuales el Tribunal puede acoger la estimación de inconstitucionalidad del precepto normativo. Esta perspectiva posibilita la capacidad del Tribunal Constitucional para evaluar cambios en el parámetro constitucional o en el significado de la norma legal atendiendo a la diferenciación entre enunciado normativo y norma jurídica o simplemente en el poder de rectificación del Tribunal Constitucional estableciendo las razones para ello.

En lo referente a la posibilidad de analizar nuevamente lo resuelto en una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad por vía de acción directa, la doctrina se encuentra dividida.

Para unos no podría plantearse una nueva ley con contenido igual al declarado inconstitucional, ya que ello constituiría un desacato al Tribunal Constitucional y un ilícito constitucional.<sup>11</sup>

Para otros, la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad de una ley, no impediría debatir una nueva ley con igual contenido, siempre que no busque alterar situaciones cubiertas por el fallo anterior, y por lo tanto, con efectos sólo hacia el futuro, para lo cual se apela a la necesidad de no

<sup>11</sup> Rubio Llorente, Francisco y Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, 1998, p. 76.

bloquear la innovación jurídica frente a nuevas hipótesis o necesidades cambiantes, como asimismo, la posible rectificación de resoluciones por nuevas mayorías del órgano jurisdiccional con nuevos criterios interpretativos o con nuevas concepciones jurídicas, manteniendo siempre la última palabra sobre la constitucionalidad de las normas jurídicas.

En todo caso es necesario precisar que reconocida la jurisdicción vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las sentencias de los tribunales constitucionales pueden ser objeto de impugnación ante la Corte Interamericana, en cuanto acto estatal que pudiere vulnerar derechos humanos, en tal caso, los efectos del fallo dictado por el Tribunal Constitucional en jurisdicción interna son sólo de cosa juzgada formal y sólo será cosa juzgada material si no hay impugnación ante la corte supranacional, dentro del plazo que determine la normativa del tratado respectivo. Así debe contemplarse, necesariamente, el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana que considere el acto jurisdiccional interno violatorio de los derechos humanos y susceptible de producir responsabilidad internacional. Si no fuera así se incumpliría el deber constitucional de asegurar, garantizar y promover los derechos esenciales de la persona humana (derechos fundamentales o derechos humanos) que pesa sobre todos los órganos del Estado, se lesionaría gravemente el Estado democrático constitucional y se incumpliría con la obligación de resultado a la que obliga la sentencia de la Corte Interamericana, fuera de generar responsabilidad internacional del Estado chileno.

Así lo ha entendido la Corte Interamericana en el caso Barrios Altos, en el cual determinó la nulidad de la Ley de Amnistía aprobada por el parlamento peruano y aplicada por la misma jurisdicción, obligando al Estado peruano a juzgar y sancionar a los responsables por los delitos de ejecución desarrollado por fuerzas militares en los incidentes que causaron la muerte de varios pobladores de un barrio de Lima, que constituyeron la causa ante la Corte Interamericana.

A su vez, puede sostenerse en esta materia que una institución que tiene como finalidad una certeza formal, no puede prevalecer sobre la protección efectiva y constante de los derechos humanos, los que, además en el derecho sudamericano son parte del bloque constitucional de derechos, y en Chile, constituyen límites a la potestad estatal, como lo establece perentoriamente el artículo 5o. inciso segundo de la Constitución.

C. *Consideraciones sobre los efectos de la sentencia constitucional en el ámbito temporal y personal en Chile con la reforma 2005*

a. Los efectos de la sentencia constitucional en el ámbito personal

El artículo 94 de la Constitución en su inciso 2o. dispuso que “Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate”.

Por otra parte, en el inciso 3 precisa que,

el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 o 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el *Diario Oficial* de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo.

En el caso de la resolución que determine la inaplicabilidad de un precepto legal por inconstitucionalidad en control concreto incidental produce sólo efectos *inter partes*.

b. Los efectos de las sentencias en el tiempo

Sobre efectos *ex tunc* o *ex nunc* de los fallos de los tribunales constitucionales no hay una sola posición y los ordenamientos jurídicos toman parte por darle mayor fuerza a la supremacía constitucionalidad o a la seguridad jurídica, tratando de buscar un cierto equilibrio entre ambos principios, al respecto, así en el derecho comparado, en el caso de los tribunales constitucionales de Austria, Croacia, Eslovenia, Grecia, Polonia, Rumania, entre otros, los efectos de las sentencias son, por regla general, *ex nunc*, mientras en Alemania, Bélgica, España, Portugal, se consideran los efectos *ex tunc* como regla general.

El texto de la reforma constitucional aprobado por el Congreso Nacional chileno no se refería a los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en el tiempo.

Dicha perspectiva cambia con el veto presidencial que es aprobado por el Congreso Nacional, ya que este prefiere precisar en el propio texto

constitucional los efectos del fallo del Tribunal Constitucional en materia de control abstracto *ex post* de constitucionalidad de los preceptos legales, previa declaración de inaplicabilidad en control concreto. En efecto, el veto presidencial establece en el inciso 3o. del artículo 83 (hoy artículo 94) de la Constitución, lo siguiente:

No obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 o 7 del artículo 82, se entenderá derogado desde la publicación en el *Diario Oficial* de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo.

Así, queda expresamente consagrado en el texto constitucional que las sentencias del Tribunal Constitucional producen efectos *ex nunc* desde su publicación en el *Diario Oficial*. Estando determinado constitucionalmente los efectos de las sentencias en el tiempo, ni el Tribunal Constitucional ni el legislador orgánico constitucional podrá dar efecto retroactivo a las sentencias que expulsen de nuestro ordenamiento jurídico disposiciones de rango legal.

Dicha regla constitucional parece excesivamente rígida, ya que en algunos casos excepcionales se puede requerir que la sentencia pueda generar efectos *ex tunc*.

### c. Materias omitidas de regulación en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no regula los ámbitos de la sentencia del Tribunal Constitucional, que constituyen precedente, ni como se determinan estos.

Es punto pacífico en la doctrina y el derecho positivo comparado la obligación de cumplir lo resuelto en la parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Constitucional, debatiéndose en doctrina y dependiendo de la normativa que regula las sentencias en cada país, si los elementos de razonamiento que sustentan la decisión o que constituyen *ratio decidendi* del contencioso sometido a la consideración del Tribunal Constitucional, vale decir, aquella parte de la fundamentación o argumentación que no podría ser modificada sin que la parte resolutive de la sentencia cambiara, tienen carácter vinculante a diferencia de los *obiter dicta*, sin perjuicio de la dificultad para separar claramente unos de otros.

En los países de América del Sur con tribunales constitucionales, las legislaciones reguladoras establecen diversas alternativas.

En el caso colombiano, el artículo 48 de la Ley 270 Estatutaria de la Administración de Justicia de 1996 de conformidad con el artículo 230 de la Constitución, establece algunas regulaciones en la materia, determina expresamente que “sólo será de obligatorio cumplimiento y con efectos erga omnes la parte resolutive de los fallos. La parte motiva constituye sólo criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general”.

El artículo 23 del Decreto 2067 añade que “la doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar para las autoridades y corrige la jurisprudencia”, todo ello en armonía con el artículo 48 de la Ley Estatutaria 270.

La doctrina de la Corte Constitucional Colombiana ha establecido el carácter vinculante de sus interpretaciones, utilizando para ello la técnica del precedente, distinguiendo entre la argumentación que guarda relación directa y necesaria con la parte resolutive del fallo de aquella que sólo es tangencial.<sup>12</sup>

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, con base en el artículo 335 de la Constitución de 1999, establece la obligatoriedad de las interpretaciones constitucionales determinadas por la Sala Constitucional con motivo de la resolución de controversias o de una solicitud de interpretación. La Sala Constitucional ha resuelto que la norma general producida por la interpretación abstracta genera efectos *erga omnes*, “constituyendo una verdadera *jurisdatio*, una interpretación cuasi auténtica o para constituyente, que profiere el contenido constitucionalmente declarado por el texto fundamental”.<sup>13</sup>

La misma Sala Constitucional ha precisado en sentencia posterior que el artículo 355 de la Constitución constituye también el fundamento de la fuerza vinculante de los precedentes, que se establecen por la Sala al resolver casos concretos, estableciendo al efecto:

<sup>12</sup> López Medina, Diego, *El derecho de los jueces*, Santafé de Bogotá, Ed. Legis, 2000, pp. 14 y ss.

<sup>13</sup> Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 19 de julio de 2001, núm. 1309, caso: *Hermann Escarrá*.

A lo ya dicho conviene agregar que la doctrina que se derive de la interpretación de los preceptos constitucionales, sea que la conclusión a que arribe la Sala no resuelva un caso concreto (solicitud de interpretación), sea que aproveche a la solución de una concreta controversia en tanto contenga el modo en que los valores, principios y reglas constitucionales exigen que se tome una decisión en un sentido determinado, tiene en ambos casos efecto vinculante. Tal aclaratoria desea resolver alguna duda que pudiera surgir en cuanto al alcance de la vinculación de la función interpretativa que toca desplegar a esta Sala conforme al citado artículo 335 de la carta fundamental, la cual, puede que llegue a asociarse, erróneamente, a la desnuda interpretación de un precepto constitucional.<sup>14</sup>

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en materia de *ratio decidendi* ha determinado:

Las interpretaciones de esta Sala Constitucional, en general, o las dictadas en vía de recurso interpretativo, se entenderán vinculantes respecto del núcleo del caso estudiado, todo ello en un sentido de límite mínimo, y no de frontera intraspasable por una jurisprudencia de valores oriunda de la propia Sala, de las demás Salas o del universo de los tribunales de instancia.

Los pronunciamientos que, sin referirse al núcleo central del debate objeto de la decisión, afectan a un tema colateral relevante para la misma, normalmente vinculados con los razonamientos jurídicos esbozados para afinar la solución al caso, no serán por lógica, vinculantes, ni en este ni en otro sentido.<sup>15</sup>

Finalmente, la Sala Constitucional ha establecido expresamente el carácter vinculante de la *ratio decidendi* de sus fallos, al efecto ha señalado:

Finalmente, debido a la relevancia de las consideraciones emitidas en el fallo bajo examen y, además, por haber reflexionado la Sala sobre el alcance de principios elementales de nuestro ordenamiento jurídico constitucional, como lo son el derecho a la libertad y la garantía de presunción de inocencia, declara vinculante la *ratio decidendi* que condujo a la decisión definitiva del presente fallo.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 5 de octubre de 2001, núm. 1860, caso: *Consejo Legislativo del Estado Barinas*.

<sup>15</sup> Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 9 de noviembre de 2000, núm. 1347, caso: *Ricardo Combellas*.

<sup>16</sup> Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 27 de noviembre de 2001, núm. 2426, caso: *Victor Giovanni Díaz Barón*.

En nuestra opinión, debiera establecerse que la *ratio decidendi* del fallo que constituye la argumentación relevante que lo fundamenta y determina la parte resolutive, vale decir, aquellos principios o razonamientos que no podrían ser alterados o modificados sin que la sentencia fuere modificada, debieran constituir los principios que constituyen el precedente obligatorio para todos los órganos del Estado, mientras dichos criterios no sean modificados por el propio Tribunal Constitucional, distinguiéndolos de los *obiter dicta* o *dicta* que son afirmaciones tangenciales o complementarias emitidas en la resolución judicial no tienen el mismo carácter, ni deben ser seguidos como precedentes por los tribunales inferiores.

#### 4. Consideraciones finales

Las reformas en materias de competencias del Tribunal Constitucional como lo dispuso la propia carta fundamental reformada en su disposición decimosexta transitoria,<sup>17</sup> han entrado en vigencia el 26 de febrero de 2006, seis meses después de publicada la reforma constitucional a través de la Ley núm. 20.050 de reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial* el 26 de agosto de 2005.<sup>18</sup>

De esta forma las nuevas competencias del Tribunal Constitucional en materia de control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el control de inconstitucionalidad de preceptos legales, el control de constitucionalidad de preceptos legales con efectos *erga omnes*, el control de constitucionalidad de auto acordados de los tribunales superiores de justicia y del Tribunal Constitucional, el control preventivo obligatorio sobre tratados internacionales que versen sobre materias propias de ley orgánica constitucional en el derecho interno, como asimismo, la nueva potestad de resolver los conflictos de competencia, ha empezado a ejercerlas en marzo de 2006, sin que aún se haya aprobado la reforma de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, la que seguramente estará aprobada en abril de 2006.

<sup>17</sup> La disposición decimosexta transitoria del nuevo texto constitucional establece: “Las reformas introducidas al Capítulo VIII entrarán en vigor seis meses después de la publicación de la presente reforma constitucional, con excepción de lo regulado en la disposición decimocuarta”.

<sup>18</sup> Véase, el nuevo texto constitucional refundido y sistematizado en: [www.cecoch.cl/materiales](http://www.cecoch.cl/materiales)

La reforma constitucional analizada constituye un avance significativo en el fortalecimiento de la fuerza normativa de la Constitución y en el control de constitucionalidad, ahora con un solo parámetro de control, el cual, además tiene carácter obligatorio para todos los órganos estatales. Se robustece el Tribunal Constitucional, sus competencias y su rol de supremo defensor del orden democrático constitucional.

II. ALGUNOS HITOS IMPORTANTES  
Y DE CONSECUENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS  
RELEVANTES EN LA JURISPRUDENCIA  
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Los fallos del Tribunal Constitucional a través de sus diversas modalidades de controles preventivos de constitucionalidad, ya sea de carácter obligatorio o facultativo de proyectos de ley o a través de controles reparadores, principalmente mediante el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, han incidido significativamente en la delimitación de derechos fundamentales como asimismo en la orientación de políticas públicas.

Del conjunto de estos fallos hemos seleccionado algunos de ellos por su importancia y trascendencia e la vida de la sociedad chilena.

1. *Derecho a la vida*

Respecto del derecho a la vida hay dos sentencias que han contribuido a delimitar tanto el inicio de la protección jurídica de la vida humana, como asimismo, el término de ella.

A. *Sentencia que determina cuándo jurídicamente se considera la muerte de la persona, para efectos de transplantes*

En efecto, el Tribunal Constitucional en sentencia Rol núm. 220 del 13 de agosto de 1995, debió resolver un requerimiento de un grupo de senadores, los cuales cuestionaban la constitucionalidad de un proyecto de Ley de Transplantes de Órganos, que se encontraba en tramitación de iniciativa gubernamental.

Los requirentes cuestionaban la constitucionalidad del artículo 11 del proyecto de ley por infringir el artículo 19 núm. 1 de la Constitución que asegura el derecho a la vida e integridad física y psíquica de la persona y el núm. 2, del mismo artículo de la Constitución que asegura la igualdad ante la ley.

El artículo 11 del proyecto cuestionado establece que “la muerte se acreditará mediante certificación unánime e inequívoca, otorgada por un equipo de médicos, uno de cuyos integrantes, al menos, deberá desempeñarse en el campo de la neurología o neurocirugía”; además del inciso tercero del mismo artículo, donde aparecería una eventual delegación de facultades legislativas, al señalar el texto que la certificación se otorgará cuando se haya comprobado la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas, lo que se acreditará con la certeza diagnóstica de la causa del mal, según parámetros clínicos, corroborados por las pruebas o exámenes calificados, que el reglamento señale.

En seguida, la disposición indica que dicho reglamento deberá considerar, como mínimo, que la persona cuya muerte encefálica se declara, presente las siguientes condiciones:

1. Ningún movimiento voluntario observado durante una hora.
2. Apnea luego de tres minutos de desconexión de ventilador.
3. Ausencia de reflejos troncoencefálicos.

21. Que de lo expuesto en los dos considerandos que anteceden fluyen claramente los siguientes enunciados:

a) Que la muerte encefálica debe certificarse por un equipo de médicos especializados en la materia en forma inequívoca y unánime.

b) Que los médicos otorgarán esta certificación cuando se haya comprobado la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas, lo que se acreditará con la certeza diagnóstica de la causa del mal según los parámetros clínicos.

c) Que estos parámetros clínicos deben ser corroborados por las pruebas o exámenes calificados que el reglamento señale.

d) Que habrá un reglamento que para declarar la muerte encefálica deberá establecer la comprobación de a lo menos un conjunto de condiciones que el afectado presente para declarar su muerte y que son: falta de movimiento voluntario durante una hora, apnea desconectado de ventilador por tres minutos; ausencia de reflejos troncoencefálicos.

El fallo del Tribunal Constitucional, determina que:

15. Que examinados los informes científicos antes señalados y los indicados en lo expositivo se llega a la conclusión de que la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas constituye la muerte real, definitiva, unívoca e inequívoca del ser humano.

Todas las consideraciones que se detallan en los informes que sostienen la presencia de signos vitales en personas que han sido declaradas en estado de muerte encefálica, aceptan que tal situación es sólo posible cuando ésta permanece conectada a elementos mecánicos;

[...]

17. Que, este capítulo relativo a la inconstitucionalidad de los artículos 7o., 10 y 11, del referido proyecto de ley por vulnerar supuestamente el artículo 19 de la Constitución, en el núm. 1, que asegura el derecho a la vida e integridad física y psíquica de la persona y el núm. 2, que garantiza la igualdad ante la ley, debe rechazarse, conforme a lo dicho en el considerando 15 de esta sentencia;

22. Que [...] se desprende claramente que, si bien para certificar el estado de muerte encefálica, se hace referencia a un reglamento, lo cierto es que tal instrumento jurídico carece de toda relevancia en este proceso médico de certificación de muerte. Es la ley la que ordena que en él deban constarse condiciones mínimas para que el equipo de médicos especialistas pueda darla por probada y en tal situación no puede decirse que haya delegación alguna en orden a establecer los asertos indispensables para poder declarar la muerte. Por ello debe reiterarse que es la ley la que determina dichas condiciones y no el reglamento en esta parte.

Frente al cuestionamiento que un reglamento podría establecer condiciones o requisitos respecto de la acreditación de un derecho fundamental, cuya regulación sólo puede efectuarse por ley, de acuerdo al artículo 60 (hoy artículo 63) de la Constitución en armonía con el artículo 19 núm. 26, aspecto también cuestionado por los requirentes, el Tribunal Constitucional determina:

23. Que no obstante, para dar cumplimiento al contenido del artículo 61 de la Constitución Política no se puede admitir la referencia que el proyecto hace en el artículo 11, inciso tercero, a un reglamento para acreditar “las pruebas o exámenes calificados, a que la disposición se refiere, y debe declararse inconstitucional puesto que está entregando al reglamento la regulación en forma autónoma de materias propias de ley.

En consecuencia, se declaran inconstitucionales las siguientes frases y palabras que se indican en el artículo 11, inciso tercero: “que el reglamento señale”, y a continuación de la palabra “El” el vocablo “referido”;

24. Que este Tribunal declara constitucional la remisión al reglamento a que se refieren los considerandos 21o., letra d), y 22o., en el entendido de que éste no podrá alterar, condicionar, distorsionar ni disminuir los requisitos mínimos que la ley exige, toda vez que en mérito de ellos no se declara inconstitucional en toda su integridad.

*B. Requerimiento de inconstitucionalidad de la resolución exenta núm. 584 (Ministerio de Salud), fechada el 1o. de septiembre de 2006, la cual aprueba Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad*

Por medio de la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 591, del 11 de enero de 2007, se pronuncia sobre el requerimiento formulado por un grupo de parlamentarios respecto de la incompetencia de la autoridad administrativa que dictó la Resolución Exenta (Ministerio de Salud) núm. 584, de 1 de diciembre de 2006, no publicada en el *Diario Oficial*, mediante la cual se aprueba las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, vinculados con materias que afectarían el derecho constitucional a la vida.

*Undécimo:* que, acercándonos definitivamente a una conclusión, puede decirse que resolución es un acto administrativo dictado por un jefe de servicio en materias de su competencia. Si el ministro de Salud, en este caso, extralimitó sus facultades, estaríamos en presencia de un acto administrativo inconstitucional; por el contrario, si actuó dentro de la esfera de sus atribuciones, la resolución tendría suficiente respaldo normativo.

*Decimosegundo:* que [...] la Constitución, considerada en su preceptiva, valores y principios, y con un tribunal especializado dedicado a protegerla resolviendo los conflictos de constitucionalidad, debe necesariamente facultar a éste para decidir si los órganos públicos actúan dentro de su competencia, lo que se traduce en que tanto el legislador, el administrador, como los jueces deben actuar sólo en las materias que les son asignadas por la Constitución o la ley, de acuerdo al principio de juridicidad y supremacía de la Constitución contenido en los artículos 6 y 7 de la carta fundamental.

*Decimotercero:* que, en este contexto, una resolución que contiene materias propias de un reglamento, cualquiera que sea el nombre que se

le coloque, es de competencia privativa del presidente de la República, y así deberá declararlo esta magistratura.

*a. Naturaleza jurídica y características de las resoluciones.*

*Decimocuarto:* que, como corolario de lo razonado en el capítulo precedente, la calificación jurídica de un acto administrativo determinado, cuya adecuación a la carta fundamental ha sido planteada a esta magistratura para que ejerza el control de supremacía correspondiente, es, sin duda, un elemento intrínseco de la competencia que la carta fundamental le ha conferido para velar por el imperio, formal y sustantivo, de sus valores, principios y normas. Sostener la tesis contraria resulta absurdo, desde que presupone excluir del examen constitucional aludido cualquier norma que, sobre la base de la propia nomenclatura utilizada, decida sustraer el propio órgano sometido al control referido —cualquiera que sea éste, la circunstancia o el motivo invocado— aun cuando dicha norma abarque materias que, precisamente, el Constituyente ha querido someter al control de esta magistratura. Estando así comprobado, fuera de toda duda, que al Tribunal Constitucional es a quien el Poder Constituyente ha confiado pronunciarse, en grado máximo y final, acerca de la calificación referida, se pasará ahora a analizar la naturaleza jurídica y características de las resoluciones, a fin de determinar si nos encontramos o no ante la situación que afirman los requirentes.

*Decimoquinto:* que el artículo 32 núm. 6 de la Constitución señala que es atribución del presidente de la República “ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea conveniente para la ejecución de las leyes”. A su vez, desde un punto de vista formal, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 35 de la carta fundamental, conforme al cual “Los reglamentos y decretos del presidente de la República deberán firmarse por el ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito. Los decretos e instrucciones podrán expedirse con la sola firma del ministro respectivo, por orden del presidente de la República, en conformidad a las normas que al efecto establezca la ley”.

*Decimosexto:* que en relación a la clasificación de los actos administrativos, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3o. de la Ley núm. 19.880, éstos toman la forma de decretos supremos y resoluciones. El decreto supremo, señala la disposición, “es la orden escrita que dicta el presidente de la República o un ministro ‘por orden del presidente de la República’ sobre asuntos propios de su competencia”. Por su parte, las resoluciones “son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión”.

*Vigesimo:* que fluye de los preceptos referidos o transcritos una serie de conclusiones, las cuales aparecen resumidas a continuación: primera, la Constitución radica, única y excluyentemente, en el presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria, prohibiendo delegar tal ejercicio cuando se trate de reglamentos o decretos supremos reglamentarios; segunda, la carta fundamental permite al primer mandatario, cuando así lo disponga por escrito y previamente, delegar el desempeño de esa potestad, pero sólo tratándose de decretos supremos e instrucciones, nunca de reglamentos; tercera, tal delegación cabe siempre que sea efectuada de conformidad con las normas que la ley establezca para ese efecto, de modo que se trata de una decisión reglada y no discrecional, y cuarto, que a los ministros de Estado les corresponde proponer las políticas nacionales, las que en todo caso deberán ser de competencia final del presidente de la República.

*Vigesimosegundo:* que, de este modo, ciertamente se presentan diferencias entre los reglamentos y otros actos de carácter administrativo.

Así, este Tribunal, en los autos rol núm. 153, tuvo ocasión de pronunciarse acerca de las características que definen que un determinado acto administrativo deba ser calificado de reglamento y, consecuentemente, sobre las exigencias que la carta fundamental impone para la validez o nulidad del mismo. [...] Luego, la sentencia se pronunció sobre las características y naturaleza jurídica de los reglamentos [...]

*Vigesimotercero:* que, [...] “como se desprende con toda claridad del artículo 35 de la carta fundamental, que el Constituyente ha hecho una clara distinción entre los requisitos de forma que deben tener los reglamentos, los decretos y las instrucciones, de tal manera que los decretos e instrucciones pueden expedirse con la sola firma del ministro respectivo ‘por orden del presidente de la República’ y previa autorización legal”. Afirma, a continuación que: “de la sola lectura del artículo 35 de la Constitución es

dable concluir que los reglamentos han sido excluidos de la posibilidad de la delegación de firma y, necesariamente deben ser suscritos por el presidente de la República y, además, por el ministro respectivo” [...].

*Vigesimocuarto:* que, por último, los actos administrativos explicados se hallan sometidos a controles diversos según su jerarquía. Así, los decretos reglamentarios deben ser siempre revisados mediante el control preventivo denominado toma de razón, practicado por la Contraloría General de la República. En cambio, los simples decretos supremos, las resoluciones y las instrucciones pueden ser eximidos de ese trámite, con las exigencias de resguardo previstas en la ley, esto es, en el artículo 10 de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República.

*Vigesimoquinto:* que finalmente, en relación a la naturaleza de las normas jurídicas, es menester recordar que el intérprete debe ir más allá del mero literalismo, de modo de determinar el sentido y alcance a través de una hermenéutica sistemática y finalista.

*Vigesimosexto:* que la aplicación del principio de primacía de la realidad por sobre el nominalismo [...] no es ajena a la interpretación constitucional, habiendo sido empleado en reiteradas ocasiones por esta magistratura, entre otras, para determinar el real contenido de una pretensión, para desentrañar la verdadera naturaleza jurídica de un acto y, consecuentemente, los requisitos para su validez, o para precisar el genuino sentido de una norma.

*Vigesimoseptimo:* Que los requirentes impugnan la constitucionalidad de la Resolución Exenta (Ministerio de Salud), núm. 584, del 1o. de diciembre de 2006, no publicada en el *Diario Oficial*, mediante la cual se aprueban las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, las que constan en un documento de ciento setenta y una páginas. Los tópicos esenciales que incluye dicho instrumento dicen relación con: *a)* políticas y programas de la regulación de la fertilidad en Chile (incorporación de la planificación familiar en las políticas de la salud pública y el impacto de las actividades de la regulación de la fertilidad en Chile); *b)* marco conceptual (ética y anticoncepción, consideraciones de género y calidad de la atención); *c)* tecnología anticonceptiva (propiedades de los anticonceptivos, recomendaciones para el uso de anticonceptivos por la OMS, anticoncepción hormonal y métodos anticonceptivos —anticonceptivos combinados de estrógenos y progestágeno, progestágeno solo y anticoncepción de emergencia— anticoncepción

no hormonal); *d*) anticoncepción en poblaciones específicas (adolescentes y mujeres), y *e*) anexos (anticonceptivos hormonales disponibles en Chile y bibliografía).

*Vigesimoctavo*: que, en relación con el sentido y alcance de tales “normas”, pertinente es observar que son de aplicación general para los órganos públicos y la población involucrada, rasgo que debe ser asociado a la índole imperativa u obligatoria que tienen para los destinatarios de ellas, siendo menester añadir la agrupación sistemática de la multitud de disposiciones incluidas en el extenso texto que las contiene y sus anexos.

*Vigesimonoveno*: que, desde el ángulo únicamente formal, fluye, con claridad inequívoca, que la Resolución Exenta núm. 584, ya citada, fue dictada para establecer un conjunto de normas nacionales, cuyas características formales pueden ser sintetizadas afirmando que, si bien no aparecen enunciadas en artículos ni ordenadas según numerales, tampoco cabe duda que son prescripciones de conducta, reunidas metódicamente y para otorgarles aplicación general, permanente y vinculante en las materias o asuntos regulados por ellas.

Lo expuesto se comprueba, además, por las propias observaciones del gobierno al requerimiento, que al describir el contenido de la resolución impugnada (capítulo III) señala:

La parte más relevante de la resolución 584, es la aprobación de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad. “El acto aprobatorio se explica, por una parte, porque las normas tienen un alto componente técnico. Por lo mismo, son hechas por expertos. La resolución lo que hace es hacerla suya, y disponer su obligatoriedad.

En otros términos “la resolución objeto de la impugnación por los Diputados no es una resolución, sino que un reglamento, pues contiene normas generales, impersonales y obligatorias”. De esta manera “como la norma impugnada es materialmente un reglamento firmado sólo por una ministra, aparece de manifiesto una primera inconstitucionalidad de forma, cual es, la de no haber sido dictada por la presidente de la República, con la concurrencia de la firma de la ministra. La norma objeto del requerimiento infringe así, a nuestro juicio, los artículos 6 y 7 con relación al artículo 35 de la Constitución”.

b. Mérito constitucional de la resolución impugnada

*Trigesimoprimer*o: que, a la luz de los razonamientos precedentes, procede que esta magistratura se pronuncie sobre el mérito constitucional de la Resolución Exenta núm. 584, ya individualizada, cuya adecuación a la carta fundamental vigente ha sido objetada por los parlamentarios requirentes; invocando éstos la facultad que le ha sido conferida en el artículo 93 inciso primero núm. 16 de la Constitución;

*Trigesimosegund*o: que, tal como se anunciara en el considerando séptimo, en una primera etapa este pronunciamiento se limitará al ángulo estricta y únicamente formal o externo del acto administrativo objetado. Sólo si el acto impugnado supera esta primera etapa podrá el Tribunal entrar a decidir sobre el fondo del asunto, sin que proceda antes de ello pronunciamiento alguno respecto de otros vicios de fondo invocados en el requerimiento. Se actuará de esta manera siguiendo la práctica invariable de esta magistratura, que obedece a un principio de lógica elemental, la cual ha sido examinar en primer término si el precepto o acto impugnado adolece de vicios formales para, sólo una vez desestimados éstos, entrar a examinar su conformidad de fondo con la Constitución. En esta etapa podrá el Tribunal entrar a decidir sobre el fondo del asunto, sin que proceda antes de ello pronunciamiento alguno respecto de otros vicios de fondo invocados en el requerimiento. Se actuará de esta manera siguiendo la práctica invariable de esta magistratura, que obedece a un principio de lógica elemental, la cual ha sido examinar en primer término si el precepto o acto impugnado adolece de vicios formales para, sólo una vez desestimados éstos, entrar a examinar su conformidad de fondo con la Constitución.

La conveniencia y necesidad de proceder de esta manera, que se ha manifestado en numerosos fallos de esta magistratura, fue expuesta extensamente en sentencia de 5 de septiembre de 2003, rol 383, en sus considerandos sexto a octavo inclusive. En ellos se explicó que para resolver lo planteado en el requerimiento, se considera indispensable efectuar una distinción, la cual es tan elemental y universalmente reconocida como esencial. En efecto, tratase de diferenciar la infracción a la carta fundamental de forma o procedimiento en que puede incurrir el órgano habilitado por ella para ejercer una potestad, de un lado, del quebrantamiento de fondo, material o sustantivo del Código Supremo en que ese órgano puede también incurrir, de otro.

Evidentemente —se añade— la justificación de aquella diferencia yace en que, siendo transgresiones distintas, constatado que sea un vicio de forma en un precepto en tramitación, éste ya no es tal y, por lo mismo, carece de todo sentido avanzar a su examen sustantivo o de fondo.

La sentencia precisa, también, que el control de la supremacía constitucional debe ser completo, es decir, abarcar tanto el aspecto formal como sustantivo, ya que ambos presupuestos han de concurrir para que pueda considerarse respetado cuanto implica ese principio.

Luego de recordar la sentencia citada que el principio de supremacía de la Constitución reviste cualidad esencial en relación con el imperio, real o efectivo, de la Constitución en cuanto ordenamiento máximo de nuestro sistema jurídico, como lo ordenan, en términos de significado inequívoco y con jerarquía de base de la institucionalidad, los artículos 6, inciso segundo y 7 de la carta fundamental, precisa que en cumplimiento, cabal y riguroso, de la función de control de la supremacía de la Carta Política, esta magistratura debe examinar, en primer lugar, si la norma cuyo mérito constitucional ha sido objetado en el requerimiento, fue o no generada por los órganos competentes para ello, cumpliendo los trámites y —en su caso— con el quórum que la ley fundamental ha establecido a los efectos que se integre válidamente al régimen jurídico en vigor.

*Trigesimotercero:* que lo razonado en considerandos anteriores, incluidas las opiniones de destacados tratadistas que forman parte de este proceso, y de la simple lectura de la resolución exenta impugnada, es posible concluir que, en realidad, reúne los elementos configurativos de un decreto supremo reglamentario, pero sin cumplir con las exigencias que la Constitución ha previsto para que sea tal.

En efecto, ese acto administrativo contiene un conjunto de normas; cuyo alcance es nacional o de aplicación general a todos los destinatarios de ellas; y dotadas de carácter permanente, es decir, que no agotan o pierden vigencia por su aplicación en un caso determinado. Sin embargo, tal Resolución Exenta carece de las demás exigencias que la Constitución contempla para los decretos supremos reglamentarios, porque fue dictada por la ministra de Salud, en circunstancias que hacerlo se halla prohibido, pues correspondía que fuese suscrita por la presidente de la República y, además, debió ser sometida previamente al trámite de toma de razón en la Contraloría General de la República, atendida su naturale-

za esencialmente reglamentaria. Habiéndose omitido estos dos requisitos esenciales para la formación válida de un reglamento, fuerza es concluir que la Resolución Exenta núm. 584 quebranta la Constitución, en su aspecto formal, lo que así será declarado por este Tribunal.

De este modo la referida resolución resulta ser más bien, desde un punto de vista material, esto en cuanto a su contenido, como señala la doctrina italiana, una “falsa resolución” o más propiamente una “resolución de carácter reglamentaria”, y

*Vistos:*

Lo dispuesto en los artículos 1, 4, 6, 7, 32 núm. 6, 33 inciso primero, 35, 93 inciso primero, núm. 16, e inciso decimonoveno, 98 y 99 de la Constitución, y las disposiciones de la Ley núm. 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

*Se resuelve:*

1. Que se acoge en lo principal el requerimiento que rola a fojas uno y, en consecuencia, se declara que la Resolución Exenta núm. 584 del Ministerio de Salud, del 1o. de septiembre de 2006, es inconstitucional.
2. Que, habiéndose declarado que la resolución exenta núm. 584 adolece de un vicio de forma que acarrea como consecuencia su inconstitucionalidad formal, este Tribunal no emite pronunciamiento sobre otras eventuales inconstitucionalidades planteadas en el requerimiento.
3. Que se desechan las demás peticiones formuladas en el requerimiento.

*C. Sentencia píldora del día después  
(comienzo de vida humana). Núm. 740,  
dieciocho de abril de dos mil ocho*

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional dilucida si las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que forman parte del Decreto Supremo núm. 48, de 2007, del Ministerio de Salud, son inconstitucionales, por afectar el derecho a la vida del ser humano, asegurado por el artículo 19 núm. 1 de la Constitución.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional precisa en su considerando 47 que cuando la Constitución:

“asegura” determinados derechos a las “personas”, sólo está reconociendo atributos propios de su naturaleza. En otros términos, no es la Constitución la que ha creado esos derechos sino que, simplemente, se ha limitado a reconocerlos, a regular su ejercicio y a garantizarlos a través de mecanismos jurídicos adecuados para no tornar ilusoria su protección. De allí que el propio ejercicio del Poder Constituyente, en cuanto expresión de la soberanía de la nación, reconoce como límite el “respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, tal y como ordena el inciso segundo del artículo 5o. de la carta fundamental.

EL Tribunal continúa su razonamiento señalando que:

Al mismo tiempo, el mandato imperativo de “asegurar” tales derechos, que se contiene en el enunciado del artículo 19 de la Constitución, importa: *a)* que sólo puede asegurarse lo que existe previamente; *b)* que la condición de seguridad que el Constituyente desea brindar a los derechos que reconoce importa hacer cesar cualquier trasgresión o vulneración que, más allá de los propios límites previstos por la Carta, puedan experimentar tales derechos, como también impedir la amenaza o peligro inminente que pueda afectarlos, y *c)* que deben diseñarse e implementarse todos los mecanismos necesarios para brindar efectiva protección tanto a la titularidad de tales derechos cuanto a su ejercicio.

En esta perspectiva debe también agregarse que, para el constitucionalismo contemporáneo, los derechos fundamentales —que se aseguran a todas las personas— poseen una doble naturaleza que justifica su rol central en las cartas fundamentales y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por un lado, constituyen facultades que se reconocen a su titular, dando lugar a su dimensión “subjetiva”, mientras que, por otro, dan unidad y sentido a todo el ordenamiento jurídico, lo que se conoce como su dimensión “objetiva”.

De allí que todo conflicto constitucional que, como el de la especie, tienda a constatar la eventual vulneración de derechos fundamentales tiene una especial significación que no puede dejar indiferente a ningún operador del derecho;

El Tribunal Constitucional analiza en el considerando 48, si el concebido no nacido puede ser ubicado en la calidad de persona a la que alu-

den las disposiciones constitucionales como los artículos 1, incisos primero, cuarto y quinto; 6, inciso segundo; 7, inciso segundo, y 19 de la misma. Tal razonamiento resulta indispensable para determinar si pueden serle atribuidos los derechos asegurados por el artículo 19 de la Constitución y, en particular, aquél invocado por los requirentes como transgredido por la norma reglamentaria que se impugna;

A su vez en el considerando 50, afirma que si

Al momento de la concepción surge un individuo que cuenta con toda la información genética necesaria para su desarrollo, constituyéndose en un ser distinto y distinguible completamente de su padre y de su madre —como ha sido afirmado en estos autos—, es posible afirmar que estamos frente a una persona en cuanto sujeto de derecho. La singularidad que posee el embrión, desde la concepción, permite observarlo ya como un ser único e irrepetible que se hace acreedor, desde ese mismo momento, a la protección del derecho y que no podría simplemente ser subsumido en otra entidad, ni menos manipulado, sin afectar la dignidad sustancial de la que ya goza en cuanto persona;

El considerando 52 precisa que,

La protección constitucional de la persona a partir del momento de la concepción en Chile se vio plenamente reafirmada al discutirse la reforma al artículo 1o., inciso primero, de la carta fundamental, que cambió la expresión “hombres” por “personas” y que se concretó a través de la Ley núm. 19.611, publicada en el *Diario Oficial* de 16 de junio de 1999.

Durante el segundo trámite de esa reforma constitucional, verificado en el Senado, se aprobó dejar constancia que: “El nasciturus, desde la concepción, es persona en el sentido constitucional del término, y por ende es titular del derecho a la vida”.

El considerando 53 señala que,

en la misma línea argumental, debe recordarse que la Convención Americana de derechos Humanos —tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentra vigente— señala, en su artículo 4.1, que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

De esta manera, este tratado internacional —que forma parte del ordenamiento jurídico chileno— resalta que todo ser humano tiene derecho a la vida sin que nadie pueda privarlo de ella arbitrariamente, lo que permite apreciar una particular coincidencia entre la norma aludida y aquella que se contiene en el artículo 19, numeral primero, de nuestra Constitución.

Así, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión en el considerando 54 que, “para el Constituyente —y a diferencia de lo que pueda desprenderse del examen de normas legales determinadas—, el embrión o el *nasciturus* es persona desde el momento de la concepción.

Luego en el considerando 55 determina el lugar del derecho a la vida en la estructura de los derechos fundamentales asegurados por la Constitución, respondiendo que tal derecho es “sin duda alguna, el derecho fundante de todos los demás, pues sin vida, difícilmente tiene sentido referirse a otros derechos fundamentales”.

Tal argumentación es reforzada en el mismo considerando con citas del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en su Observación General sobre el artículo 6 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Como ha señalado el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en su Observación General sobre el artículo 6 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el derecho a la vida es “el derecho supremo respecto del cual no se autoriza suspensión alguna, ni siquiera en situaciones que pongan en peligro la vida de la nación”. Ha agregado, asimismo, que “el derecho a la vida es el más esencial de estos derechos”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, por su parte, que “el derecho a la vida es ampliamente reconocido como el derecho supremo del ser humano y *conditio sine qua non* para el goce de todos los demás derechos”.

El considerando 56 de la sentencia precisa la línea de continuidad del texto constitucional con los tratados de derechos humanos:

Que el derecho a la vida asegurado por el artículo 19 núm. 1 de la Constitución, en consonancia con el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 1 de la Declaración Americana de los Dere-

chos y Deberes del Hombre, y el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, asegura a toda persona —incluyendo al nasciturus— el derecho a mantener la vida y a conservarla frente a los demás hombres. Si se quiere, “es el derecho a que nadie nos la quite, y a que no pueda suprimirla ni cercenarla su propio sujeto” (José Joaquín Ugarte Godoy, “El derecho a la vida y la Constitución”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, núm. 33, 2006, p. 514).

El considerando 57 advierte que, “junto con asegurar el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, nuestra carta fundamental ordenó: “La ley protege la vida del que está por nacer”.

Y el considerando 58 determina que

La intención del Constituyente fue confiar al legislador las modalidades concretas de protección de la vida del que está por nacer en el entendido que se trata de un ser existente e inserto en la concepción de persona, en cuanto sujeto de derecho, a que alude el encabezado del artículo 19. Este mandato al legislador importa la protección de un derecho y no sólo del bien jurídico de la vida, distinción que no es menor para estos sentenciadores. En efecto, si sólo se hubiese protegido la vida, en cuanto bien jurídico, bastaría que el legislador hubiese consagrado mecanismos que aseguraran al nasciturus la viabilidad de la vida intrauterina hasta el nacimiento.

El considerando 60 recuerda que el mandato que el constituyente impone al legislador, en el inciso segundo del artículo 19 núm. 1o. de la carta fundamental.

Importa asegurar el derecho a la vida del que está por nacer —y no sólo proteger su vida en cuanto bien jurídico—, debe recordarse el deber que la Constitución impone a los órganos del Estado de respetar y promover los derechos asegurados por la misma carta fundamental así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en consonancia con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5 de la carta fundamental.

D. *Las normas nacionales sobre regulación de la fertilidad*

El Tribunal se ve abocado al imperativo de determinar si la Sección C, acápite 3.3, de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que forman parte del Decreto Supremo núm. 48, de 2007, del Ministerio de Salud, impugnadas por los requirentes, vulneran la Constitución; en tal análisis el Tribunal Constitucional, en su considerando 62, determina que:

Que sobre la base del principio procesal básico de que “el juez falla conforme al mérito del proceso”, es posible sostener que toda la evidencia presentada en estos autos, [...] sólo refleja la existencia de una disparidad profunda de opiniones, sobre todo en el mundo científico, en orden a que el momento de la concepción marque el inicio de la vida humana y, por ende, que los regímenes de anticoncepción de emergencia a que aluden las normas impugnadas en estos autos pueden afectar el derecho a la vida de la persona que está por nacer.

El Tribunal ha ponderado esas opiniones en su debido mérito, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 21 del Código Civil, y al margen de cualquier connotación ajena a criterios jurídico-constitucionales;

En el considerando 63 el Tribunal señala que la:

Profunda disparidad de puntos de vista entre los expertos llamados a señalar el comienzo de la vida humana y, por ende, los reales efectos de los regímenes de anticoncepción de emergencia, como aquellos a que aluden las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, no puede llevar a esta magistratura a eludir un pronunciamiento sobre una de las funciones que definen la esencia de su quehacer. Proceder de esa manera no sólo importaría renunciar al ejercicio de sus atribuciones esenciales de cautelar los derechos fundamentales y de defender la supremacía constitucional sino que, además, significaría vulnerar el deber de inexcusabilidad que pesa sobre todo tribunal y que, respeto de éste, en particular, está expresamente consignado en el artículo 3o. de su ley orgánica.

El considerando 65 precisa que:

Existen situaciones en que, inevitablemente, se configura una duda razonable. Así, pese a todo el esfuerzo jurisdiccional, se dan casos, como el de la especie, en que el juez no puede formarse convicción, puesto que las alega-

ciones y probanzas efectuadas durante el proceso se muestran equivalentes en los hechos, aunque diferentes en cuanto a su impacto constitucional. Se configura, así, una duda razonable que el juez debe enfrentar en función de los imperativos descritos en el considerando sexagésimo tercero.

El considerando 66 acude para dilucidar el conflicto constitucional planteado y ante la evidencia de estar estos jueces frente a una duda razonable, ha de acudir a aquellos criterios hermenéuticos desarrollados por la teoría de los derechos fundamentales, por ser ésta la materia comprometida el presente requerimiento.

En tal sentido, parece ineludible tener presente el principio *pro homine o favor libertatis* definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: “Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...) debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana” (Opinión Consultiva 5, 1985);

El Tribunal Constitucional en su considerando 67, ante la duda razonable acerca de si la distribución obligatoria de la “píldora del día después” en los establecimientos que integran la Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud puede ocasionar la interrupción de la vida del embrión, al impedirle implantarse en el endometrio femenino, genera, a su vez, una incertidumbre acerca de una posible afectación del derecho a la vida de quien ya es persona desde su concepción en los términos asegurados por el artículo 19 núm. 1 de la Constitución. “La referida duda debe llevar, de acuerdo a lo que se ha razonado, a privilegiar aquella interpretación que favorezca el derecho de “la persona” a la vida frente a cualquiera otra interpretación que suponga anular ese derecho”.

El Tribunal agrega en el considerando 68 que:

Razonar de otra manera importaría desconocer la dignidad sustancial de toda persona, a que alude el inciso primero del artículo 1o. de la Constitución, y que supone que los derechos de que es titular son, incluso, anteriores al ordenamiento jurídico positivo, pues son manifestaciones de su propia naturaleza.

Asimismo, llevaría a desconocer que las políticas que la autoridad va desarrollando en pro de la consecución del bien común de todos y cada uno de los miembros de la comunidad nacional tienen, como necesario lí-

mite, el respeto a los derechos que la Constitución asegura, tal y como ordena el inciso cuarto del artículo 1o. de la misma.

Del mismo modo, un razonamiento diferente al que se ha realizado en esta sentencia importaría afectar sustancialmente el principio del Estado de derecho según el cual “los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”, tal y como ordena el inciso primero del artículo 6o. de la ley suprema.

En el considerando 69, el Tribunal determina:

Que de todo lo expuesto sólo es posible concluir que la existencia de una norma reglamentaria que contiene disposiciones que pueden llevar a afectar la protección del derecho a la vida de la persona que está por nacer y que la Constitución buscó cautelar especialmente, la vulnera porque la sola duda razonable, reflejada en las posiciones encontradas de los expertos del mundo de la ciencia, de que la aplicación de esas normas reglamentarias pueda llegar a afectar el derecho a la vida del nasciturus, obliga al juez constitucional a aplicar el principio “favor persona” o *pro homine* en forma consecuente con el deber impuesto al Estado por la carta fundamental de estar al “servicio de la persona humana” y de limitar el ejercicio de la soberanía en función del respeto irrestricto del derecho más esencial derivado de la propia naturaleza humana de la que el nasciturus participa en plenitud.

En consecuencia, este Tribunal sólo puede concluir que el imperativo de proteger y promover el derecho a la vida, que se desprende del artículo 5, inciso segundo, de la Constitución, en relación con el artículo 19 núm. 1 de la misma, conduce a declarar inconstitucionales las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que forman parte del D.S. núm. 48, de 2007, del Ministerio de Salud, en la parte contenida en el acápite 3.3 de la Sección C, “Anticoncepción Hormonal de Emergencia”. Asimismo, debe estimarse inconstitucional, por derivación, la sección D de las mismas Normas Nacionales, referida a la “Anticoncepción en Poblaciones Específicas”, acápite 1, en la parte que se refiere a la “anticoncepción de emergencia”. Ello, porque siguiendo la jurisprudencia reiterada de este Tribunal, “determinado que un determinado artículo es inconstitucional, igualmente lo son aquellas normas del mismo que se encuentran tan ligadas a aquél, que por sí solas carezcan de sentido, se tornen inoperantes o, dada la íntima conexión entre sí, se pueda presumir razonablemente que los órganos colegisladores no las hubieren aprobado” (sentencia de 28 de julio de 1998, núm. 276).

A su vez, el Tribunal Constitucional, en el considerando 70 aclara que:

La referida declaración, pronunciada en sede abstracta de constitucionalidad, tiene un efecto *erga omnes* que se desprende del inciso tercero del artículo 94 de la Constitución: “En el caso del núm. 16, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo”.

No escapa a la consideración de esta magistratura el impacto evidente que tal declaración de inconstitucionalidad con efectos generales está llamada a producir en una materia que, sin perjuicio de las consideraciones jurídicas contenidas en esta sentencia, tiene también connotaciones afectivas muy importantes para las personas, las que son, sin duda, plenamente respetables. No obstante, en la misma línea estrictamente jurídica que caracteriza a toda sentencia, es preciso recordar que “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo” (artículo 6º, inciso segundo, de la Constitución). Fluye de lo expuesto que tanto los órganos del Estado, como toda persona, institución o grupo se encuentran en el imperativo de acatar la decisión del Tribunal Constitucional, porque ha ejercido la tarea que el propio Constituyente le ha confiado de velar por la supremacía, sustantiva y formal, de la carta fundamental.

En merito de las consideraciones desarrolladas el Tribunal Constitucional resuelve acogiendo el requerimiento en los siguientes términos:

Que se acoge el requerimiento únicamente en cuanto se declara que la Sección C., acápite 3.3, “Anticoncepción Hormonal de Emergencia”, así como la Sección D., “Anticoncepción en Poblaciones Específicas”, acápite 1, sólo en la parte que se refiere a la “anticoncepción de emergencia”, de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que forman parte del Decreto Supremo núm. 48, de 2007, del Ministerio de Salud, son inconstitucionales.

## *2. El derecho fundamental a la protección de la salud*

Sobre la materia, el Tribunal Constitucional ha pronunciado el año 2008, varias sentencias sobre el mecanismo de reajustabilidad de contratos de prestación de salud de Instituciones de salud privadas, que ha generado controversia pública.

El primer fallo que inaugura la línea jurisprudencial es la Sentencia Tribunal Constitucional núm. 976, de 26 de junio de 2008, en el cual se emiten importantes consideraciones jurídicas sobre la eficacia directa de las normas sobre derechos sociales y el efecto de irradiación de estas sobre los contratos privados de prestaciones de salud.

Así, el Tribunal Constitucional en el considerando 25, precisa:

Que, con sujeción al artículo 60., inciso segundo, de la Constitución, todos los valores, principios y normas articulados en ella gozan de la supremacía que caracteriza a tal ordenamiento jurídico-político, rasgo del cual se sigue que ningún órgano estatal, persona, institución o grupo puede válidamente invocar otras disposiciones de ese texto, ni acudir a su contexto o espíritu para prescindir de tan importante obligación, reputarse eximido de acatarla o dejar de asumir los deberes inherentes a dicha supremacía.

El Tribunal en el considerando 26 determina:

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

El Tribunal especifica en el considerando 27:

Que resulta ineludible desvanecer la tesis contraria a que los derechos sociales sean realmente tales, aseverando (como lo hace Francisco J. Laposta, *op. cit.*, pp. 304 y 305) que poner en duda su “practicabilidad” de realización, es una idea confusa, porque esa “reserva de lo posible” lleva a sostener que la Constitución ha de ser “desactivada”, a causa de la imposibilidad económica del Estado de darles satisfacción, convirtiendo así en virtuales las cláusulas fundamentales que aseguran su materialización”.

El Tribunal Constitucional entra luego al análisis específico del derecho a la salud, en su considerando 29, sostiene:

Que el derecho a la protección de la salud es de índole social, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica, habida consideración que la satisfacción de

tal exigencia representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado social en la democracia constitucional contemporánea.

El Tribunal recuerda que en materia de derechos fundamentales “la Constitución establece, en relación con ellos, un núcleo esencial, indisponible por el legislador”.

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

Ello se complementa con la consideración hecha en el considerando 35.

Que lo explicado en el considerando precedente resulta coherente con la fuerza normativa que singulariza la carta fundamental, característica conforme a la cual ésta se irradia al ordenamiento jurídico entero, al punto que ninguna de sus disposiciones puede quedar al margen de o en pugna con la supremacía que es propia de ella.

A su vez, el tribunal va concretizando el análisis para sostener en el considerando 36.

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

Por tanto, tales instituciones de salud previsional, según determina el considerando 37:

[...] tienen también asegurados sus derechos en la carta política, pero con idéntica certeza, ha de afirmarse que ellos se encuentran sometidos a los deberes correlativos, de los cuales resulta menester realzar aquí su contribución al bien común, haciendo cuanto esté a su alcance, dentro del ordenamiento jurídico, por materializar el goce del derecho a la protección de la salud. Consiguientemente, el desarrollo de sus actividades empresariales y el ejercicio del dominio sobre sus bienes, encuentran límites y obligaciones legítimas, impuestos por la ley en cumplimiento de lo previsto en la Carta Política a propósito de las exigencias derivadas de la función social de la propiedad. Precisamente, entre tales delimitaciones aparece, al tenor del artículo 19, núm. 24, inciso segundo, de la Constitución, cuanto exija la salubridad pública, es decir, lo que sea bueno para la salud de sus habitantes;

El Tribunal, como consecuencia de lo afirmado, explicita en el considerando núm. 39:

Que las normas que regulan el contrato de salud, sean legales o administrativas, deben ser interpretadas y aplicadas en términos de maximizar el disfrute real y pleno de los derechos que son consustanciales a la dignidad humana, entre ellos, el derecho social relativo a la protección de la salud, en los términos asegurados a todas las personas en el artículo 19, núm. 9, de la Constitución, precepto que se erige en base constitucional y de orden público que informa, con calidad de ineludible e inafectable, toda convención de esa índole.

El Tribunal precisa en el considerando 40 el carácter obligatorio de los particulares de respetar y promover los derechos esenciales en las relaciones convencionales entre privados, ya que lo contrario “implicaría admitir la posibilidad de que, invocando la autonomía de la voluntad, tales derechos y, a su vez, la dignidad de la persona, pudieran ser menoscabados o lesionados en su esencia, interpretación que, a la luz de lo ya explicado, se torna constitucionalmente insostenible”.

Tal perspectiva se refuerza sostiene el Tribunal en su considerando 41:

En los casos en los que la relación convencional entre sujetos de derecho privado halla reconocimiento o amparo constitucional, sea directo o indirecto pero inequívoco, como medio a través del cual uno de ellos, en cuan-

to manifestación del principio de subsidiariedad articulado en el Código Político, da satisfacción al ejercicio legítimo de derechos esenciales, en este caso de la contraparte, como sucede con el contrato de salud, celebrado entre una Institución de Salud Previsional y un particular determinado, respecto del atributo asegurado a este último en el artículo 19, núm. 9, inciso final, de la carta política.

Así, el tribunal concluye en su considerando 43o. que

El derecho a la protección de la salud, en los términos en que se encuentra plasmado en el artículo 19, núm. 9, de la carta fundamental, es, para estos efectos, la base constitucional y de orden público de todo contrato de salud, con plena vigencia en el contexto de dicha convención, razón por la cual ésta no puede incluir cláusulas que desconozcan o aminoren tales derechos.

El Tribunal Constitucional sostiene la base constitucional del contrato de salud con la consiguiente jerarquía constitucional y de orden público, lo que se incorpora a toda convención de dicha especie, siendo irrenunciable, lo que genera como efectos los siguientes, según determina el considerando 45:

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

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

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

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

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

El considerando 46 determina que se sigue de lo razonado que:

La materialización, cabal y efectiva, del atributo aludido exige, entre otros deberes, la conducta diligente del Estado en la protección del acceso libre e igualitario de los cotizantes a las correspondientes acciones de salud, coordinándolas y controlándolas para que cumplan sus objetivos.

En la materia en análisis el Tribunal realiza:

El derecho a elegir el sistema de salud público o privado a que decida acogerse el beneficiario correspondiente. Así es, pues debe tenerse presente que tanto uno como otro sistema se validan en la medida que subsista, durante el contrato, el derecho a la libre elección, sea para perseverar en él, ponerle término, cambiar de Isapre o trasladarse del sistema privado al público o viceversa.

En el marco de los principios y consideraciones jurídicas expuestas, considera la cuestión que le ha sido planteada por la parte requirente que es la declaración de inaplicable el artículo 38 ter de la Ley 18.933, en la gestión pendiente invocada, en cuanto dispone:

- A) Que su Institución de Salud Previsional pueda fijar el costo del plan de salud conforme a la tabla de factores incorporada a su contrato de salud, la cual considera dos rubros: edad y sexo; y
- B) Que su Institución de Salud Previsional esté habilitada para determinar unilateralmente los factores de cada tabla, sin tener otros límites que aquellos que se contemplan en el inciso tercero del precepto legal impugnado y que, en la especie, han permitido a esa Institución que la tabla de factores incorporada a su contrato de salud contemple una diferencia entre el factor menor y el mayor de 4,5 veces, contexto en el cual, al cumplir 60 años de edad, haya aumentado desproporcionadamente a su respecto el factor que le ha sido aplicado, elevándose de 3,0 a 3,5. En la práctica, esta facultad de la Isapre requerida se ha traducido en que el costo del plan de la accionante aumente, desde 7,4 a 9,4 UF mensuales, sin que ello implique mayores o mejores beneficios en la protección de su salud.

El Tribunal en su considerando 52 considera que:

Estando basada la estructura de la tabla de factores en criterios objetivos y de común o general vigencia, la diferencia que ella importa en sí, por los rangos de edad que establece, no puede ser calificada por esta magistratura como carente de razonabilidad, infundada o arbitraria. En esa medida, la alegación de la requirente dirigida en contra del precepto legal impugnado en cuanto, en el caso sub lite, autoriza a su Institución de Salud Previsio-

nal para aplicar la tabla de factores, a los efectos de determinar el valor de su plan de salud, debe ser rechazada y así será declarado.

El Tribunal Constitucional pasa luego a considerar el valor jurídico de los factores de la tabla aplicables a los contratos de salud.

En tal perspectiva, el Tribunal constitucional recuerda:

Que el efecto de irradiación del texto, contexto y espíritu de la Constitución en el contrato celebrado entre la requirente y requerida en el caso concreto y singular sub lite significa que, tanto las normas legales como las administrativas o las estipulaciones contractuales, tienen que ser interpretadas y llevadas a la práctica en armonía con el reconocimiento y tutela del derecho a la protección de la salud, asegurado en aquélla.

Luego precisa en el considerando 57:

Que toda facultad que por ley se otorgue a las Isapres de fijar libre o discrecionalmente un factor para incorporarlo a dichas contrataciones debe suponerse siempre limitada por los valores, principios y disposiciones constitucionales, deducción lógica que, si fuera desconocida o ignorada, sería equivalente a quebrantar el valor de la supremacía que singulariza a la Constitución.

El Tribunal establece en el considerando 58 que:

el examen de constitucionalidad de la atribución que el artículo 38 ter, en relación con el artículo 2, ambos de la misma Ley núm. 18.933, otorgan a la Isapre requerida para establecer, libremente, los factores de la tabla aplicable a la requirente, debe constatar si se respetan las exigencias de orden público contenidas en el artículo 19, núm. 9, del Código Político, pues en el evento contrario cabe pronunciar su inaplicabilidad para el caso concreto y singular de autos.

En tal perspectiva, el tribunal precisa el sentido y alcance del derecho a la libre elección del sistema de salud de la requirente establecido constitucionalmente, determinando que la Isapre al tener la obligación de respetar dicho derecho del afiliado, "implica que, durante la vigencia del contrato pertinente, el afiliado no sufra cambios unilateralmente decididos en las estipulaciones pactadas, al punto que impi-

dan al cotizante perseverar en él, darle término, optar por otra Isapre o trasladarse de sistema.

El Tribunal Constitucional considera en el considerando 61 que:

la evolución de los factores de edad y sexo en el ciclo vital de la requirente, consultada en la tabla incorporada a su contrato de salud representa una diferencia que, si bien está justificada en cuanto a su existencia en condiciones objetivas y generales de riesgo, no lo está en lo relativo a su magnitud, la que oscila desde el factor 1,00 al factor 4,00, facultando así a la Isapre para cuadruplicar el valor del plan de salud pertinente. Esta circunstancia, al cumplir la requirente sesenta años de edad, le ha irrogado un alza del factor 3,00 a 3,50 y el aumento, ya señalado, del precio base de su plan de salud. Deviene insostenible, en consecuencia, argumentar que, en la especie, haya sido respetada la proporcionalidad de las prestaciones que exige un contrato válidamente celebrado. Este, por mandato de la Constitución y con sujeción a lo ya demostrado, debe siempre tender a maximizar el goce del derecho a la protección de la salud y no a dejarlo sin vigencia efectiva, *vgr.*, al impedir que el cotizante mantenga el régimen privado de atención al cual había resuelto acogerse.

Por lo cual el Tribunal Constitucional determina en el considerando 62:

que, en el caso concreto y singular sub lite, al no estar justificada la magnitud de la diferencia resultante de la aplicación de los factores asignados a la tabla, incorporada al contrato de salud de la requirente de autos, en función del rol que han de servir las Instituciones de Salud Previsional, debe concluirse que se trata de una facultad cuyo ejercicio permite incurrir en discriminación infundada o distinción carente de justificación razonable y, en esa medida, arbitraria. Aunque amparada en el texto del precepto legal impugnado en esta litis precisa, se torna evidente que tal disposición lesiona la esencia de la igualdad entre las partes asegurada por el artículo 19, núm. 2, de la Constitución.

Además, el Tribunal resuelve que:

es también base constitucional y de orden público del contrato de salud la prevista en el artículo 19, núm. 9, de la carta política, cuyo inciso final reconoce el derecho de la requirente a elegir el sistema de salud al que desea acogerse. Acorde con la idea de sistema coherente de valores, principios y preceptos ya expuesta, deviene irrefutable que todas las cláusulas del refe-

rido contrato deben orientarse a materializar el goce real y legítimo de dicho derecho, más todavía si el afiliado envejece y, a raíz de ello, sube considerablemente el factor respectivo, lo cual repercute en el mayor costo de su plan de salud. Con ello, lejos de permitir el acceso a las prestaciones correlativas, las dificulta y, en el caso extremo, cuando el afiliado, no puede seguir pagando el nuevo costo del plan, cual sucede en la causa aquí decidida, queda obligado a abandonar el sistema privado de salud que había escogido para incorporarse al equivalente público. Obviamente, el hecho descrito significa que el afectado se halla impedido de ejercer tales derechos, a pesar de estarle asegurados por la Constitución en cualquier tiempo y circunstancia.

### 3. *El derecho a la jurisdicción o tutela judicial efectiva*

En este ámbito consideraremos dos sentencias de Tribunal Constitucional, la primera que impugna la aplicación de algunos preceptos del nuevo Código Procesal Penal, en cuanto al rol jugado por el fiscal en formalización de investigación desarrollada por una querrela del ofendido; la segunda, referente a la cláusula *solve y repete*, como un obstáculo al ejercicio del derecho a la tutela judicial.

#### A. *El derecho a la jurisdicción y la discrecionalidad del Ministerio Público para formalizar la investigación criminal*

En el caso del procedimiento penal, el Tribunal Constitucional se pronuncia mediante Sentencia núm. 815, de catorce de agosto de dos mil ocho.

El precepto legal impugnado es aquel que posibilita que el fiscal pueda formalizar la investigación criminal discrecionalmente. La norma impugnada dispone: “artículo 230. Oportunidad de la formalización de la investigación. El fiscal podrá formalizar la investigación cuando considerare oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial”.

Se trata de una querrela criminal interpuesta el 2 de febrero de 2005, por el requirente Patricio Meneses Farías, por el delito de falsificación de instrumento privado contemplado en el artículo 197, inciso segundo, del

Código Penal, la cual fue declarada admisible por el juez de Garantía de San Fernando. Posteriormente, el 7 de junio de 2005, el fiscal adjunto de la Fiscalía de San Fernando solicitó el sobreseimiento definitivo de la causa no formalizada, ya que se habría cerrado la investigación sin reunir los antecedentes necesarios para perseverar en la persecución penal. El querellante, a su vez, el 24 de junio de 2005, expresó que la fiscalía no habría efectuado la investigación pertinente, dejándolo en indefensión, por lo que solicitó un nuevo plazo para agotar diligencias. Con fecha 29 de junio de 2005 se lleva a cabo la audiencia de sobreseimiento en la cual el Ministerio Público insistió en que, dados los antecedentes de la investigación, cabía el sobreseimiento definitivo.

Ante tal situación, el tribunal resolvió fijar una nueva audiencia para discutir el sobreseimiento y para debatir las demás acciones que quedaban pendientes, la que se realizó el 12 de agosto de 2005 y, a resultas de lo allí expuesto y confrontado, el tribunal resolvió, en primer lugar, no dar lugar a la ejecución de ciertas diligencias de investigación solicitadas, desestimando la reapertura de la investigación; en segundo lugar, ya que del mérito de los antecedentes no se desprendería que existieran datos que justificaran la existencia de algún delito, resolvió acoger la petición del Ministerio Público y sobreseer definitivamente la causa y, finalmente, condenó en costas a la querellante solidariamente con su abogado defensor. Tal resolución del juez de Garantía de San Fernando fue apelada por el querellante con fecha 17 de agosto de 2005.

La Corte de Apelaciones de Rancagua, con fecha 9 de septiembre de 2005, conociendo de la apelación, resolvió: hacer lugar a la solicitud de diligencias planteadas por el querellante, ordenado al Ministerio Público reabrir la investigación para practicarlas dentro de 60 días, y rechazó el sobreseimiento definitivo y consecuencialmente la condena en costas, fundado en que no procede solicitarse el sobreseimiento en un proceso que no ha sido formalizado.

A raíz de la resolución de la Corte de Apelaciones de Rancagua, con fecha 10. de julio de 2006 el querellante solicitó al Juzgado de Garantía de San Fernando audiencia para la formalización de cargos por parte del Ministerio Público.

En la audiencia de 16 de noviembre, el juez de Garantía de San Fernando señaló que “si el Ministerio Público no encuentra en este momento antecedentes suficientes para formalizar por delito alguno, las cosas en

ese estado deben permanecer”, añadiendo que “la acción no puede estar restringida a lo que señala el querellante (...) pero en definitiva el motor de la investigación penal la tiene el Ministerio Público”, resolución que fue apelada por el querellante el 21 de noviembre de 2006. La Corte de Apelaciones de Rancagua en sentencia del 4 de enero de 2007 confirmó esta vez la resolución dictada por el juez de Garantía de San Fernando.

El Tribunal Constitucional en su considerando 9 determina:

Que las Constituciones europeas consagran derechamente el derecho fundamental de toda persona a la tutela judicial efectiva de sus intereses y derechos, [...]

En un Estado que proclama como valor fundamental que los seres humanos “nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, además de manifestar que en Chile las personas son iguales ante la ley, sin que existan privilegios de ninguna especie. Es por ello que la Constitución, más allá de las normas citadas de su texto, reconoce de manera expresa el conjunto valórico normativo que configura la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las personas, declarando también que los derechos fundamentales deben ser respetados y promovidos por todos los órganos del Estado, incluido especialmente el Ministerio Público, según se desprende de los artículos 1, 5, 6 y 19, números 2, 3 y 26, de la carta fundamental.

En este sentido, este derecho fundamental, que incluye entre sus elementos esenciales el acceso a la jurisdicción, es definido por los especialistas como “aquel que tiene toda persona a obtener tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos ante el juez ordinario predeterminado por la ley y a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión” (Gregorio Cámara Villar, en Balaguer Callejón, Francisco *et al.*, *Derecho constitucional*, t. II, p. 215, Madrid, Tecnos, 2005). Este derecho incluye el libre acceso a la jurisdicción, el derecho a obtener una resolución acerca de la pretensión deducida, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, la interdicción de la indefensión y el derecho al debido proceso, con la plena eficacia de todas las garantías que le son propias.

El Tribunal Constitucional determina que dicho derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra también en la Constitución chilena, según determina en el considerando 10:

Que nuestra Constitución consagra, sin denominarlo así, el invocado derecho a la tutela judicial efectiva, en el inciso primero del artículo 19, numeral 3, y en las normas que lo complementan, al reconocerse con fuerza normativa, que todas las personas son iguales en el ejercicio de los derechos, lo que comprende, en nuestro medio, su igualdad de posibilidades ante los órganos jurisdiccionales, incluyendo, en primer término, el derecho a la acción, sin el cual quedaría amenazado e incompleto.

En efecto, el primer inciso del numeral 3 del artículo 19 lo reconoce en forma expresa, correspondiendo su titularidad a la persona como sujeto legitimado para su ejercicio, el que está contemplado en una norma autosuficiente y autoejecutiva.

Como complemento necesario, los incisos siguientes establecen garantías normativas del mismo, consistentes en la legalidad del tribunal y del proceso, además del parámetro de densidad material mínima de dichas normas legales, consistentes en las garantías del racional y justo procedimiento, a lo cual se le sumó la investigación, fijan el límite a la autonomía del legislador, a la hora de establecer el marco regulatorio del proceso jurisdiccional, como forma de solución del conflicto y de los actos necesarios para abrirlo, sustanciarlo y cerrarlo.

Debemos reafirmar entonces que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene una doble dimensión, por una parte adjetiva, respecto de los otros derechos e intereses, y por la otra, sustantiva, pues es en sí mismo un derecho fundamental autónomo, que tiene por finalidad que las personas accedan al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos, lo que resulta un presupuesto mínimo de todo Estado de derecho.

El Tribunal Constitucional precisa en el considerando 11 que el reconocimiento constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, implica tener en cuenta dos elementos complementarios e interrelacionados:

El derecho a la acción, de configuración constitucional autoejecutiva y el derecho a la apertura y posterior sustanciación del proceso, cuyo ejercicio será regulado por la determinación legal de las normas del procedimiento y de la investigación, esta última realizada privativa y exclusivamente por el Ministerio Público. Cabe resaltar que dichas normas legales son las que satisfacen los parámetros constitucionales de racionalidad y justicia.

### El Tribunal Constitucional precisa que:

Debe tenerse especialmente presente que al legislador le está vedado establecer condiciones o requisitos que impidan o limiten el libre ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción o lo dejen condicionado a la voluntad de otro de los intervinientes, ya que si así lo hiciere, incurre en infracción a la normativa constitucional básica que le da forma al derecho, porque contraviene lo establecido en el numeral 26 del artículo 19.

Resulta de toda obviedad que este espectro de derechos básicos ha de alcanzar también, e igualmente, a los actos preparatorios de carácter previo al acceso al tribunal competente, y en concreto, a la etapa de investigación prevista en el nuevo proceso penal, más aún si la carta fundamental ordena que la investigación resultante deba ser racional y justa.

La negación, o simplemente la excesiva limitación, de lo expresado en los dos párrafos anteriores lleva, necesaria e indefectiblemente a la frustración de la tutela y a la carencia de la garantía jurisdiccional de todo derecho o interés, lo que es particularmente grave en materia penal. Ello constituye la negación misma del derecho a la tutela judicial efectiva, y como si ello no fuere ya paradójal, la propia Constitución ha contemplado el derecho a defensa jurídica, que debe ser entendido en sentido amplio, no sólo para el imputado sino también para el ofendido, ya que al ser conceptualizado como garantía de la igualdad en el ejercicio de los derechos, debe entenderse como defensa de todo interés reclamable ante el órgano jurisdiccional por los intervinientes, como única forma de dar eficacia a dicha igualdad en su ejercicio.

En este caso el Ministerio Público al negarse a formalizar sin emitir resolución alguna, impide el control jurisdiccional de sus actuaciones, única sede en la cual la víctima puede encontrar amparados sus derechos. Al efecto, el Tribunal sostiene en su considerando 35 que “entre los efectos de la formalización, el artículo 233 del Código Procesal Penal establece que “suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal”. Como consecuencia, el hecho de no formalizar la investigación impide absolutamente al querellante obtener algún resultado con el ejercicio de la acción penal, pues nunca habrá etapa de investigación y nunca además llegará a juicio oral, por lo que no se podrá lograr el derecho al proceso ni tampoco habrá investigación racional y justa, al punto que incluso en contra de su voluntad procesal la acción puede prescribir.

En este sentido, la norma del Código que debiera ser entendida como el contrapeso a dicha situación fáctica es el artículo 186 del mismo, en tanto expresa que:

Cualquier persona que se considerare afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación”; sin embargo, la norma no aclara si se refiere sólo al imputado o también al querellante, lo que es discutido por la doctrina. De la misma forma que una lectura detenida permite ver que se “faculta” al juez, es decir, al usar la expresión “podrá”, parece ser que el juez no está obligado a fijar plazo para formalizar ni tampoco a solicitar la información, con lo cual si cree que no hay mérito para ello podría resolver sencillamente “no ha lugar”. Por otra parte, el qué ha de entenderse por “afectada por una investigación” no aparece definido, y es un concepto bastante vago al no referirse de forma clara al objeto de la afectación ni al titular de la misma. Además de ello, la norma en comento no contiene sanciones específicas para el caso del incumplimiento del plazo que eventualmente fije el juez, especialmente teniendo en cuenta que la regla de la preclusión del artículo 17 de Código se establece para los plazos legales establecidos dentro de dicho cuerpo legal, mas no para los plazos judiciales.

El Tribunal Constitucional considera en su considerando 36, que la argumentación del Ministerio Público:

en orden a que el querellante puede incluso forzar la acusación y así el juicio oral en los términos del artículo 258 del Código, debe ser descartada, pues resulta de toda evidencia y de mínima lógica elemental que para llegar a la etapa de cierre de investigación y posterior acusación, el nuevo proceso penal requiere de una investigación formalizada, por lo que si hay una negativa sistemática a formalizar, ello nunca podrá ocurrir.

Si el ofendido está reconocido como titular de la acción penal pública por el artículo 83 de la Constitución, lo cual se ha concebido para que ello tenga efectos en el proceso penal, debe abrirse la opción procesal para ello, por lo que la obligación de investigar del Ministerio Público, sin que lleve consigo la de formalizar, cuando la víctima desea proseguir con el proceso penal no es conciliable con el derecho a la tutela judicial efec-

tiva, ya que ello implica una denegación de esta tutela judicial efectiva al impedir el acceso al proceso.

Así el Tribunal Constitucional en su considerando 41 determina que:

la obligación de investigar, entendida como carente de la obligación de formalizar cuando la víctima desea proseguir con el proceso penal, no es conciliable con el derecho a la tutela judicial efectiva, pues significa la denegación de la misma al impedir el acceso al proceso, lo que es particularmente grave cuando la propia resolución judicial que no le da lugar al forzamiento de la formalización reconoce este razonamiento (considerando 11 de la resolución de fecha 4 de enero de 2007, de la Corte de Apelaciones de Rancagua).

El Tribunal Constitucional acoge el requerimiento, considerando que una aplicación de lo dispuesto en la norma cuestionada, en el sentido de hacer equivalente el poder de los fiscales del Ministerio Público para formalizar la investigación a ejercer tal facultad de forma discrecional en términos de no practicarla y, por otra parte, no ponerle término por alguno de los medios legales, hasta la fecha de prescripción del delito, existiendo el ejercicio de la acción penal por parte del querellante, produce efectos contrarios a la carta fundamental, por contravenir los artículos 19 núm. 3, en relación con los artículos 1, 5, 6, 7, 19 núm. 26 y 83 de la Constitución. El Tribunal Constitucional así lo determina en su considerando 42:

Que de todo lo considerado precedentemente surge nítidamente que, en su conjunto, la preceptiva legal que limita el acceso a la jurisdicción resulta contraria a la carta fundamental, sin embargo, en esta oportunidad, limitado por el marco de la competencia específica, este Tribunal sólo podrá decidir que la aplicación del impugnado artículo 230 del Código Procesal Penal al caso concreto produce un resultado contrario a la Constitución, en específico al numeral 3 de su artículo 19 y a su artículo 83, además de sus artículos 1, 5, 6, 7 y 19, número 26, lo que conduce a concluir que si la acción que se contiene en la querrela debe contar con la voluntad del Ministerio Público para que tenga efectos, no responde a los principios procesales sobre la investigación de un hecho punible que afecta a la víctima para lograr que la justicia abra proceso y resuelva, en el marco del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.

El Tribunal Constitucional resuelve:

Que se acoge el requerimiento de fojas 1 sólo en cuanto se decide que una aplicación de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 230 del Código Procesal Penal en el sentido que haga equivalente el poder de los fiscales para formalizar la investigación a ejercer dicha facultad de manera discrecional en términos de no practicarla y, por otra parte, no ponerle término por alguno de los medios legales, hasta la fecha de prescripción del delito, existiendo ejercicio de la acción penal por parte del querellante, produce efectos contrarios a la Constitución. En consecuencia, el precepto legal no puede aplicarse con ese alcance en el caso en que incide el presente requerimiento.

La sentencia del Tribunal Constitucional es muy importante ya que re-  
vitaliza la función de la víctima y de los ofendidos que actúen como que-  
rellantes en el nuevo proceso penal.

#### B. Solve y repete vs. *derecho a la jurisdicción*

En diversas sentencias el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la institución del *solve y repete* como un obstáculo al ejercicio del derecho a la jurisdicción. El primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la materia se realizó por sentencia núm. 946 de 1o. de julio de 2008.

En este caso, el actor en el requerimiento precisa que, el 17 de agosto de 2007, su representada ingresó a distribución computacional ante la Corte de Apelaciones de Santiago una demanda ordinaria laboral de reclamo de multa administrativa aplicada por la Dirección del Trabajo de la Región Metropolitana. Agrega que la providencia dictada por el juez competente, con fecha 31 de agosto de 2007, respecto del aludido reclamo, es del siguiente tenor: “Previo a resolver, acompáñese comprobante de consignación del tercio de la multa”. Esa resolución, según él indica, se ampara en lo dispuesto en la norma legal impugnada, el artículo 474 del Código del Trabajo que dispone:

La resolución que aplique la multa administrativa será reclamable ante el Juez de Letras del Trabajo, dentro de quince días de notificada por un funcionario de la Dirección del Trabajo o de Carabineros de Chile, previa consignación de la tercera parte de la multa”.

El requirente expresa que la aplicación de la exigencia que establece dicho precepto legal para poder reclamar judicialmente de la sanción administrativa impuesta a su representada en el caso sublite, por parte de la Dirección del Trabajo de la Región Metropolitana, sería contraria al artículo 19, núm. 3, inciso primero, de la Constitución Política, el cual, al asegurar a toda persona “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, consagra y garantiza el denominado “Derecho a la Acción” y, a su vez, constituye una aplicación del derecho de igualdad ante la ley previsto en el numeral 2 del mismo artículo 19 mencionado.

El Tribunal Constitucional al conocer del asunto, primero precisa la naturaleza jurídica de la regla *solve y repete*, en su considerando 20:

Que la regla *solve et repete* ha sido calificada por la doctrina nacional, junto a la inembargabilidad de los bienes públicos y las vías especiales de ejecución de sentencias condenatorias contra órganos de la Administración, como un privilegio procesal que implica un condicionamiento de la admisibilidad de los reclamos administrativos o las acciones contencioso-administrativas en contra de multas u otras obligaciones dinerarias declaradas a favor de la Administración, al pago previo de éstas o de una fracción de ellas, por parte del particular afectado, tratándose, en el fondo, de una limitación material a los particulares al acceso a la jurisdicción, fundada en la rigurosidad en el uso de las vías procedimentales de reclamo contra la Administración.

El Tribunal Constitucional tiene presente que dicha norma jurídica ya ha sido eliminada del ordenamiento jurídico, lo cual no se afecta por el hecho de que por la Ley 20.087 de enero de 2006, el nuevo procedimiento laboral que debió entrar en vigencia lo. de marzo de 2007, fue modificado por la Ley núm. 20.252, en su artículo 8 que estableció que las modificaciones al Código del Trabajo comenzarían a regir en el país con una determinada gradualidad para las diversas regiones del país: Regiones III y XII, el 31 de marzo de 2008; Regiones I, IV, V y XIV, el 31 de octubre de 2008; Regiones II, VI, VII y VIII, el 30 de abril de 2009; Región Metropolitana, el 31 de agosto de 2009, y Regiones IX, X, XI y XV, el 30 de octubre de 2009.

El Tribunal Constitucional en el considerando 32 precisa que esta magistratura ha sostenido:

En forma invariable, que el derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, que asegura el artículo 19, núm. 3, inciso primero, de la Constitución, como principio esencial, junto a los derechos asegurados en los incisos siguientes, deben ser interpretados con “el propósito de infundir la mayor eficacia, que sea razonable o legítima, a lo asegurado por el Poder Constituyente a las personas naturales y jurídicas, sin discriminación, porque eso es cumplir lo mandado en tal principio, así como en otros de semejante trascendencia, por ejemplo, los proclamados en los artículos 1, 6 y 7 del Código Supremo”, regla de hermenéutica que ha llevado a esta magistratura a sostener que, “sustantiva y procesalmente, el artículo 19 núm. 3 de la Constitución tiene que ser entendido y aplicado con significado amplio y no estricto ni restrictivo”, por lo que tanto la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos fundamentales, como las concreciones de ese principio que aparecen en los incisos siguientes del mismo numeral, “deben ser entendidas en su acepción amplia, sin reducirlas por efecto de interpretaciones exegéticas, o sobre la base de distinciones ajenas al espíritu garantista de los derechos esenciales que se halla, nítida y reiteradamente, proclamado en la carta fundamental...” (núm. 437).

A su vez, el Tribunal determina en el considerando 33 que:

[...] ha reafirmado que el derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos o, como lo denomina el requirente en estos autos, “derecho a la Acción”, también conocido en la doctrina moderna como derecho a la tutela judicial, es uno de los derechos asegurados por el núm. 3 del artículo 19 de la Constitución, pues, aunque no esté designado expresamente en su texto escrito, carecería de sentido que la carta fundamental se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por el juez natural, el derecho a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho de toda persona a ser juzgado, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez, sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente. Aún más, negar, condicionar o poner en duda la existencia de este derecho como uno de aquellos esenciales que emanan de la naturaleza humana, significaría desconocer la vigencia misma de todos los demás derechos de las personas y sostener la más completa inutilidad de las leyes y de las magistraturas encargadas de velar por su acatamiento y aplicación, invitando, de paso, al regreso a la autotutela.

El Tribunal Constitucional recuerda, en su considerando 34, que la Constitución asegura el derecho a reclamo judicial de los actos de la administración, en forma concordante con el derecho de acceso a la jurisdicción del artículo 19 núm. 3 de la Constitución, en el artículo 38, inciso segundo, el derecho de cualquier persona lesionada en sus derechos por la Administración, a reclamar ante los tribunales que determine la ley.

En el mismo sentido, el tribunal precisa en su considerando 35 que la Constitución asegura el contenido esencial de los derechos:

El núm. 26 del artículo 19 de la Constitución asegura el libre ejercicio de los derechos constitucionales al consagrar la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

El Tribunal razona en el considerando 36, en el sentido de la existencia de dos derechos constitucionales eventualmente afectados por el precepto legal cuestionado:

El derecho de acceso a la justicia o derecho a la tutela judicial, asegurado de manera general por el núm. 3 del artículo 19 de la Constitución, y el derecho a reclamar a la justicia contra los actos de la Administración, consagrado en especial con relación a los actos administrativos, en el artículo 38 de la misma carta.

El Tribunal Constitucional hace una interesante precisión en el considerando 45 precisando que:

[...] para aplicar los principios examinados en los considerandos precedentes al caso concreto sublite, debe tenerse especialmente presente la precisión formulada en sentencia recaída en el núm. 280, en cuanto: estos supuestos deben ser aplicados, en todo caso, con la confluencia de dos elementos irrenunciables. En primer lugar, el momento histórico de cada situación concreta, por el carácter evolutivo del contenido esencial del derecho; y luego, las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, lo que alude a determinar el sistema de límites del ordenamiento jurídico general y cómo juega en ella el derecho y la limitación.

Así el Tribunal Constitucional llega a la conclusión, en el considerando 46, de que:

En el actual estado de desarrollo del derecho nacional e interpretando la garantía constitucional de acceso a la justicia con un criterio finalista, amplio y garantista, la limitación al derecho a la tutela judicial que impone el precepto legal impugnado aparece despojada de la razonabilidad y justificación que precisaría para ser aceptada como constitucionalmente admisible a la luz de lo dispuesto en el núm. 26 del artículo 19 de la carta y, en consecuencia, su aplicación en el caso sublite deberá ser estimada como contraria a la Constitución, y así se declarará.

*C. Potestad jurisdiccional, legalidad del tribunal, delegación de funciones jurisdiccionales.*

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 472 de treinta de agosto de dos mil seis. En la misma línea fue luego dictado el fallo núm. 681 de marzo de 2007. Dichas sentencias tienen una gran importancia, ya que son un antecedente de trascendencia para acelerar la dictación de la ley que creó los tribunales tributarios en 2008.

Que el precepto legal que se solicita declarar inaplicable por inconstitucionalidad, se encuentra ubicado en el título “De los Tribunales”, correspondiente al Libro III de ese cuerpo legal, el cual dispone que: “El Director regional podrá autorizar a funcionarios del Servicio para conocer y fallar reclamaciones y denuncias obrando por orden del director regional”.

Con fecha 23 de marzo de 2006, el abogado Eduardo Zarhi Hasbún, en representación de don Rafael Selume Sacaan, interpone un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 116 del Código Tributario, puesto que, según señala, contraviene los artículos 6, 7, 19 núm. 3, inciso cuarto, 38 inciso 2, 76 y 77 de la Constitución Política.

La causa en que recae el requerimiento es el recurso de apelación de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol núm. 49852002, en contra de la sentencia de 23 de mayo de 2003, dictada por el Juez Tributario de la XIII Dirección Regional Metropolitana de Santiago Centro del Servicio de Impuestos Internos, que falló el procedimiento de reclamación en contra de las liquidaciones de impuestos núms. 3825 a 3841.

En lo que se refiere a la vulneración de los artículos 6 y 7 de la carta fundamental, el requirente sostiene que el director regional del Servicio de Impuestos Internos, en la jurisdicción correspondiente a su territorio, está facultado para resolver las reclamaciones deducidas por los contribuyentes y las denuncias por infracciones tributarias, salvo que expresamente se haya establecido una regla diversa. Así se desprende de lo preceptuado en los artículos 6 letra B, numeral 6 y 115 del Código Tributario, como de lo señalado en el artículo 19 letra b) del D.F.L. Núm. 7, de 1980, Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos.

Agrega que, de esta forma, los directores regionales de ese Servicio están dotados de jurisdicción para conocer y resolver los conflictos jurídicos que se susciten entre los contribuyentes y el Servicio de Impuestos Internos revistiendo el carácter de un “tribunal o juez”, lo que se ve confirmado por la ubicación del aludido artículo 115 del Código Tributario dentro del título denominado “De los Tribunales” correspondiente al Libro Tercero de dicho cuerpo legal.

Añade que las facultades jurisdiccionales conferidas a los directores regionales del Servicio de Impuestos Internos son “exclusivas e inherentes a su función”, por lo que una delegación de las mismas, en los términos previstos en el artículo 116 del Código Tributario, vulneraría los artículos 6 y 7 de la Constitución que consagran la primacía o superioridad de la carta fundamental en nuestro ordenamiento jurídico.

Específicamente, estas normas exigen que los órganos del Estado sometan su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, que actúen válidamente, previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

En lo relativo a la vulneración del denominado “principio de legalidad del tribunal” consagrado en los artículos 19 núm. 3 inciso 4, 38 inciso 2, 76 y 77 de la Constitución, el requirente aduce que de ellos se desprende que la ley es la única que puede establecer las calidades que debe tener la persona que ha de desempeñarse como juez, lo que otorga una singular garantía política de seguridad jurídica. En la especie se habría infringido este principio, debido a que la sentencia de 23 de mayo de 2003, expedida por el Juez Tributario de la XIII Dirección Regional Metropolitana del Servicio de Impuestos Internos, contra la cual se recurrió de apelación ante la Corte de Apelaciones de Santiago, deja expresa constancia que ha sido dictada por Herman Tapia Canales, en su calidad de “Juez

Tributario”, en virtud de la Resolución Exenta núm. 135, publicada en el *Diario Oficial* del 30 de noviembre de 1998. De esta forma, una decisión de carácter administrativo —y no una ley sería la fuente jurídica inmediata que ha investido con la calidad de juez a un funcionario adscrito a la administración del Estado—.

Agrega que quien ejerza jurisdicción no siendo un órgano establecido por la ley, no sólo vulnera el principio de legalidad sino que, además, la garantía individual del debido proceso.

El Servicio de Impuestos Internos señala que no hay delegación de jurisdicción, por parte del director regional, en los funcionarios que él designa, sino que es el propio artículo 116 del Código Tributario, el que crea tales tribunales. Afirma que el director regional sólo hace operativa la ley para que el tribunal establecido en ella ejerza sus propias funciones jurisdiccionales.

Como consecuencia de lo señalado, el Servicio de Impuestos Internos sostiene que, en la especie, no se infringe la exigencia constitucional del debido proceso, ya que la ley tributaria ha creado un tribunal y un procedimiento, ambos con el carácter de especial. Por su parte, ha sido el mismo legislador quien ha señalado la forma de establecer la persona que se desempeñará como juez haciendo presente, al mismo tiempo, que en muchas oportunidades los Tribunales Superiores de Justicia han confirmado o revocado sentencias de funcionarios del Servicio de Impuestos Internos, designados jueces por el director regional al amparo de la legislación vigente. A lo anterior añade ejemplos de causas en las que la Corte Suprema desestimó la inaplicabilidad del artículo 116 del Código Tributario.

Por último, el Servicio de Impuestos Internos se hace cargo del argumento esgrimido por el requirente en el sentido de que habría operado la derogación tácita del aludido artículo 116 del Código Tributario por estar contenida en una norma legal anterior a la vigencia de la Constitución que estableció reglas que se oponen a él. Al efecto invoca jurisprudencia emanada de este Tribunal, según la cual sólo podría concluirse que las normas del Código Tributario, en cuanto leyes de la República, tendrían plena vigencia, mientras no operara respecto de ellas la derogación expresa.

Así, el Servicio de Impuestos Internos solicita el rechazo del requerimiento de inaplicabilidad, por no existir vulneración de precepto constitucional alguno.

*Décimocuarto:* Que, en este sentido, debe recordarse que el legislador otorgó competencia a los directores regionales del Servicio de Impuestos Internos para conocer y fallar las reclamaciones y denuncias que los contribuyentes puedan efectuar en relación con las liquidaciones de impuestos que se les formulen.

El artículo 6 letra B, numeral 6 del Código Tributario consagra esta facultad en los siguientes términos: “Dentro de las facultades que las leyes confieren al Servicio, corresponden: B.A. Los directores regionales en la jurisdicción de su territorio: núm. 6 Resolver las reclamaciones que presenten los contribuyentes, de conformidad a las normas del Libro Tercero”.

A su turno, el artículo 115 del mismo Código precisa:

El director regional conocerá en primera o en única instancia, según proceda, de las reclamaciones deducidas por los contribuyentes y de las denuncias por infracción a las disposiciones tributarias, salvo que expresamente se haya establecido una regla diversa.

Será competente para conocer de las reclamaciones el director regional de la unidad del Servicio que emitió la liquidación o el giro o que dictó la resolución en contra de la cual se reclame, en el caso de reclamaciones en contra del pago, será competente el director regional de la unidad que emitió el giro al cual corresponda el pago. Si las liquidaciones, giros o resoluciones fueren emitidos por unidades de la dirección nacional, o el pago correspondiere a giros efectuados por estas mismas unidades, la reclamación deberá presentarse ante el director regional en cuyo territorio tenga su domicilio el contribuyente que reclame al momento de ser notificado de revisión, de citación, de liquidación o de giro.

El conocimiento de las infracciones a las normas tributarias y la aplicación de las sanciones pecuniarias por tales infracciones, corresponderá al director regional que tenga competencia en el territorio donde tiene su domicilio el infractor.

Por su parte, el artículo 19 del D.F.L. núm. 7, de 1980, Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, indica, en su letra b), que: “Le corresponde a los directores regionales dentro de sus respectivas jurisdicciones: b) Resolver las reclamaciones tributarias que presenten los con-

tribuyentes y las denuncias por infracción a las leyes tributarias, en conformidad al Libro III del Código Tributario y a las instrucciones del Director”.

El Tribunal Constitucional conociendo sobre los aspectos sustantivos del requerimiento, en el considerando 15 de la sentencia, precisa que:

Los directores regionales del Servicio de Impuestos Internos, al conocer y resolver, en primera o en única instancia, conflictos jurídicos derivados de las reclamaciones deducidas por los contribuyentes y de las denuncias por infracción a las disposiciones tributarias, actúan como tribunales en ejercicio de la jurisdicción que la ley les ha confiado. Asimismo, cabe tener en cuenta que, de conformidad con el artículo 120 del Código Tributario, las cortes de apelaciones conocen en segunda instancia de los recursos de apelación que se deduzcan contra las resoluciones de los directores regionales, en los casos en que ellos sean procedentes.

En consecuencia, en el ejercicio de la aludida función jurisdiccional, los directores regionales del Servicio de Impuestos Internos forman parte de los tribunales especiales a que se refiere el artículo 5, inciso 4 del Código Orgánico de Tribunales, que señala: Los demás tribunales especiales se regirán por las leyes que los establecen y reglamentan, sin perjuicio de quedar sujetos a las disposiciones generales de este Código.

El Tribunal Constitucional luego de reconocer la juridicidad de la competencia de los directores regionales de Impuestos Internos como tribunales especiales para conocer de la materia, se plantea si el impugnado artículo 116 del Código Tributario, en cuanto faculta a los aludidos directores regionales para delegar las facultades jurisdiccionales que la ley les ha otorgado en funcionarios de ese Servicio, sosteniendo que él vulnera los artículos 6, 7, 19 núm. 3, inciso cuarto, 38, inciso segundo, 76 y 77 de la Constitución Política.

El Tribunal Constitucional tiene presente en la materia, reflexionando en el considerando 17:

Que, en relación con esa norma, el artículo 20 del D.F.L. núm. 7, de 1980, Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, prescribe que: los directores regionales podrán, de acuerdo con las normas impartidas por el director, autorizar a funcionarios de su dependencia, para resolver determinadas materias o para hacer uso de alguna de sus atribuciones, actuando por orden del director regional.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional en el considerando 18 razona en el sentido de que:

La delegación realizada por el director regional del Servicio de Impuestos Internos en el funcionario de esa repartición don Herman Tapia Canales, mediante Resolución Exenta núm. 135, de 1998, se refiere a facultades jurisdiccionales, en los términos establecidos en el considerando décimo quinto de esta sentencia, descartándose la hipótesis de una delegación de atribuciones administrativas, en la medida que lo delegado son las facultades de “conocer y fallar” reclamaciones tributarias.

El Tribunal Constitucional determina en el considerando 20:

Que, al respecto, esta magistratura ha resuelto que:

Nuestra Constitución Política caracteriza la jurisdicción como una función pública emanada de la soberanía, lo que resulta de aplicar los artículos 5, 6 y 7 de la Constitución, y entrega su ejercicio en forma privativa y excluyente a los tribunales establecidos por ella o la ley, que son “las autoridades que esta Constitución establece”. Así se desprende de las disposiciones constitucionales contempladas en los artículos 73, 74, y de los Capítulos VII y VIII, que establecen el Tribunal Constitucional y a la Justicia Electoral, respectivamente”. Agrega que “como la función jurisdiccional es expresión del ejercicio de la soberanía, sólo la pueden cumplir las autoridades que esta Constitución establece... sea que las autoridades jurisdiccionales a que alude se encuentren dentro o fuera del “Poder Judicial” (sentencia del 8 de abril de 2002, Rol núm. 346, considerandos 44 y 45).

La jurisdicción así concebida es un atributo de la soberanía y, como tal, es indelegable por parte de las autoridades a quienes la Constitución o la ley la han confiado.

En esta línea de razonamiento, si la facultad de conocer y fallar reclamaciones y denuncias tributarias confiada a los directores regionales del Servicio de Impuestos Internos por el Código Tributario, no puede ser constitucionalmente delegada, la dictación de la Resolución Exenta núm. 135, de 1998, mediante la cual se autorizó al funcionario de ese Servicio, don Herman Tapia Canales, para conocer y fallar reclamaciones tributarias, en carácter de juez, como la planteada por el requirente, vulnera lo dispuesto en el artículo 5o. de la carta fundamental en relación con el artículo 76, inciso primero, según el cual “la facultad de conocer de las

causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”.

Cabe advertir que este Tribunal ha precisado en su considerando 21.:

que por las mismas razones explicadas, el precepto legal que autoriza a los directores regionales del Servicio de Impuestos Internos para delegar facultades jurisdiccionales en funcionarios de su dependencia infringe, asimismo, el artículo 6o. de la Constitución Política, que consagra los principios de supremacía constitucional (inciso primero) y de vinculación directa de los preceptos de la Carta respecto de los titulares e integrantes de los órganos del Estado, como de toda persona, institución o grupo (inciso segundo).

En este mismo orden de consideraciones resulta vulnerado también el artículo 7. de la Constitución Política, tanto en sus incisos primero como segundo, que consagran, respectivamente, los requisitos de validez aplicables a la actuación de los órganos del Estado que se refieren a la investidura regular del órgano, a su competencia y al cumplimiento de las formalidades que establezca la ley, como el principio de clausura del derecho público, que impide que las magistraturas, personas o grupos de personas se atribuyan otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Por lo demás, debe considerarse que la imposibilidad de delegar funciones jurisdiccionales, como consecuencia directa de que la soberanía sólo puede ejercerse por las autoridades que la propia Constitución o la ley establecen, resulta confirmada por la prohibición que se impone al propio legislador, en el artículo 64 de la carta fundamental, en orden a autorizar al presidente de la República para dictar legislación delegada en materias que se refieran a la organización, atribuciones y régimen de los funcionarios del Poder Judicial.

El Tribunal Constitucional refuerza su decisión señalando en el considerando 22 que:

La garantía evidente de que toda persona sólo pueda ser juzgada por el tribunal que señale la ley y por el juez que lo representa, en los términos que se han referido resulta, así, un elemento fundamental para la seguridad jurídica, pues impide que el juzgamiento destinado a afectar sus derechos y bienes se realice por un tribunal o un juez distinto del órgano permanente, imparcial e independiente a quien el legislador haya confiado previamente esta responsabilidad que se cumple por las personas naturales que actúan en él.

La estrecha ligazón entre el principio de legalidad del tribunal y la seguridad jurídica resulta relevante, pues, como ha señalado este Tribunal, ...entre los elementos propios de un Estado de derecho, se encuentran la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas. Esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados. (Sentencia del 10 de febrero de 1995, núm. 207, considerando 67).

El considerando 23 del fallo del Tribunal Constitucional considera, además, que se infringe el artículo 19 núm. 3 de la Constitución que prohíbe las comisiones especiales:

Que si la jurisdicción sólo puede ejercerse por los tribunales establecidos por la ley, sean ordinarios o especiales, toda persona que pretenda desempeñarse como juez de esos tribunales, sin haber sido instituida por el legislador, sino que por un acto administrativo, se constituye en una comisión especial expresamente prohibida por la carta fundamental.

El Tribunal Constitucional en base a los razonamientos jurídicos anteriores explicita en el considerando 23o. que:

El artículo 116 del Código Tributario, que ha permitido el ejercicio de esa función sobre la base de un precepto distinto a la ley, no sólo vulnera el principio de legalidad del tribunal consagrado en los artículos 19 núm. 3, inciso cuarto, 38, inciso segundo, 76 y 77 de la Constitución Política, sino que resulta contrario a los artículos 6o. y 7o. de la carta fundamental que garantizan la sujeción integral de los órganos del Estado al imperio del derecho.

Luego de este fallo y algunos otros posteriores, el Tribunal Constitucional en ejercicio de la competencia otorgada por el artículo 93 núm. 7 de la Constitución, expulsó el artículo declarado inconstitucional del ordenamiento jurídico.

4. *Igualdad ante la ley y las cargas públicas.*  
*Libertad de trabajo*

En sentencia núm. 755, del 31 de marzo de dos mil ocho, el Tribunal Constitucional, debe pronunciarse frente al requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, el cual regula la institución del abogado de turno gratuito, para asistir jurídicamente a personas de escasos recursos.

La gestión en relación a la cual se solicita la declaración de inaplicabilidad consiste en el recurso de protección interpuesto ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, rechazado por sentencia del 6 de diciembre de 2006, en apelación ante la Excelentísima Corte Suprema, caratulado “Sergio Toloza Rodríguez con Juez de Familia de Osorno”, Rol núm. 6626-2006.

El recurso de protección citado fue deducido por el seZor Sergio Toloza Rodríguez en contra de la Juez presidente del Juzgado de Familia de Osorno, Ruth Scarlett Schneider Roldán, por la dictación del Decreto Económico núm. 165, del 2 de octubre de 2006, en virtud del cual se lo designó como abogado de turno durante el mismo mes, y por la resolución que lo designó abogado de turno en la causa RIT núm. 775-C-2006. A su vez, el recurso también fue interpuesto en contra de la Juez del mismo Tribunal, doZa Rosa Julián Bogocian, por las resoluciones que lo designaron abogado de turno en las causas RIT núm. C-131-2006; RIT núm. C-761-2006 y RIT núm. C-801-2006. Indica la peticionaria que lo decisivo para el fallo del asunto judicial es la institución misma del abogado de turno, por lo que es necesario concluir que la norma impugnada resulta decisiva en la resolución de la gestión pendiente.

Los requirentes consideran que el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales infringiría el artículo 19, núms. 2 y 20, de la Constitución Política de la República, que reconoce y resguarda la igualdad ante la ley y ante las cargas públicas, respectivamente, como asimismo vulneraría la libertad de trabajo y la libertad de empresa, consagradas en el artículo 19, núms. 16 y 21, respectivamente.

La infracción de la igualdad ante la ley y las cargas públicas. La parte requirente señala que la igualdad ante la ley se vería afectada, habida consideración de la situación de desigualdad en que se encontrarían los abogados de turno respecto de otras cargas públicas, como lo son el ser-

vicio militar y el actuar como vocal de mesa en un proceso electoral, las que se remuneran actualmente por el Fisco. Agrega el requirente, para confirmar lo anterior, la cita de diversas decisiones jurisprudenciales que han establecido el derecho a ser indemnizado frente a situaciones de cargas o limitaciones de derechos fundamentales.

A su vez, la eventual infracción a la igualdad ante las cargas públicas se produciría como consecuencia de que los gravámenes impuestos por el Estado deben ser razonables, aplicándoseles las categorías propias del juicio discriminatorio arbitrario. Así, en primer lugar, debe tratarse de una misma categoría de personas, lo que no se percibe respecto del precepto legal impugnado, dado que los iguales deberían ser los profesionales en general. En segundo lugar, se afirma por la requirente que el medio previsto por la ley no sería adecuado al fin que se persigue, dado que la institución habría demostrado ser insuficiente para satisfacer la obligación estatal a que alude el artículo 19, núm. 3, de la carta fundamental, cuestión que quedaría demostrada con la creación de la Defensoría Penal Pública. Por último, se alega que también infringiría el criterio de proporcionalidad, puesto que la carga sólo se reduce a un grupo específico de profesionales, como son los abogados.

El Tribunal Constitucional precisa el sentido y alcance de la igualdad ante la ley en su considerando 28:

Que, como lo ha precisado esta magistratura, “la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales siempre que ello no revista el carácter de arbitrario” (Rol núm. 986/2008).

[...] De esta forma, un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador.

El Tribunal Constitucional determina en el considerando 30 que

Que, del mismo modo, además de la atención de las necesidades sociales o la satisfacción de los requerimientos básicos de la población, característica común a varias profesiones, en la especie, el trabajo de los abogados es el único medio para cumplir el objetivo constitucional de la igualdad ante la justicia y el derecho a la defensa jurídica, bien jurídico tutelado por la carta fundamental.

El Tribunal Constitucional señala en el considerando 33 que junto con consagrarse el derecho a la asistencia jurídica, le corresponde al Estado —a través del legislador— establecer medios efectivos que permitan una adecuada defensa de aquellas personas que carezcan de bienes suficientes para litigar. En tal sentido, la Ley núm. 19.718, del 10 de marzo de 2001, estableció en materia criminal la Defensoría Penal Pública, de modo tal que esta defensa se efectúa a través de una institución estatal, por sí misma o vía licitación a privados a quienes, obviamente, se remunera por sus servicios profesionales en conformidad a las bases respectivas. Por su lado, décadas antes, en el ámbito civil —bajo la estructura de la Corporación de Asistencia Judicial— la legislación estableció una práctica profesional, en virtud de la cual se obliga a todo egresado de derecho a atender gratuitamente a aquellas personas que sean beneficiarias del denominado privilegio de pobreza. Dicha entidad también tiene a su cargo la defensa de asuntos de familia y laborales, proceso este último recientemente modificado;

El Tribunal Constitucional llega a determinar en el considerando 34 que la institución del abogado de turno “sólo subsiste en la actualidad, subsidiariamente, frente a la inexistencia de otra forma de asesoría institucional, pública o privada, lo que da cuenta de su carácter excepcionalísimo”.

El Tribunal Constitucional determina en el considerando 36, que la igualdad ante la ley no solo exige que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser objetiva. De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios que permitan situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, quede completamente entregado el establecimiento al libre arbitrio del legislador.

El Tribunal Constitucional determina en su considerando 37 que en el caso analizado el fin que justifica la norma es:

La satisfacción adecuada del derecho de acceso a la justicia que toda persona tiene, la que debe ser atendida por el legislador, quien debe prever los mecanismos que den cumplimiento efectivo a dicho derecho esencial, incluido excepcionalmente el turno de los abogados, lo que, por lo demás, se ve confirmado por la circunstancia de que el título de abogado sigue siendo otorgado a la fecha por la Corte Suprema de Justicia.

El Tribunal Constitucional también asume en el considerando 39, para el análisis del caso, el principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso en materia de regulación legal:

Que para poder determinar si se infringe la igualdad ante la ley, es necesario atender además a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma, como lo ha puntualizado la doctrina autorizada (Fernández, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 34 y 42).

Aplicando así dicho parámetro de control, el Tribunal Constitucional determina en su considerando 46 que:

Como puede apreciarse, el fin perseguido por el legislador de dar asistencia jurídica gratuita no sólo resulta constitucionalmente lícito sino también debido. Por su parte, el instrumento, consistente en imponer una carga, es idóneo para cumplir dichos fines. Sin embargo, si se impone gratuitamente, se transforma en medio desproporcionadamente gravoso, desde el momento que el fin perseguido no exige ni impone que el abogado deba desempeñarse sin retribución alguna. Y ello, porque la obligación se radica en el Estado y no en los abogados. El Estado, entonces, puede satisfacerla transfiriéndola a los abogados (bajo el sistema de defensorías e incluso del turno, como en la especie), pero no es necesario ni lícito desde un punto de vista constitucional que se les imponga sin retribución, tal como lo señala el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales.

A su vez, el tribunal, luego de examinar el concepto de cargas públicas en su considerando 48, determinando su clasificación y las obligacio-

nes que llevan aparejadas, como asimismo sus características en el considerando 49, considera en el considerando 52 que:

la imposición del deber de atender gratuitamente en los términos que establece el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, puede transformarse en una carga contraria a la Constitución, en consideración a los criterios que se ha sostenido respecto de la igualdad ante la ley, aplicables en la especie.

Tal perspectiva se refuerza en el considerando 53 al determinar que:

la licitud de los fines perseguidos por el legislador no puede permitir el empleo de medios gravosos y que impongan una afectación al patrimonio de los abogados convocados al turno, todos los cuales tienen ciertamente el derecho a una justa retribución por su servicio profesional.

##### *5. La infracción respecto de la libertad de trabajo*

La Constitución asegura, de acuerdo al artículo 19, núm. 16, de la Constitución Política de la República, “la libertad de trabajo y su protección”, precisando que “toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución”.

La libertad de trabajo se vulneraría, a juicio de los requirentes, desde que el turno importaría una práctica forzada de un trabajo o actividad, sin derecho a retribución alguna por parte del Estado, que sería el beneficiario.

En el considerando 58, el Tribunal Constitucional determina que el derecho a la libertad de trabajo “debe entenderse en un sentido amplio, al proteger “no sólo el trabajo del asalariado o trabajador dependiente, sino que quedarían comprendidos también los trabajadores independientes.

El Tribunal Constitucional constata en el considerando 59 las peculiaridades propias de la profesión de abogado, por su carácter de colaborador en la administración de justicia, relacionada con aspectos de interés público y de interés particular, además de ser la única profesión cuyo título no lo otorga la universidad sino el Estado a través de la Corte Suprema de Justicia:

Que la profesión de abogado tiene determinadas particularidades, habida consideración de la función que se realiza a través de ella. Los abogados, tal como lo indica el artículo 520 del Código Orgánico de Tribunales, son “personas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los Tribunales de Justicia los derechos de las partes litigantes”. [...] En otras palabras, el abogado es conceptualizado como un “verdadero colaborador de la administración de justicia y, en este sentido, se le imponen deberes superiores a los meramente privados” (Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*, p. 194). Se trata entonces de una actividad profesional que se relaciona tanto con aspectos de interés particular como público, desde que colabora con la administración de justicia.

[...] Como ha quedado explicitado, su carácter especial se constata en la circunstancia de que se trata de la única profesión universitaria cuyo título no es otorgado por las mismas universidades sino que por la Corte Suprema de Justicia, según expresa el artículo 521 del Código Orgánico de Tribunales, precisamente, porque son colaboradores de la administración de justicia.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional razona en el considerando 60, en el sentido de que la carta fundamental asegura una justa retribución por todo trabajo, aún cuando se imponga bajo la forma de una carga pública, lo que es exigido en virtud de la dignidad de la persona humana:

La carta fundamental reconoce y ampara el derecho a una justa retribución por todo trabajo, aunque se imponga bajo la forma excepcional de una carga, lo que, por lo demás, se vincula ni más ni menos que con la dignidad de la persona humana a que alude el artículo 1o. de la Constitución Política. Como lo recuerda Couture: “de asuntos de dinero, el abogado debe hablar con su cliente sólo una vez: concluido el litigio, para ajustar en muy pocas palabras, las menos posibles, la recompensa del trabajo legítimo” (*El arte del derecho y otras meditaciones*, México, 2002, p. 172).

El Tribunal Constitucional recuerda en el considerando 63, que ya se ha pronunciado sobre el contenido del libre ejercicio de una profesión con anterioridad en el Rol núm. 804, lo que implica, en los hechos:

Desplegar o practicar los conocimientos de la respectiva carrera, ciencia o arte y ofrecérselos a terceros, sin más limitaciones que las establecidas en la propia carta fundamental, debiendo el legislador regular su ejercicio —como en este caso con la carga excepcional del turno gratuito— sin afectar los

derechos en su esencia, en los términos que señala el artículo 19, núm. 26, de la misma. La doctrina ha precisado que la libertad de trabajo y su protección “es un derecho constitucional que habilita a toda persona a buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficio lícitos, vale decir, no prohibidos por la ley” (Enrique Evans de la Cuadra, *Derechos constitucionales*, t. III, p. 10). Ya decía Carnelutti que “un hombre obligado es un hombre ligado y un hombre ligado no tiene libertad” (*Arte del derecho*, México, 2002, p. 5). En este caso, el trabajo se produce como consecuencia de la imposición de una carga legal, la que sin embargo no resulta compatible con nuestro sistema constitucional si no va acompañada de una justa retribución pecuniaria.

El Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre esta eventual infracción a la libertad de trabajo, tiene en consideración los elementos del caso concreto sobre el que debe pronunciarse, señalando en el considerando 67 que:

Consta de autos que uno de los requirentes ha sido designado como abogado de turno en dos oportunidades, en menos de medio año, esto es, el 2 de octubre de 2006 y el 28 de febrero de 2007. Si bien no se acreditan los parámetros que se tuvieron en consideración para la designación y si se dio cumplimiento a las normas de precedencia que hacen excepcional y supletorio el turno, ni tampoco las obligaciones que debieron desatenderse para cumplir con la carga del turno, con los consiguientes perjuicios patrimoniales, no aparece que el requirente se haya visto privado de su libertad de trabajo ni de su capacidad de ejercer privadamente su profesión con las dos designaciones acreditadas. Con todo, resulta igualmente evidente que la ejecución de dichas labores no ha podido sino producir un menoscabo y un detrimento que debe ser debidamente compensado por el Estado, en su caso;

Así, el Tribunal Constitucional determina en el considerando 68, que en este caso concreto, hay una infracción al artículo 19 núm. 16 de la Constitución:

La exigencia del turno gratuito que se impone al abogado requirente, como consecuencia de la aplicación del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales en la gestión que se sigue ante la Corte Suprema, resulta contraria a la Constitución Política de la República y, particularmente, a su artículo 19, números 2, 20 y 16, y así se declarará.